Sentencia C-521/07

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Cobertura familiar/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Beneficiarios/COMPAÑERA O COMPAÑERO PERMANENTE EN PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Inconstitucionalidad de norma que exige para afiliación, convivencia mínima de dos años/DERECHO A LA IGUALDAD DE LA FAMILIA-Discriminación entre cónyuges y compañeros permanentes

Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliar como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas. Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. El artículo 42 superior sirve a la Sala como fundamento para afirmar que mediante la expresión demandada el legislador desbordó el ámbito de protección previsto en la Carta Política en favor de la familia, sea ésta constituida por vínculos naturales o jurídicos, por cuanto estableció una categoría, la de los compañeros (as) permanentes no beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, generando una clara discriminación respecto de los cónyuges, quienes son beneficiarios del sistema de seguridad social en salud desde el momento mismo en que adquieren el mencionado estatus. La medida adoptada por el legislador no prevé una diferencia de tratamiento, sino una discriminación en contra de quienes, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, optan por constituir una familia mediante vínculos naturales, personas que, al amparo del artículo 42 de la Carta Política, gozan de la misma protección dispensada a quienes deciden constituirla por vínculos jurídicos.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Alcance/DEBER DE DENUNCIAR PENALMENTE-A quienes busquen obtener el estatus de beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud sin contar con la calidad de compañero o compañera permanente/COMPAÑERO O COMPAÑERA PERMANENTE-Forma como debe acreditarse dicha condición para efectos de ser beneficiario del Plan Obligatorio de Salud

Los voceros estatales que intervinieron en el presente caso, particularmente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expresaron sus reservas por el abuso que se pueda presentar al incluir como beneficiarios en condición de compañero (a) permanente a personas que no cumplan con los requisitos establecidos en la ley, generándose una especie de “carrusel” que podría hacer insostenible económicamente el sistema. Al respecto la Sala reitera el deber que tienen los particulares y las autoridades de ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas (C.Po. art. 83); sin embargo, es pertinente recordar que las autoridades públicas y las entidades particulares están en el deber de denunciar penalmente todo hecho que pueda significar atentado contra el ordenamiento jurídico, como medio para disuadir o sancionar a quienes pudieran buscar u obtener el estatus de beneficiario del POS sin contar con la calidad de compañero (a)

permanente. La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico.

FAMILIA-Concepto

TEST ESTRICTO DE IGUALDAD-Casos en que se aplica/TEST ESTRICTO DE IGUALDAD-Aplicación porque norma acusada incorpora clasificación sospechosa basada en origen familiar

Como lo ha explicado la Corte, el examen de medidas legislativas como la dispuesta por la expresión demandada se debe llevar a cabo mediante un control riguroso de constitucionalidad, cuando la norma impugnada "(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población"; en estos casos se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional "esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado Social de Estado".Con fundamento en lo dispuesto por la Corte Constitucional en relación con el control riguroso de constitucionalidad que debe llevarse a cabo en este caso, la Sala establecerá si el tratamiento que la expresión acusada confiere en materia de acceso al Plan Obligatorio de Salud a los compañeros (as) permanentes cuya unión con el afiliado no supera los 2 años, se aviene o no a lo previsto en la Carta Política. En el presente caso es evidente que la expresión atacada incorpora una clasificación sospechosa basada en una categoría prohibida como es el "origen familiar" (C.Po. art. 13), a lo cual se agrega que la medida compromete la protección y eficacia de derechos fundamentales de gran significación, como son la salud y la vida de las personas excluidas del plan de salud.

REGIMEN PATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE HECHO-Requisito de haber convivido por más de dos años

Referencia: expediente D-6580

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"

Demandantes: Ricardo Cardona Gaviria y María Margarita Rojas Álvarez.

Magistrada ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., once (11) de julio de dos mil siete (2007).

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, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Ricardo Cardona Gaviria y María Margarita Rojas Álvarez, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, y previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, conforme a su publicación en el Diario Oficial N° 41.148 de diciembre 23 de 1993, subrayando los apartes impugnados:

"Ley 100 de 1993

Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

PARAGRAFO. 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."

III. LA DEMANDA

Para los demandantes, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, parcialmente impugnado, vulnera lo dispuesto en los artículos 1°, 2º, 11, 13, 16, 42, 48 y 49 de la Constitución Política, con base en las razones que a continuación se exponen:

En su opinión lo acusado viola el artículo 1° de la Carta, porque "discrimina la relación voluntaria de las personas que deciden hacer vida marital permanente en unión libre, violenta el respeto debido a la dignidad humana, por cuanto sanciona dos años sin seguridad social el comportamiento 'compañero o compañera permanente', premiando el vinculo matrimonial, norma esta que no garantiza que personas no escrupulosas defrauden el sistema de seguridad social, pues muchas personas con vinculo matrimonial pueden no estar conviviendo efectivamente, pero sin estar utilizando los servicios asistenciales de la seguridad social. En cambio si hay casos de compañeros permanentes que no tienen la atención médica pronta a sus enfermedades, a que tendrían derecho toda vez que sus compañeros afiliados están contribuyendo con el sistema".

Consideran que también desconoce el artículo 11 superior, toda vez que "cuando por mandato de la ley se le niega la atención en salud al compañero permanente, se le está negando en realidad es la garantía de su bienestar físico, mental y social, garantía que está en los medios asistenciales, y cuando se vulnera este bienestar que se traduce en salud lo que se pone en peligro es la vida, no solo como definición de existencia lata sino también como definición de vida digna" y agregan que es "una condena de muerte expresa al (sic) impedírsele de manera arbitraria haciendo uso de facultades legales el acceso a tan importante derecho, necesario, sin duda para garantizar el goce de los demás, así como para la realización del proyecto de vida inherente a la dignidad y a la calidad de vida."

Para los accionantes, el aparte demandado "rompe de manera abrupta la coherencia constitucional del núcleo de los derechos fundamentales, contenida en el artículo 2 superior, toda vez que antes de cumplir con el fin esencial del Estado, de promover y garantizar los derechos, lesiona el derecho a la seguridad social que le es propio por extensión al beneficiario de una afiliado al régimen."

Añaden que el texto impugnado infringe lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta, "porque la igualdad no es solo la gradualidad de las calidades para sacar las equivalencias, y entonces mirar: si hay un vinculo matrimonial, entonces no es igual así se convive (sic) libremente de manera voluntaria y permanente. No, la igualdad merece el análisis necesario de las circunstancias sociales, la tendencia de la nueva generación a mantener sus relaciones lejos de vínculos formales y más bien a soportar la nueva sociedad familiar baja (sic) la base de las compatibilidades, este análisis nos conlleva inobjetablemente a encontrar la igualdad que existe entre los cónyuges enfermos que reciben asistencia médica con los compañeros permanentes enfermos que merecen también la asistencia médica."

Los demandantes agregan que la disposición atacada desconoce la “libertad de escoger pareja, de convivir con ella, de fundar una familia, sin que medie un contrato matrimonial”, estableciendo una “clara diferenciación en cuanto al acceso al sistema general de seguridad social en salud entre quienes decidieron conformar una familia con vínculos jurídicos y quienes lo hicieron de manera natural”, desconociendo que “en ambos casos quienes la conforman son personas y deben gozar de los mismos derechos sin condicionar los mismos a una decisión tomada con base en el libre desarrollo de la personalidad el cual pareciese limitarse al persuadir de manera sutil a si desean gozar del derecho a la salud y conformar una familia lo que deberán hacer mediante vínculos jurídicos y no naturales.”

En relación con la vulneración del artículo 42 de la Carta, expresan que “es inaceptable desde todo punto de vista que sí sea beneficiario del sistema quien se encuentra en la calidad de cónyuge y no quien es compañero o compañera, todo por un capricho del legislador” y agregan que por tal razón el aparte demandado desconoce la referida norma superior, “en cuanto a la garantía de la dignidad humana, la libertad de la que gozan los asociados de conformar la familia, el derecho a la igualdad de los tipos de uniones y el deber de protección por igual por parte del Estado.”

Sobre la infracción al artículo 48 superior, expresan que el aparte demandado desconoce el principio de universalidad de la seguridad social consagrado en dicho precepto, “al impedírsele a la compañera o al compañero de quien se encuentra afiliado al sistema su acceso al mismo”, trasgresión que en su criterio no puede ser superada argumentando que la protección a esas personas se hace efectiva afiliándolas al régimen subsidiado, “cuando es sabido por todos que los planes ofrecidos en el mismo jamás se podrían equiparar con los del régimen contributivo”, y concluyen que “de ninguna manera se puede considerar que el compañero o la compañera permanente se encuentren en la dolorosa espera de llenar los requisitos legales para afiliarse al régimen subsidiado en pro de la materialización de un derecho que le es concedido de manera inmediata al cónyuge o la cónyuge y que le es diferido en el tiempo al compañero o la compañera permanente.”

Finalmente, por lo que hace a la violación del artículo 49 de la Constitución, manifiestan que “la vulneración está dirigida a limitar el derecho a la salud, sin más razón que la discriminación social que emana de una mala interpretación del vínculo matrimonial como si este tuviera mayor fuerza vinculante que la voluntad de las personas”.

IV. INTERVENCIONES

1. Universidad Nacional de Colombia

Marcel Silva Romero, en condición de director de la Especialización en Derecho del Trabajo de ese ente educativo, hizo llegar el estudio realizado por esa dependencia donde plantea la constitucionalidad del segmento acusado del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, por considerar que el legislador en ejercicio de su potestad puede diferenciar las reglas de juego y las garantías que rigen para las familias según su origen, como en efecto lo ha hecho al regular las instituciones de la sociedad conyugal y la patrimonial, la primera constituida por el matrimonio y la segunda al operar la presunción de convivencia de dos años para los compañeros permanentes.

Sostiene, que de la reciprocidad de derechos y deberes entre los miembros de la pareja que conforman la familia se pueden deducir las razones que legitimarían la diferencia de trato en lo relacionado con la inclusión del compañero permanente como beneficiario del sistema contributivo de salud, y al respecto afirma que "si bien la demanda parece estar cimentada en el libre derecho que le podría asistir al afiliado al sistema para inscribir a su pareja como beneficiaria, no se debe dejar de lado el derecho a tener un mínimo de estabilidad dentro del mismo sistema que le debe asistir a los beneficiarios inscritos".

Afirma que aún cuando se garantiza igual protección a la familia, independientemente de su origen, "la forma de acceder a dicha protección en temas como el patrimonial o el de la seguridad social es distinta, ya que la rigurosidad y formalidad del matrimonio permiten acceder de manera inmediata a ciertos beneficios o garantías que solo se adquieren por el transcurso de cierto término de efectiva convivencia para el caso de las uniones libres, el que permite presumir la existencia y consolidación de una unión marital que reemplace el contrato nupcial al que se someten quienes toman la decisión de formalizar su unión a través del matrimonio."

Precisa, que la exigencia de dos años de convivencia que consagra la norma acusada "no es un fenómeno legal aislado y único", pues en su criterio está presente en otras figuras como la pensión de sobrevivientes, respecto de la cual el legislador ha impuesto requisitos aún mas gravosos en materia de convivencia, los cuales fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, "bajo el entendido que el requisito de tiempo lejos de ser una discriminación constituye una garantía del sistema".

Manifiesta que en materia de protección a la familia la distinción que consagra la norma acusada tiene un efecto positivo, "ya que si el cónyuge tomara la decisión unilateral de desafiliar a su pareja, no podría inscribir una nueva mientras no defina la situación matrimonial existente, situación que no ocurriría con quien ostente la calidad de compañero o compañera ya que si no fuera así, podría efectuar innumerables cambios en su pareja beneficiaria, independiente del tiempo durante el cual hubiese existido la convivencia real con el antiguo o con el posible nuevo beneficiario".

En su opinión, de no exigirse la acreditación de un período mínimo de convivencia, "se podría permitir que en el afán de acceder al sistema contributivo, se albergara la posibilidad de vincular masivamente vínculos familiares de muy corta duración, en detrimento de la sostenibilidad del sistema", por lo cual en su parecer se trata de una exigencia razonable que busca dos finalidades legítimas: de un lado, la protección del sistema de seguridad social y, de otro, la de la familia.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La representante del ministerio intervino para defender la constitucionalidad de la disposición acusada manifestando, en primer término, que la medida allí contenida es expresión de la "libertad del legislador" para hacer efectivo el derecho a la seguridad social mediante el señalamiento de términos y condiciones que permiten acceder a los derechos y prestaciones correspondientes, facultad que no es omnímoda, pues "encuentra sus límites en las normas constitucionales a las cuales debe sujetarse la producción de la ley en tan específica materia".

Estima que en ejercicio de esa competencia bien puede el legislador introducir elementos que diferencien el acceso al sistema, “cuando considere que son necesarios para configurar diversos aspectos, tales como la eficiencia en el manejo de los recursos del sistema, el equilibrio financiero del sistema, o la progresividad del derecho a la salud”, que en su parecer es lo que sucede en la norma acusada que establece un trato diferenciado entre cónyuges y compañeros o compañeras permanentes, que “no obedece al simple origen familiar, ni a que se de una discriminación en razón a la naturaleza del vínculo,” pues se encuentra plenamente justificado en garantizar el carácter permanente de ese grupo familiar.

Expresa que en uso de ese margen de configuración el legislador optó por erigir el sistema de seguridad social en salud bajo el concepto de protección a la familia a que alude el artículo 42 superior, por ser ella el núcleo fundamental de la sociedad, y fue así como estableció el régimen contributivo definido “como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias a ese sistema”, régimen que se financia con las cotizaciones de trabajadores y empleadores.

Afirma que el legislador debía señalar a cuales personas del núcleo familiar se extienden los beneficios que otorga el sistema, “habida cuenta que en principio el sistema con UN UNICO APORTE (sic) cubre el grupo familiar, y en algunos casos con dos aportes cuando ambos cónyuges o compañeros (as) permanentes cuentan con capacidad de pago”, que constituyen la fuente de financiación del sistema el cual “debe cubrir a un número de personas plural por afiliado (familia), a la vez que debe cumplir con la solidaridad interna del Régimen Contributivo, en virtud de la cual todos los afiliados acceden a los mismos beneficios sin atender el tamaño de la familia ni el monto del aporte con que se afilian”.

Sostiene que bajo esas consideraciones resultaba necesario determinar para el caso de los compañeros permanentes en qué condiciones el sistema les otorgaría beneficios, habida cuenta que en su sentir “la unión marital de hecho por sí misma no se traduce en una familia, sino que debe estar acompañada del ‘animus’ de quienes la integran”, pues así lo establece el artículo 42 superior, según el cual la familia se constituye por la voluntad de quienes la conforman, lo cual en el sistema de seguridad social en salud se evidencia al exigir la convivencia de dos años para dichas parejas.

Indica que también debe considerarse que los derechos a la salud y a la seguridad social tienen un contenido prestacional, “por lo que no se puede pretender que todas las personas accedan en las mismas condiciones, ello por cuanto dichos derechos forman parte de los derechos sociales que no son de aplicación inmediata, como lo ha entendido H. Corte Constitucional” y agrega que por tal razón “las normas que regulan la seguridad social deben tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros, sin los cuales no podrían efectivizarse los derechos prestacionales”.

Anota que cuando el legislador determina las condiciones en el régimen de seguridad social, “debe desarrollar los fines señalados en ella, entre los cuales se encuentra el de adoptar las medidas que sean necesarias para evitar que los recursos destinados a la seguridad social se destinen a fines diferentes a ella, o se ocasionen detrimentos o menoscabo a dichos recursos, que es lo que sustenta, entre otras razones, el trato diferenciado que se consagró

entre cónyuges y compañeros (as) permanentes."

Por ello en su parecer el requisito de dos años de convivencia no vulnera las normas invocadas por los demandantes, ya que "supone un tratamiento diferenciado, justificado y razonable en razón de las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión marital de hecho, estableciendo requisitos más exigentes para acceder a las prestaciones que el sistema concede, teniendo en cuenta las posibilidades financieras de éste y las evidentes limitaciones de los recursos públicos."

Señala que con la celebración del matrimonio surgen efectos civiles ya que las personas declaran ante el Estado su calidad de cónyuges, lo cual no sucede con la unión marital de hecho, "respecto de la cual resulta indispensable probar su constitución, su vocación de permanencia, así como la necesidad de determinar que quien dice ser compañero (a) permanente en verdad ostente dicha calidad", agregando que en su criterio el requisito de convivencia establecido en la norma acusada es una medida adoptada con base en observaciones sobre la realidad social para "evitar conductas tendientes a darle acceso a los beneficios de la seguridad social a personas que no han tenido un vínculo de permanencia".

Advierte que la inexequibilidad de la norma acusada "supondría que los afiliados podrían llevar a cabo este 'carrusel' de compañeros (as) permanentes cuantas veces así lo deseen, pues sin requisito de permanencia para acreditar la convivencia, para los efectos del sistema general de seguridad social en salud, todos los días, por decir algo, podrían dar por terminada una unión marital de hecho e iniciar otra."

Indica que la vocación de permanencia es la que también da derecho a los compañeros (as) permanentes a la pensión de sobrevivientes, con la diferencia que en esa prestación el legislador fue más estricto por cuanto impuso un plazo mayor de cinco años de convivencia para acceder a ese derecho, el cual fue declarado exequible por la Corte en sentencia C-1094 de 2003.

Concluye que el requisito de los dos años de convivencia, "no supone nada diferente a determinar para los efectos del sistema general de seguridad social en salud, que la permanencia de que habla el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 se protege a partir de que la unión marital de hecho sea superior a dos años."

3. Ministerio de la Protección Social

En relación con la supuesta violación al artículo 11 de la Carta, expresa que el argumento carece de "asidero jurídico" ya que en su opinión en ningún momento se le está negando la atención al compañero o compañera permanente para acceder a la seguridad social, toda vez que la Ley 100 de 1993 les ofrece otras coberturas, distintas a la familiar, como cotizantes o beneficiarios dentro del régimen contributivo o subsidiado, según el caso.

Sobre la alegada infracción a los artículos 13 y 16 superiores, manifiesta que la norma acusada al exigir dos años de convivencia al compañero permanente "no establece diferencias ni comparaciones", sino que exige unos requisitos formales a las personas que tienen vínculo matrimonial o unión de hecho en forma permanente y en este sentido la

medida está en armonía con la Ley 54 de 1990, que reconoce los derechos patrimoniales para la unión marital de hecho a partir de dos años de convivencia.

En torno a la vulneración del artículo 42 de la Carta, opina que hoy no se puede admitir que existan familias excluidas de la protección que brinda el sistema de seguridad social y que en lo que se refiere a la unión de hecho permanente superior a dos años señala que “no existe discriminación en cuanto a la clase de vínculo para conformar su núcleo familiar, ya que las personas libremente escogen vínculo natural o jurídico”.

Respecto de la violación de los artículos 48 y 49 superiores, considera que no se presenta, pues en su criterio con la expedición de la Ley 100 de 1993, “se pretendió resolver los problemas de baja cobertura en la atención de la salud, ampliando la cobertura del servicio de manera tal que se preste atención en salud a la mayor parte de la población”, bajo lo principios de universalidad y solidaridad regulados en ese ordenamiento legal.

4. Instituto de Seguros Sociales

Eliana Margarita Rois Garzón, Directora Jurídica Nacional (E) de esa entidad, considera que la Corte es incompetente para decidir sobre la demanda de la referencia, toda vez que en su parecer las acusaciones contra el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, “constituyen apenas meras apreciaciones subjetivas del actor y no se erigen como verdaderos cargos de constitucionalidad (sic).”

Sin perjuicio de esa solicitud, considera que lo impugnado se ajusta a la Constitución, pues según su criterio de conformidad con la Ley 54 de 1990 y el artículo 42 fundamental, la unión marital de hecho “fue elevada a rango superior como una de las formas válidas para conformar la familia -núcleo esencial de la sociedad- , implicando el reconocimiento de sus efectos civiles y económicos similares a los establecidos en el contrato de matrimonio pero en ningún momento la norma constitucional le confiere las mismas condiciones y efectos a una y otra institución como erróneamente lo considera el demandante”.

Señala que lo acusado tampoco vulnera los artículos 42 y 49 de la Carta, porque en su parecer reconoce la existencia de la unión marital de hecho “como una forma para el establecimiento del núcleo familiar para acceder a los beneficios del Plan Obligatorio de Salud”, sin negar el acceso a las prestaciones económicas y asistenciales del régimen contributivo en salud “al imponer como requisito un periodo de tiempo para la acreditación de la unión marital, dado que la fijación de los requisitos para acceder a los beneficios del POS como es el caso del tiempo para acreditar la convivencia es una facultad exclusiva del legislador”.

Considera que la finalidad de la norma demandada es la de evitar que “bajo la fachada de uniones maritales sin un tiempo de convivencia prudencial” se acceda de manera fraudulenta a los beneficios del POS “por parte de personas que no tienen derecho”, habida cuenta que, a su modo de ver, el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 impuso como requisito para la existencia de la unión marital de hecho su permanencia, “es decir, que la cohabitación de la pareja no debe ser accidental ni circunstancial, sino que debe estar guiada por un criterio de estabilidad”.

En relación con el cargo por violación a la igualdad, expresa que la unión marital y el matrimonio son instituciones distintas, “tanto en su denominación como en sus elementos connaturales, de modo que para el caso del acceso a los beneficios del Plan Obligatorio de Salud, el legislador al conferir un término de permanencia en la cohabitación marital reitera la clara diferenciación que la Constitución y la ley dieron a ambas instituciones”, por lo cual en su opinión el legislador “mal haría en conferir requisitos y efectos similares a instituciones jurídicas claramente diferenciadas”.

5. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -ACEMI-

La vicepresidente jurídica de esta entidad gremial, intervino para defender la constitucionalidad de la disposición acusada haciendo algunas precisiones previas sobre el sentido y finalidad del sistema de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993 y la amplia potestad de configuración del legislador en este campo, que en su criterio debe ser ejercida dentro de los límites constitucionales.

Sostiene que aplicando el “test de razonabilidad” para el caso de la norma acusada no se observa que se oponga a los mandatos superiores, como quiera que el fin perseguido por ella “es garantizar que el acceso al derecho a la seguridad social en salud para los beneficiarios del afiliado, fuera (sic) realmente para quienes bajo la figura del cónyuge o compañero permanente, cumplen con ese espíritu de convivencia con vocación de permanencia y compromiso de vida real, que se materializa con el transcurso del tiempo y se enmarca dentro del concepto de familia”.

En su opinión, la disposición demandada “expresaría como primera medida, la intención o deseo del legislador de proteger y garantizar el derecho a la seguridad social en salud de las relaciones duraderas, fundadas en una decisión mutua de vida común” y en este sentido estima que la exigencia temporal de dos años de convivencia para el compañero (a) permanente persigue “favorecer a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad.”

Considera que el carácter permanente de esas uniones maritales fue atribuido por el legislador no en el contexto de la Ley 100 de 1993, sino bajo el contenido del régimen de los compañeros permanentes previsto como materia especial en la Ley 54 de 1990, donde se las define como comunidades de vida permanente y singular, por lo cual en su parecer el objetivo de la norma demandada se ajusta a la Constitución “ya que favorecería la unidad familiar y la efectividad del derecho a la seguridad social”.

Advierte que lo impugnado también persigue otro fin constitucional importante que es “proteger la sostenibilidad del sistema y la efectivización del derecho a la seguridad social, atendiendo que este se encuentra fundado sobre la base del principio de solidaridad señalado en los artículos 1° y 95 de la Constitución”, razón por la cual si se acogen las pretensiones de la demanda se abriría “la posibilidad de que cualquiera acredite la existencia de una unión de hecho para acceder de manera indiscriminada a los beneficios del sistema de seguridad social en calidad de beneficiario y en detrimento del sistema”.

En relación con este aspecto sostiene que no se puede ignorar que en los sistemas de seguridad social se presenta el fenómeno de la “selección adversa” por parte de los usuarios,

“que consiste en la afiliación al sistema únicamente cuando requieren de servicios de salud rompiendo el principio constitucional de solidaridad”, según lo han advertido expertos en la materia en un informe del año 2001 cuyos extractos trae a colación, con base en el cual concluye que “este fenómeno tienen serias implicaciones para el sostenimiento del sistema, pues conlleva a una concentración en los asegurados de personas enfermas y por lo tanto a un mayor gasto del calculado con la probabilidad de enfermar de la población en general (pues esta contienen sanos y enfermos)”.

7. Coadyuvancia de la ciudadana Diana Patricia Ávila Rubiano

Esta ciudadana adhirió a las pretensiones de la demanda de la referencia, por considerar que con la actual Constitución Política “la unión marital es elevada a un carácter superior como una de las formas válidas para constituir una familia, dado que con la Ley 54 de 1990 la unión marital de hecho apenas se reconoce legalmente la posibilidad para que un hombre y una mujer sin estar casados formen comunidades de vida según lo expresa la propia ley”.

Expresa que el requisito de dos años de convivencia en el régimen jurídico de la unión marital de hecho se “refiere a la presunción legal y a la prueba de la existencia de una sociedad patrimonial”, por lo cual en su criterio la declaración de existencia de ese vínculo “no se supedita al decurso de un período de tiempo determinado”, razón por lo cual en su parecer ese término “se predica del efecto, es decir de la sociedad patrimonial para los compañeros permanentes y no como un requisito de existencia de la causa, es decir de la unión marital de hecho por sí misma.”

Lo acusado viola el artículo 42 de la preceptiva superior, pues en su sentir este precepto “no confirió término alguno para la existencia de la unión marital formada por compañeros permanentes y antes bien, lo que hizo fue elevar a un rango superior este vínculo marital como forma válida para la constitución de una familia como núcleo esencial de la sociedad” y agrega que en legislador en la norma demandada “confundió la causa con el efecto” ya que en su criterio “una cosa es la declaración de existencia de la unión marital para efectos legales la cual no se supedita a término alguno, y otra muy distinta es la declaración de existencia de la sociedad patrimonial como consecuencia de la unión marital, la cual se presume del término de convivencia no inferior a dos años entre compañeros permanentes”.

Afirma que de la disposición censurada se infiere que “los compañeros permanentes en Colombia si deciden convivir en una fecha determinada, uno de ellos tendrá que esperar dos años sin acceder a los servicios de salud como beneficiario del otro compañero, siendo la solución jurídica en algunos de estos casos la afiliación del compañero permanente desprotegido en condición de trabajador independiente con una erogación mayor por concepto de la totalidad de la cotización a aporte al Régimen Contributivo hasta cuando acrediten dos años de convivencia para ser afiliado como beneficiario del compañero (a) permanente cotizante”.

Manifiesta que la disposición demandada también vulnera el principio superior de igualdad, puesto que “para acceder a los beneficios del POS mientras a los compañeros permanentes se les exige un término mínimo de convivencia, a los cónyuges no se exige tal requisito, lo

cual lleva a la conclusión de la desprotección de uno de los compañeros permanentes quien estará por fuera del POS mientras se cumple el término de dos años de convivencia".

Finalmente, la coadyuvante pide a la Corte integrar la unidad normativa con la expresión "siempre y cuando la unión sea superior a dos años" del literal b) del artículo 34 b) del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993 en lo atinente a la afiliación al régimen de seguridad social en salud, solicitud a la cual no accederá la Corte por tratarse de una disposición que al carecer del rango de ley, en sentido material y formal, no es objeto de control constitucional por parte de esta corporación.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Al respecto señala que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se "posicionó" a la familia como el núcleo esencial de la sociedad y así quedó establecido en el artículo 42 superior, donde la noción de familia que incorpora la Carta Política "desborda la tradicional triada padre, madre e hijo, sin limitarse al vínculo que conforma la pareja, pues lo contrario equivaldría a aceptar que al romperse su convivencia, la familia dejaría de existir", de manera que "tal noción admite diversos modos para su conformación como una manifestación concreta de los principios rectores del Estado Colombiano orientados al respeto y garantía de la dignidad humana."

Sostiene que en ese orden de ideas, "debe entenderse que la familia se estructura principalmente a partir de las diversas relaciones de solidaridad, respeto y sentimientos mutuos que se tejen entre sus miembros, lo cual amplía sus fronteras, permitiendo que su núcleo sea protegido integralmente a través del régimen constitucional", lo cual en su criterio se manifiesta, entre otros aspectos, en "el acceso integral al sistema de seguridad social de todo el núcleo familiar."

A continuación el jefe del Ministerio Público efectúa algunas observaciones sobre el matrimonio y la unión de hecho, advirtiendo que en relación con esas instituciones "actualmente no se puede dar aplicación absoluta al principio de igualdad, ni formal ni materialmente", pues recuerda que de tiempo atrás la Corte Constitucional ha reconocido la situación jurídica distinta de cónyuges y de compañeros permanentes, "premisa a partir de la cual también ha considerado que no es contrario al principio de igualdad que el legislador adopte medidas regulatorias distintas para una y otra institución, siempre que éstas tengan un carácter objetivo y razonable y no resulten discriminatorias."

Sobre el particular indica que "contrario al matrimonio, la unión marital de hecho no es un contrato solemne, ni tiene por objeto necesariamente la procreación, ni tampoco constituye estado civil, definiéndose entonces como la materialización de la decisión responsable de dos personas de convivir, como pareja, en forma permanente y singular, situación que es reconocida por el ordenamiento jurídico protegiendo a ambos desde el ámbito patrimonial" y añade que en lo que se refiere al estatuto patrimonial de las dos instituciones en comento, "mientras la sociedad conyugal es un efecto ipso jure del matrimonio que puede ser regulado previamente por los cónyuges por medio de las capitulaciones, la sociedad patrimonial es un efecto del reconocimiento judicial de la unión marital de hecho".

Expresa el Procurador que "es irrefutable que el matrimonio y la unión marital de hecho son

formas distintas de fundar una familia y, por ende, admiten regulaciones y efectos jurídicos variados y diferenciados" y estima que aún así "dicha tesis no puede ser interpretada al extremo de desconocer el origen y la finalidad común que persiguen ambas instituciones, en tanto acuerdo de voluntades de una pareja para convivir con base en lazos de solidaridad, respeto y sentimientos mutuos. Lo contrario, supondría anular la intención del Constituyente Primario de otorgar igual validez tanto al matrimonio como a la unión marital de hecho como modos legítimos de fundar una familia".

Expresa que en ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional cuando al matizar las diferencias existentes entre una y otra figura jurídica, a propósito de la regulación de la pensión de sobrevivientes y de la adopción, ha expresado que "no tienen porqué distinguir entre la familia surgida del vínculo civil y la surgida del vínculo natural", lo cual en su sentir evidencia en ese campo "la tendencia a la unificación de las consecuencias jurídicas de ambas instituciones en todo lo que no tenga que ver con sus efectos patrimoniales y sobre el estado civil, por cuanto los mismos fueron regulados de manera concomitante con la creación de aquellas", como en su parecer está planteado en la sentencia C-326 de 1993, cuyos extractos trae a colación.

Sostiene que "la regla judicial imperante frente a las diferencias contempladas por el legislador entre el matrimonio y la unión marital de hecho, en ámbitos distintos a los enunciados, es la aplicación del juicio de razonabilidad sobre éstas para eliminar discriminaciones arbitrarias entre cónyuges y compañeros permanentes", criterio que ha adoptado la Corte en sentencia C-1033 de 2002, donde precisó que tratándose de dichas instituciones jurídicas no se pueden soslayar las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

Según el Jefe del Ministerio Público,"los presupuestos para que sea reconocida la unión marital de hecho respecto de los beneficios de la seguridad social en salud son diferentes de aquellos que sustentan su declaración judicial o la de la sociedad patrimonial a que da lugar y, en modo alguno, pueden ser confundidos entres sí, ni por el legislador ni por los operadores jurídicos, ni por las autoridades administrativas dentro de la órbita de sus competencias".

Afirma que los elementos fácticos de las normas que regulan la cobertura familiar en el régimen contributivo de salud, se pueden agrupar en dos: relación familiar y dependencia económica, los cuales en su parecer son "condiciones concurrentes", pues "no basta la existencia de un vínculo familiar para que la persona pueda ser beneficiaria del sistema de seguridad social en salud, sino que además es imperativo que dependa económicamente del respectivo cotizante" y agrega que ello es así porque el derecho a la seguridad social en salud "se basa en el reconocimiento de su directa vinculación con la protección integral de la familia", independientemente del origen de la misma.

Opina que en materia de salud, el sistema de seguridad social busca amparar al núcleo familiar asistiendo a la financiación de los gastos de salud de la familia "real" de la persona cotizante, "es decir, de quienes se consideren, de acuerdo con las opciones que permite la Constitución, familia y que impliquen una 'carga' económica para aquel, en desarrollo de los principios superiores de solidaridad y de primacía de los derechos fundamentales", motivo

por el cual en su criterio “la aplicación analógica de las categorías de familia al sistema de seguridad social en salud, únicamente resulta admisible si con ello se respeta el desarrollo que el legislador dio al principio constitucional de solidaridad en esta materia, es decir, si contribuye a una redistribución del ingreso de la familia”.

Con base en estas consideraciones concluye que la expresión demandada del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que restringe el acceso al Plan Obligatorio de Salud, en calidad de beneficiarios, a los compañeros permanentes cuya unión sea inferior a dos años “no es compatible con los artículos 5, 13 y 42 de la Carta Política de 1991 y deviene, entonces, en inconstitucional en la medida en que niega el acceso a dicha garantía a un determinado grupo de personas, de manera arbitraria e injustificada, únicamente por razón de su decisión responsable de constituir una familia por medio de la unión marital de hecho”

En su sentir la regulación acusada es contraria a la intención del Constituyente de 1991 de equiparar el estatus jurídico de ambas instituciones y a los principios que rigen el sistema de seguridad social en salud, en particular los de universalidad, integralidad y solidaridad, “perpetuando un viejo prejuicio social consistente en que los compañeros permanentes son parejas de segunda categoría frente a los cónyuges, idea que no se compagina con el deber Superior del Estado y de la sociedad de brindar protección integral a la familia, sin consideración a la clase vínculo que determina su origen”.

Para el Procurador la distinción que introduce la disposición impugnada es el resultado de “transplantar” categorías propias del derecho de familia al ámbito de la seguridad social, “sin atender a la especificidad del mismo”, lo cual conduce, en su criterio, “a la absurda situación en la que un miembro de la familia, esto es el compañero (a) permanente, se vea impedido de extender los beneficios de su trabajo a la persona con la que cohabita en comunidad de vida y que, además, depende económicamente de él o ella, según corresponda, hasta tanto cumplan dos años de convivencia”, siendo en su parecer más paradójica esta situación tratándose de la compañera permanente en estado de gravidez, quien pese a depender económicamente de su compañero permanente, no puede afiliarse a una EPS en virtud de la limitación acusada, circunstancia que a su modo de ver contribuye a “romper los vínculos de solidaridad intrafamiliares que sirven de fundamento a toda relación de pareja y, por contera, a resquebrajar el ‘núcleo fundamental de la sociedad’, minando las bases propias de su existencia.”

Manifiesta, finalmente, que la medida impugnada es una “intromisión indebida del Estado en la esfera íntima del individuo y de su núcleo familiar, por privilegiar ostensiblemente una forma de unión sobre la otra, el matrimonio sobre la unión marital de hecho, premiando a quienes optan por la primera y sancionando a quienes lo hacen por la segunda, los cuales quedan expuestos a sufrir detrimento y menoscabo en su salud ante la imposibilidad de recibir la asistencia médica que contempla el Plan Obligatorio de Salud para los beneficiarios, por el largo término de dos años”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Constitución Política, la Corte

Constitucional es competente para conocer de la acción de inconstitucionalidad de la referencia, por estar dirigida contra una disposición perteneciente a una ley.

Inicialmente el proceso fue repartido al Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, cuya ponencia no fue acogida por la Sala Plena, siendo asignado a la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

Corresponde a la Corte Constitucional establecer si la expresión "cuya unión sea superior a 2 años", perteneciente al artículo 163 de la Ley 100 de 2003, trasgrede los preceptos superiores invocados por los demandantes, referentes a la dignidad humana y los derechos a la vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, seguridad social, salud, lo mismo que a la protección integral de la familia, al impedir el acceso como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud a los compañeros (as) permanentes del afiliado, cuando aquellos no hayan cumplido con la condición temporal prevista en la norma.

3. Contenido y alcance de la expresión impugnada

El artículo 163 de la Ley 100 de 2003 establece:

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

PARAGRAFO. 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".

Esta disposición regula la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud POS y señala quienes son beneficiarios del sistema de seguridad social en salud, excluyendo para esos efectos al compañero (a) permanente del afiliado cuya unión sea inferior a 2 años, expresión que para los demandantes discrimina a las personas que conviven en unión de hecho y no cumplen con esa exigencia temporal, quienes, según la demanda, resultan "sancionadas" por el simple hecho de haber decidido hacer vida marital, lo cual, en criterio de los accionantes, atenta contra sus derechos a la dignidad humana, vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, familia, seguridad social y salud.

3.1. La norma parcialmente demandada desarrolla los preceptos superiores que garantizan la protección integral de la familia, imponiendo al sistema de seguridad social el deber de

cobertura para la pareja conformada por los cónyuges, como también para la pareja integrada por compañeros permanentes, salvo que en éste último caso el legislador excluye temporalmente de la condición de beneficiario al compañero (a) permanente cuando la unión sea inferior a 2 años.

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como "Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos".1 De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

"(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral"2.

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como

mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

La disposición parcialmente demandada establece la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud POS, determinando quienes son beneficiarios del sistema y previendo un tratamiento diferente respecto de tres situaciones, así: i) será beneficiario el (o la) cónyuge del afiliado; ii) será beneficiario el compañero (a) permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; y iii) NO será beneficiario el compañero (a) permanente del afiliado cuya unión sea inferior a 2 años. Es decir, respecto de ésta última situación el legislador ha excluido de la condición de beneficiario del Plan a un sector de la sociedad a partir de un criterio temporal, incurriendo de esta manera en un acto de discriminación, pues tal comportamiento no encuentra justificación objetiva y razonable desde una perspectiva constitucional acorde con los principios, derechos, libertades y garantías fijados por el constituyente.

4.3. Por tratarse de la vulneración del derecho a la igualdad de algunos de los beneficiarios del POS, la Sala abordará el examen del texto demandado valiéndose del test de igualdad, pues se trata de un mecanismo concebido por la jurisprudencia para aportar objetividad y previsibilidad a las decisiones de la Corte Constitucional, cuando están de por medio argumentos basados en la presunta vulneración del artículo 13 superior.

4.4. La legitimidad del fin buscado con la medida que se examina contaría con justificación en la necesidad de dar estabilidad financiera al sistema de seguridad social en salud, como también el fin de la misma sería legítimo a partir del principio de eficiencia y, además, la medida estaría adecuada al fin propuesto por el legislador, representado por la defensa de la viabilidad económica, circunstancias que la harían conforme con lo dispuesto en la Carta Política, de no ser porque en ejercicio de la libertad de configuración legislativa en materia de seguridad social, el Congreso de la República debe atender a los valores y principios propios del Estado Social de Derecho, dando prelación al derecho a la vida en condiciones dignas y a los derechos a la igualdad, la seguridad social, la salud y el libre desarrollo de la personalidad, por ser estos de una mayor entidad constitucional en favor del compañero (a) permanente para acceder al Plan Obligatorio de Salud.

4.5. Siguiendo los parámetros del test de igualdad3, la Sala procederá a examinar i) la legitimidad del fin buscado por el legislador, ii) la legitimidad de la medida adoptada, y iii) la

adecuación de la medida al fin propuesto.

El condicionamiento temporal previsto en la norma, en cuya virtud se impide al compañero (a) permanente del afiliado ser beneficiario del Plan Obligatorio de Salud, tiene como fin garantizar la viabilidad financiera del sistema de salud, pues, según el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se podría presentar el caso de personas que acudieran como beneficiarios sin cumplir requisitos mínimos, las cuales podrían solicitar servicios de alto costo sin cotizar lo suficiente, personas que organizarían una suerte de "carrusel" que haría inviable la estructura económica del sistema. Este fin encontraría asidero en la necesidad de garantizar el servicio de seguridad social en salud en condiciones de sostenibilidad financiera, permanencia y eficiencia económica.

La medida adoptada por el legislador para impedir el ingreso al sistema de un amplio sector de la comunidad estaría legitimada por la naturaleza prestacional del derecho a la seguridad social, pues con ella se impide que todas las personas accedan al sistema de seguridad social en las mismas condiciones, cuando se considera que el compañero (a) permanente del afiliado cuya unión es inferior a 2 años, no está en condiciones similares a las del cónyuge del afiliado.

La adecuación de la medida al fin propuesto estaría justificada en que el legislador no desconoce las garantías de las uniones de hecho ni las de la familia surgida de vínculos naturales, como tampoco negar a sus miembros el acceso a los servicios de salud, sino que se habría señalado un requisito para prestar el servicio, el cual no sería excesivamente gravoso ni desproporcionado por su naturaleza efímera y por constituir un medio para garantizar la racionalización en el uso de los recursos públicos destinados a la prestación del servicio.

4.6. Si bien es cierto que la expresión atacada puede encontrar sustento constitucional en la necesidad de preservar la estabilidad financiera del sistema de seguridad social en salud, también lo es que el legislador está en el deber de velar por los intereses y derechos fundamentales de los asociados, pues bien puede ocurrir que las medidas legislativas confieran un estatus superior a determinados derechos que, en relación con el concepto de Estado Social, están destinados a un cumplir una función secundaria.

El legislador cuenta con una amplia potestad para configurar el sistema de seguridad social en salud, siempre y cuando lo haga dentro del marco de los valores y principios propios del Estado Social de Derecho; tales valores y principios significan auténticos mandatos, como ocurre con el deber de velar por el respeto a la dignidad de la persona humana, por el derecho a la igualdad de trato, la protección del derecho a la vida y a la salud.

4.7. Como lo ha explicado la Corte, el examen de medidas legislativas como la dispuesta por la expresión demandada se debe llevar a cabo mediante un control riguroso de constitucionalidad, cuando la norma impugnada "(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente-

un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población"; en estos casos se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional "esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado Social de Estado" .4

Con fundamento en lo dispuesto por la Corte Constitucional en relación con el control riguroso de constitucionalidad que debe llevarse a cabo en este caso, la Sala establecerá si el tratamiento que la expresión acusada confiere en materia de acceso al Plan Obligatorio de Salud a los compañeros (as) permanentes cuya unión con el afiliado no supera los 2 años, se aviene o no a lo previsto en la Carta Política. En el presente caso es evidente que la expresión atacada incorpora una clasificación sospechosa basada en una categoría prohibida como es el "origen familiar" (C.Po. art. 13), a lo cual se agrega que la medida compromete la protección y eficacia de derechos fundamentales de gran significación, como son la salud y la vida de las personas excluidas del mencionado plan de salud.

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliar como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

"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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

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

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes". Subraya la Sala.

4.9. El artículo 42 superior sirve a la Sala como fundamento para afirmar que mediante la expresión demandada el legislador desbordó el ámbito de protección previsto en la Carta Política en favor de la familia, sea ésta constituida por vínculos naturales o jurídicos, por cuanto estableció una categoría, la de los compañeros (as) permanentes no beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, generando una clara discriminación respecto de los cónyuges, quienes son beneficiarios del sistema de seguridad social en salud desde el momento mismo en que adquieren el mencionado estatus.

La medida adoptada por el legislador no prevé una diferencia de tratamiento, sino una discriminación en contra de quienes, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, optan por constituir una familia mediante vínculos naturales, personas que, al amparo del artículo 42 de la Carta Política, gozan de la misma protección dispensada a quienes deciden constituirla por vínculos jurídicos. Acerca de la igualdad de trato para las clases de familia previstas en la Constitución Política, la jurisprudencia ha precisado:

"Los artículos 5 y 42 de la Constitución Política reconocen a la familia como núcleo fundamental de la sociedad e institución primigenia del Estado. En virtud de dicho reconocimiento, el Texto Superior le confiere a la familia una protección especial e integral, sin tener en cuenta el origen o la forma que aquélla adopte, como respuesta a los distintos intereses personales a través de los cuales se manifiestan, desenvuelven y regulan las relaciones afectivas.

Dentro de este contexto, la Corte ha sostenido que la institución familiar ha sido concebida por el Constituyente de 1991, como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones (C.P. art. 16, 42 y 44), pues su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia5.

Aun cuando el Texto Superior le confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia, no por ello deja a su total arbitrio la consolidación de la misma, pues en todo caso somete su constitución a determinadas condiciones, a fin de otorgarle reconocimiento, validez y oponibilidad a la unión familiar.

En apoyo de lo anterior, la propia Constitución en el artículo 42 dispone que la familia se puede constituir, básicamente, (i) por vínculos naturales, es decir, “por la voluntad responsable de conformarla”, como en el caso de la unión marital de hecho (Ley 54 de 1990), o (ii) por vínculos jurídicos, esto es, por la “decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”6. De acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, “esta clasificación no implica discriminación alguna: Significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia”7.

De suerte que, si bien el Texto Superior distingue entre los diversos orígenes que puede tener la familia, en ningún momento genera discriminación entre ellas, pues según lo previsto en los artículos 5, 13 y 42 de la Carta Fundamental, dicha institución jurídica debe ser objeto de una idéntica protección sin que interese, por consiguiente, que se encuentre constituida por vínculos jurídicos o naturales”.8

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

4.11. La Corte Constitucional ha avalado el término de dos años que según el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 se requiere para que pueda ser declarada la existencia de la unión marital de hecho,9 sin que tales pronunciamientos puedan entenderse como respaldo constitucional a la expresión que se examina en el presente caso, pues aquella ley regula el régimen patrimonial de la sociedad de hecho, teniendo en cuenta, según la Corte, que:

“ (…) durante muchos años la ley omitió regular lo relacionado con el producto económico de las uniones de hecho. Para responder a esta carencia, la jurisprudencia recurrió a figuras como las de la sociedad de hecho, el enriquecimiento sin causa o la relación laboral. Con todo, solamente hasta la expedición de la Ley 54 de 1990 se reconoció que de la unión de hecho nacía directamente a la vida jurídica una sociedad patrimonial, que concedía derechos a ambos compañeros permanentes sobre el haber derivado de la unión.

El objeto de la mencionada ley fue precisamente el de remediar las injusticias que causaba la falta de regulación de la sociedad patrimonial surgida de las uniones de hecho, situación que operaba principalmente en desmedro de las mujeres”10.

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones

maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

5. Beneficiarios del POS y principio de buena fe

5.1. Los voceros estatales que intervinieron en el presente caso, particularmente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expresaron sus reservas por el abuso que se pueda presentar al incluir como beneficiarios en condición de compañero (a) permanente a personas que no cumplan con los requisitos establecidos en la ley, generándose una especie de “carrusel” que podría hacer insostenible económicamente el sistema.

5.2. La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE la expresión “cuya unión sea superior a dos años”, del artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

CON SALVAMENTO DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

NILSON PINILLA PINILLA Y RODRIGO ESCOBAR GIL A LA SENTENCIA C-521 DE 2007 (JULIO 11)

COMPAÑERA O COMPAÑERO PERMANENTE EN PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Constitucionalidad de la norma que establece como requisito para la afiliación, convivencia mínima de dos años (Salvamento de voto)

La finalidad a la cual apunta el condicionamiento impuesto a los compañeros (as) permanentes por la disposición acusada, ciertamente se aviene con los dictados de la Carta Política, por cuanto la estabilidad, eficiencia y sostenibilidad son principios que debe tener en

cuenta el legislador al configurar el sistema de seguridad social, cuyos finitos recursos deben ser aplicados en forma racional a esos cometidos y protegidos de eventuales prácticas fraudulentas que dificulten el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de las prestaciones correspondientes. El riesgo para las finanzas del sistema, que tiende a ser neutralizado con la medida impugnada, no es aparente sino real, si se tiene en cuenta que frente a la posibilidad de asegurar a todos los compañeros (as) permanentes, sin tener en consideración el término de duración de la unión de hecho, muchas personas podrían afiliarían masivamente como beneficiarios de afiliados, simplemente alegando tal condición, para así poder acceder a todos los beneficios del Plan Obligatorio de Salud con cargo a una sola cotización, privando así de los servicios de salud a quienes son sus básicos destinatarios, tanto en el régimen contributivo como subsidiado.

Referencia: expediente D-6580

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

Demandantes: Ricardo Cardona Gaviria y Margarita Rojas Álvarez.

Magistrada ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Con el acostumbrado respeto a las decisiones de esta corporación, los sucritos magistrados presentamos salvamento de voto a la decisión de la referencia, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la expresión “cuya unión sea superior a dos años”, contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

Comoquiera que la ponencia que sustentaba la exequibilidad de la norma, presentada por el Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, la cual no fue acogida por la opinión mayoritaria en Sala Plena, contiene los argumentos que apoyan nuestra disidencia, enseguida transcribimos la mayor parte de aquellas consideraciones:

“2. Lo que se debate.

Debe establecer la Corte si la expresión ‘cuya unión sea superior a 2 años’, contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 2003, vulnera los preceptos superiores invocados por el actor, referentes a la dignidad humana, la vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, seguridad social, salud y la protección integral de la familia, al impedir el acceso como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud a los compañeros (as) permanentes del afiliado que no cumplan esa condición temporal.

Con el fin de despejar los cuestionamientos emanados de la demanda, será necesario indagar previamente si a luz de los mandatos superiores el legislador está habilitado para imponer condiciones y requisitos al acceso a la seguridad social, para lo cual se hará referencia al significado y alcance de sus facultades en ese campo, analizando y explicando desde la jurisprudencia constitucional lo concerniente al régimen en salud, así como los principios de eficiencia y estabilidad financiera del sistema de seguridad social, y la intensidad del control constitucional sobre las medidas adoptadas. Hechas esas

consideraciones, la Corte abordará los cargos de inconstitucionalidad propuestos por el actor en la presente oportunidad.

3. Significado y límites de la facultad del legislador para regular la seguridad social en salud.

Partiendo de los preceptos superiores que regulan la materia (arts. 48, 49, 53, 150), en forma constante la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el legislador cuenta con amplia competencia para regular la seguridad social, en sus dimensiones de derecho irrenunciable de las personas -en principio no fundamental-, derecho prestacional11 y servicio público de carácter obligatorio, con autonomía suficiente para apreciar las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales.

Ha querido el constituyente que en razón de su carácter público y la finalidad superior atribuida, la seguridad social sea configurada como un régimen legal, en el cual los aportes de los afiliados, las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, se determinen no por un acuerdo de voluntades, sino por normas jurídicas adoptadas por el órgano legislativo, que se integran al ordenamiento y que, en todo caso, deben respetar los valores, reglas y principios superiores, entre ellos los de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera (art. 1° Acto Legislativo 01 de 2005).

El alcance de los citados principios ha sido decantado por la Corte en múltiples pronunciamientos, cuya doctrina está condensada en la sentencia C-111 de 2006 (febrero 22), M. P. Rodrigo Escobar Gil, en los siguientes términos:

‘Según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.

El principio de solidaridad exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber:

En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten.

En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. En estos casos, no se pretende exigir un aporte adicional representado en una cotización en dinero, sino que, por el contrario, se acuden a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir por el bienestar general y el interés común, tales como, (i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos

fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo.

El principio de eficiencia cuyo propósito consiste en lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Mediante este principio se pretende hacer efectivo, el mandato constitucional de garantizar "el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales", en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior.

Finalmente, el principio de sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, mediante el cual se exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones12.'

Al avanzar en el sentido de los principios de la seguridad social, la Corte ha señalado que existe una relación de complementariedad entre ellos, de tal forma que el legislador, al desarrollar los imperativos superiores en la materia, no puede descuidar las limitaciones financieras del sistema, ni poner en riesgo su propia eficiencia y continuidad:

'… 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'.

Por lo anterior, es evidente para la Corte que el solo hecho de que la ley consagre determinados derechos, beneficios y/o servicios a favor de ciertos grupos humanos, con la consiguiente exclusión o condicionamiento de estos mismos derechos frente a otras personas, no resulta en modo alguno cuestionable a la luz del artículo 48 de la Constitución Política.'13 (Negrillas en el texto original).

En íntima conexión con lo anterior, la propia Carta Política establece en el artículo 48 que el Estado con la participación de los particulares 'ampliará progresivamente' la cobertura de la seguridad social, mandato que para la jurisprudencia no significa otra cosa que el reconocimiento de la naturaleza prestacional o asistencial de ese derecho, comoquiera que su realización dependerá no sólo de la existencia y organización de una estructura institucional, sino fundamentalmente de ´la capacidad fiscal o financiera del ente encargado de la asistencia o prestación"14, que le otorga a ésta "un carácter temporo-espacial reconocido por el Constituyente' 15.

Como quiera que las cláusulas constitucionales que regulan la materia son normas abiertas que permiten distintos desarrollos por parte del legislador, 'en razón al pluralismo político y al libre juego democrático que caracteriza al Estado constitucional de derecho'16, se reconoce al órgano legislativo libertad para optar por distintos modelos de seguridad social, fijando al efecto los términos y condiciones que rigen el acceso a los servicios y prestaciones correspondientes, respetando, eso sí, los derechos fundamentales y los principios del régimen económico constitucionalmente establecido.

Dentro de esos parámetros constitucionales el legislador puede regular, con amplia facultad, el campo de la seguridad social en salud, contando al efecto con una variedad de posibilidades, como organizar, dirigir y reglamentar la prestación de ese servicio a toda la población, con sujeción a los mencionados principios; fijar las políticas dentro de las cuales será atendido por entidades privadas, bajo vigilancia y control permanente del Estado; determinar las competencias entre la Nación y los entes territoriales y lo concerniente a su descentralización, entre otros aspectos.17

Así, la Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, adoptando un esquema dual para la prestación del servicio de salud, que comprende dos regímenes diferenciados con sus propias características: el régimen contributivo y el subsidiado, que si bien deben coexistir articuladamente para su financiamiento y administración, son excluyentes entre sí, de modo que ninguna persona puede estar afiliada en forma simultánea a esos dos regímenes.18

Al primero pertenecen las personas que cuentan con mayor capacidad económica y por ello

cotizan al sistema mediante una contribución obligatoria, o aporte económico previo, el cual será cubierto directamente por el afiliado, o en concurrencia entre éste y su empleador, que le otorga derecho a recibir la prestaciones del POS, a través de entidades administradoras de este régimen (EPS), encargadas de recaudar esas cotizaciones de los afiliados y atender el POS. Con cargo a dichos recursos, el Estado reconoce a la respectiva entidad la unidad de pago por capitación, UPC, valor que paga el Estado a la EPS por la organización y garantía de la prestación de los servicios previstos en el POS para cada afiliado.

Del segundo régimen forman parte quienes, por el contrario, carecen de medios económicos para costear su seguridad social, es decir, la población pobre y vulnerable del país, que se afilia a través del pago de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos de origen netamente público provenientes del sistema general de participaciones, de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, así como de los recursos producto del esfuerzo fiscal territorial que se destinen a esos efectos. Con cargo a dichos recursos se reconoce a las denominadas Administradoras de Régimen Subsidiado, ARS, la unidad de pago por capitación subsidiada UPS-S, por cada uno de sus afiliados, recibiendo una proporción de esa unidad como retribución por la organización y gestión del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, POS-S.

Conviene precisar que esa amplia facultad del legislador en la configuración de la seguridad social, no acarrea que cualquier regulación legislativa en ese ámbito esté ajustada per se al ordenamiento constitucional, pues, como se ha visto, desde la Carta se señalan claros mandatos, como el de la igualdad de trato y los principios básicos de la seguridad social y del derecho a la salud, que tienen que ser respetados por el Congreso para que las medidas adoptadas no resulten viciadas de inconstitucionalidad.19

Significa lo anterior, que el análisis constitucional de tales determinaciones no puede hacerse en forma aislada o descontextualizada de los sistemas a los cuales pertenecen, ‘por cuanto se presume que corresponden a un juicio político, económico y financiero -razonable y proporcional- de las distintas hipótesis y constantes macroeconómicas’, que pueden afectar el futuro cumplimiento de las obligaciones del Estado. Por ello se tiene establecido que, en principio, ‘el juez constitucional deberá respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexequibilidad de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta’20.

No obstante, esas razones deben ceder a favor de un control riguroso de constitucionalidad, cuando la disposición enjuiciada ‘(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población’, evento en el cual se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional, ‘esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado Social de Estado’ 21.

4. Análisis constitucional de la disposición acusada.

El artículo 163 de la Ley 100 de 2003 regula la cobertura familiar del Plan de Obligatorio de Salud, POS y señala quienes son beneficiarios del sistema de seguridad social en salud, incluyendo sólo el compañero o compañera permanente del afiliado 'cuya unión sea superior a 2 años', expresión que, según los actores, discrimina a las personas que conviven en unión de hecho y no cumplen con esa exigencia temporal, quienes en su parecer resultan 'sancionadas' por el simple hecho de haber decidido hacer vida marital, lo cual en su sentir atenta contra sus derechos a la dignidad humana, vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, familia, seguridad social y salud.

Según el Director de la especialización en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Colombia, la condición temporal objeto de demanda no es 'odiosa ni infundada', pues considera que pese a que matrimonio y unión libre dan lugar a la conformación de una familia, la unión conyugal ofrece garantía de estabilidad para el sistema de seguridad social, por lo cual si se permitiera afiliar a quienes sostienen vínculos de muy corta duración, se afectaría la sostenibilidad financiera de dicho sistema.

Los representantes de los Ministerios de Hacienda y de la Protección Social también encuentran ajustado a la Carta el segmento en cuestión, ya que para el primero el trato diferenciado entre cónyuges y compañeros (as) permanentes no obedece al origen familiar ni a la naturaleza del vínculo, sino a la necesidad de garantizar la viabilidad financiera del sistema de seguridad social en salud, a partir de la vocación de permanencia de uniones maritales de hecho o de derecho. Para el segundo, el sistema no niega atención al compañero (a) permanente, pues ofrece coberturas distintas a la familiar, como cotizantes o beneficiarios del régimen contributivo o subsidiado, según el caso.

Para el ISS, el condicionamiento temporal acusado se aviene a los dictados de la Carta, pues en su sentir la exigencia de un término de cohabitación para que los compañeros permanentes puedan acceder a los beneficios del POS como beneficiarios, proyecta el trato diferencial que la Constitución y la ley otorgan al matrimonio y a la unión libre, evitando así que se cometan fraudes en contra del sistema, lo cual asume así mismo el interviniente por ACEMI, quien considera que ese requisito temporal persigue favorecer aquellos matrimonios y uniones de hecho que demuestran 'compromiso de vida real y con vocación de continuidad', en procura de fines legítimos como favorecer la unidad familiar y la sostenibilidad financiera del derecho a la seguridad social.

El Procurador y la ciudadana coadyuvante comparten la solicitud de inconstitucionalidad del segmento legal demandado, pues en su criterio, pese a que matrimonio y unión de hecho son distintos, a la luz de los preceptos superiores ambos vínculos comparten un origen y finalidad común, en cuanto materializan el acuerdo de voluntades de una pareja para convivir con base en lazos de solidaridad, respeto y sentimientos mutuos, sin importar el tiempo de duración de la unión.

Teniendo en cuenta estas posiciones, la Corte analizará los cargos de la demanda y establecerá si el tratamiento diferencial que la norma acusada dispensa en materia de acceso al POS, a los compañeros (as) permanentes cuya unión con el afiliado no supera dos años, resulta contrario a la preceptiva superior, para lo cual empleará un control riguroso de

constitucionalidad, pues salta a la vista que lo impugnado incorpora una clasificación sospechosa frente a una categoría prohibida, como es el ‘origen familiar’ (art. 13 Const.). Además, es ostensible que la medida en cuestión involucraría la efectividad de derechos de indudable significación, como son la seguridad social y la salud de esas personas.

Lo primero que se advierte es que el segmento normativo ‘cuya unión sea superior a 2 años’ del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, efectivamente establece una limitante de carácter temporal para que los compañeros permanentes de un afiliado al sistema de seguridad social en salud puedan acceder en condición de beneficiarios al Plan Obligatorio de Salud, POS, lo cual significa que mientras la unión no cumpla con dicha exigencia tales personas no pueden hacer uso de los servicios correspondientes aduciendo dicha condición, de los que sí pueden gozar, entre otros, aquéllos cuya unión de hecho con el afiliado supere dos años y también el cónyuge, por serlo.

Así, en virtud de lo impugnado se instituye un tratamiento diferencial entre quienes conviven en uniones de hecho, toda vez que si el vinculo es superior a dos años los compañeros (as) permanentes del afiliado al sistema están habilitados legalmente para acceder al POS en condición de beneficiarios de su pareja, quedando excluidos de ese beneficio quienes, en la misma situación, sus uniones no superan ese término de convivencia. Tratándose de cónyuges, bastará que acrediten esa calidad para tener derecho a los servicios de salud como beneficiarios del esposo (a) afiliado al sistema.

Según los demandantes, lo acusado instituye una discriminación en relación con los compañeros (as) permanentes cuyas uniones no cumplan con el mencionado condicionamiento temporal, la cual surge de comparar su situación con la de los cónyuges, a quienes la normatividad no exige los dos años de convivencia para tener derecho al Plan Obligatorio de Salud en calidad de beneficiarios del afiliado.

Para la Corte resulta válida la comparación que platean los demandantes entre estos dos vínculos, pues aún cuando la jurisprudencia constitucional los ha distinguido sin llegar a equipararlos en sus efectos, ha amparado el derecho a la igualdad apoyada en que en uno y otro caso se constituye una familia, referida ésta ‘no sólo al núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen’, entre quienes debe imperar igualdad de derechos y obligaciones22.

Establecido lo anterior, corresponde ahora verificar si el tratamiento diferencial otorgado a los compañeros (as) permanentes en el segmento normativo impugnado está provisto de una justificación objetiva y razonable, en tanto la medida bajo análisis persigue un fin constitucional válido y es adecuada y conducente a ese fin, sin comportar grave detrimento a los derechos de las personas a las que se aplica.

Con tal objetivo, se recordará que, en principio, el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él23. Lo anterior, dado que el esposo (a) en el caso del matrimonio y el compañero (a) permanente, si se trata de unión de hecho, ‘gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo’, de manera que ‘las prerrogativas, ventajas o prestaciones y

también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal'24, sin que esto signifique que entre los compañeros permanentes exista una relación idéntica a la que une a los esposos25, toda vez que 'el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas'26.

Desde esta óptica podría concluirse, sin mayores reflexiones, que la disposición enjuiciada desconoce el ordenamiento superior, por cuanto priva al compañero (a) permanente de acceder al sistema de seguridad social en salud como beneficiario del afiliado, con quien ha convivido por un término inferior a dos años, cuando ese derecho es reconocido al cónyuge sin consideración al tiempo de duración del vínculo matrimonial. Sin embargo, un análisis más detenido de la medida permite arribar a una conclusión distinta.

Como se ha observado, los intervinientes coinciden en que la diferencia de trato que establece la norma impugnada se ajusta a la Constitución, porque en su sentir persigue un fin legítimo, consistente en proteger la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en salud, que se vería seriamente afectada si se permitiese que todas las personas que conviven en unión de hecho con un afiliado, sin importar la perdurabilidad del vínculo, puedan acceder como sus beneficiarios al POS.

Al respecto, temen que la eliminación del límite temporal impuesto por la norma que se examina propicie una suerte de 'carrusel', ya que un número indeterminado de personas que aleguen la condición de compañeros (as) permanentes de un afiliado podrían ser sus beneficiarios, incluso en forma simultánea, sin acreditar un tiempo razonable de convivencia, situación que pondría en grave riesgo la viabilidad financiera del sistema de seguridad social en salud en cualquiera de sus dos regímenes.

De acuerdo con las premisas sentadas en el acápite precedente, encuentra la Corte que la finalidad a la cual apunta el condicionamiento impuesto a los compañeros (as) permanentes por la disposición acusada, ciertamente se aviene con los dictados de la Carta Política, por cuanto la estabilidad, eficiencia y sostenibilidad son principios que debe tener en cuenta el legislador al configurar el sistema de seguridad social, cuyos finitos recursos deben ser aplicados en forma racional a esos cometidos y protegidos de eventuales prácticas fraudulentas que dificulten el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de las prestaciones correspondientes.

El riesgo para las finanzas del sistema, que tiende a ser neutralizado con la medida impugnada, no es aparente sino real, si se tiene en cuenta que frente a la posibilidad de asegurar a todos los compañeros (as) permanentes, sin tener en consideración el término de duración de la unión de hecho, muchas personas podrían afiliarían masivamente como beneficiarios de afiliados, simplemente alegando tal condición, para así poder acceder a todos los beneficios del Plan Obligatorio de Salud con cargo a una sola cotización, privando así de los servicios de salud a quienes son sus básicos destinatarios, tanto en el régimen contributivo como subsidiado.

No hay que olvidar que el servicio público de seguridad social en salud requiere un flujo

constante de dineros que le aseguren equilibrio financiero, los cuales provienen básicamente de las cotizaciones de sus afiliados, establecidas como contribuciones parafiscales, en ejercicio de la potestad impositiva del Estado, pues se cobran de manera obligatoria a un determinado número de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados que, por tal razón, tienen destinación específica y no pueden ser empleados para fines diferentes a la seguridad social.27

Según la jurisprudencia de esta Corte28, el centro de ese equilibrio financiero es la denominada Unidad de Pago por Capitación UPC, que según se explicó constituye un valor per capita que paga el Estado a las entidades promotoras de salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos, establecido en el POS para cada afiliado, en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, de acuerdo con la definición que hace el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS.29

Puede apreciarse que dentro del diseño del sistema de la seguridad social en salud el equilibrio financiero adquiere cardinal importancia, por cuanto 'tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y por lo tanto su permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda seguir manteniendo el fin primordial: la cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida'30.

Por ello no es viable, bajo el actual esquema de seguridad social en salud, que en forma indiscriminada los compañeros (as) permanentes puedan acceder a los beneficios del POS con cargo a la sola cotización del afiliado, sin que exista un mecanismo racional y de control, como el que ofrece la norma acusada, que permita racionalizar el uso adecuado y oportuno de los recursos públicos destinados a ese fin que, como bien lo afirman los intervinientes, hace posible que los servicios lleguen a quienes en realidad forman parte del núcleo familiar del afiliado.

Para la Corte, los demandantes confunden universalidad, que es una opción abstracta, con cobertura universal, entendida ésta como la posibilidad real y efectiva de que todas las personas accedan a la seguridad social en las mismas condiciones, objetivo que, según se explicó, depende de la capacidad financiera del sistema, que es limitada en el caso colombiano y, por ello, imposibilita brindar a todas las personas completo cubrimiento a sus necesidades en materia de salud, que es lo deseable y hacia donde progresivamente se debe avanzar.

Así pues, resulta razonable el establecimiento de un término precedente, que presuponga más probabilidad de estabilidad en las uniones de hecho como condición para que el compañero (a) permanente del afiliado (a) pueda acceder al POS en calidad de beneficiario (a), además que tal lapso permite al sistema identificar cuáles personas realmente integran el núcleo familiar del afiliado (a) y, por ende, deben recibir los servicios de salud, con lo cual se imprime racionalidad, estabilidad y eficiencia al sistema de seguridad social en salud.

La jurisprudencia de esta corporación se ha pronunciado sobre la condición temporal que se analiza, considerando plausible que la protección que prodiga el sistema a los compañeros (as) permanentes, como beneficiarios del (la) cotizante, se fundamente en la existencia de

vínculos familiares perdurables. En fallo SU-623 de 2001(junio 14), M. P. Rodrigo Escobar Gil, se sostuvo:

‘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.’

Tal es la relevancia de la exigencia temporal que se examina, que en decisiones de sus Salas de Revisión la Corte se ha negado a amparar los derechos de quienes alegan la condición de compañeros (as) permanentes y no cumplen con ese requisito. Por ejemplo, en sentencia T-946 de 2001 (septiembre 4), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se consideró que no existía quebranto a los derechos fundamentales de quien la entidad asistencial negó los servicios de salud, por no haber acreditado los dos años de convivencia con el afiliado. Señaló la Corte:

‘Con base en estos elementos se aprecia que la decisión tomada por la EPS demandada se ciñe estrictamente a la ley, pues el desarrollo de los criterios de cobertura personal de un derecho prestacional, al definir a las personas que beneficia y la manera de obtener los beneficios garantizados, bien puede prever el cumplimiento de una serie de requisitos que crean una carga que debe cumplir el individuo. En el caso del derecho prestacional a la seguridad social en materia de salud esta circunstancia se expresa en la formulación de una serie de condiciones para la vinculación al sistema que no resultan excesivamente gravosas para el particular, puesto que parten de la verificación de su status personal y su capacidad contributiva, y no restringen las posibilidades de ingreso al sistema, pues la legislación ha previsto diversas modalidades de ingreso que cubren necesariamente a los más desvalidos.’

Igualmente, en sentencia T-537 de 2004 (mayo 27), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se tomó una determinación semejante, pues no se tutelaron los derechos del actor, quien alegaba convivencia con la afiliada, pero no cumplía ‘la condición de cónyuge o compañero permanente con unión superior a 2 años” y así se dedujo que, como “no acató las reglas sobre afiliación en calidad de beneficiario, es claro que no puede exigirse a la entidad accionada la prestación de un servicio que no se encuentra legalmente obligada a brindar’.

También conviene tener en cuenta que para la jurisprudencia constitucional, la circunstancia de que el cónyuge o compañero (a) permanente del afiliado (a) deba cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la seguridad social, ‘constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar’31.

Con fundamento en esa consideración, la Corte encontró ajustado a la Carta el establecimiento del término de convivencia para que el compañero (a) permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobreviviente. Al declarar exequible la expresión ‘no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte’, prevista en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en sentencia C-1094 de 2003 (noviembre 19), M. P.

Jaime Córdoba Triviño, se determinó:

'…la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social32.

Con base en lo expuesto, al evaluar específicamente los cargos de inconstitucionalidad endilgados contra los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte encuentra lo siguiente:

El señalamiento de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la determinación de sus calidades es una materia inherente al régimen de seguridad social, en el marco trazado por el artículo 48 de la Constitución Política.

Las anteriores consideraciones permiten concluir, entonces, que la medida cuestionada resulta adecuada y conducente a un fin constitucional válido, pues su objetivo armoniza perfectamente con los propósitos superiores de asegurar la eficiencia, intangibilidad y sostenibilidad de los recursos del sistema de seguridad social, evitando que a través del uso de medios fraudulentos los servicios de salud sean utilizados por quienes no forman parte del núcleo familiar del afiliado.

Resta determinar si en el asunto bajo análisis el medio empleado por el legislador guarda o no proporción con los fines perseguidos, en tanto y en cuanto puede comprometer principios constitucionales más importantes, análisis en el que la Corte no observa que se presente afectación significativa a los derechos de los compañeros (as) permanentes cuyas uniones tienen una duración inferior a dos años, pues su exclusión del Plan Obligatorio de Salud, en razón del incumplimiento de la exigencia temporal acusada, no es definitiva sino efímera.

En efecto, una vez la unión de hecho haya superado los dos años de duración, el o la afiliada (o) puede inscribir como beneficiario (a) a su compañero (a) permanente, quien a partir de ese momento podrá acceder en tal calidad a los servicios de salud que ofrecen los regímenes contributivo y subsidiado, sin que quede del todo desprotegido mientras se cumple esa condición, toda vez que en el interregno puede afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo si cuenta con capacidad de pago, o al régimen subsidiado si carece de ella, y si no está dentro de alguna de estas dos categorías, en todo caso puede acceder a los servicios de salud en calidad de vinculado al sistema.

Con todo podría pensarse, como lo plantean los demandantes, que aún en tales

circunstancias se produciría una afectación de sus derechos, por cuanto si carecen de recursos o de empleo tendrían que costear su seguridad social, en vez de recibir los servicios con cargo a la cotización de la pareja afiliada al sistema.

Para la Corte esa objeción no es de recibo pues, según se explicó, existe la posibilidad de que mientras se cumplen los dos años de convivencia que exige el segmento demandado, el compañero (a) permanente puede acceder al sistema de seguridad social afiliándose al régimen subsidiado, el cual está configurado para prestar servicios de salud a la población pobre y vulnerable, a través del pago de una cotización, subsidiada total o parcialmente con recursos de origen netamente público.

Por estas razones el término de dos años no resulta desproporcionalmente lesivo a los derechos de quienes ostenten la condición de compañeros (as) permanentes, pues además es claro que el transcurso del tiempo es un criterio válido para establecer si quienes conviven en unión de hecho realmente están comprometidos en constituir una familia con vocación de continuidad, mereciendo, en consecuencia, ser amparados como beneficiarios del afiliado al sistema de seguridad social o si, por el contrario, se trata de personas sin motivación para instituir una vida marital, que pretendan alcanzar los servicios de salud sin que les signifique costo alguno.

Queda así establecido que con la medida cuestionada en ningún momento el legislador desconoce la importancia que la Constitución otorga a las uniones de hecho, ni a la familia surgida de esos vínculos naturales, como tampoco quiso negar a sus miembros el acceso a los servicios de salud en razón de esas circunstancias pues, se repite, en ejercicio de su facultad de configuración en el campo de la seguridad social, ha señalado un requisito para prestación del servicio de salud, el cual no es excesivamente gravoso ni desproporcionado, dada su naturaleza efímera y garantiza la racionalización en el uso de los recursos públicos destinados a ese fin, sin restringir las posibilidades de acceso al sistema para esas personas, quienes mientras cumplen la temporalidad pueden acudir a las otras modalidades de vinculación y acceso a los servicios de salud.”

Con base en todo lo expuesto, en nuestro respetuoso criterio la Corte debió declarar la exequibilidad de la demandada expresión “cuya unión sea superior a dos años”, del artículo 163 de la Ley 100 de 1993. Por el contrario, decidió retirarla del ordenamiento jurídico argumentando, entre otras razones, que “mediante la expresión demandada el legislador desbordó el ámbito de protección previsto en la Carta Política en favor de la familia, sea ésta constituida por vínculos naturales o jurídicos, por cuanto estableció una categoría, la de los compañeros (as) permanentes no beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud”.

Lo cual, en parecer de la mayoría y olvidando que “permanente” supone algo que viene ocurriendo y continuará, siendo plausible que supere dos años para que se colija tal permanencia, genera una “discriminación en contra de quienes, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, optan por constituir una familia mediante vínculos naturales, personas que, al amparo del artículo 42 de la Carta Política, gozan de la misma protección dispensada a quienes deciden constituirla por vínculos jurídicos”, concluyendo que esa exigencia “quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente

consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas".

Pero para precaver los efectos nocivos que tal determinación puede producir, la Corte lanza al final el formulismo de que la condición de compañero (a) permanente deba ser probada "mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente", que no parece ser una medida idónea para evitar las defraudaciones ("carrusel", página 24 de la sentencia) que se teme serán cometidas, en perjuicio del equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud y de los derechos de los legítimos usuarios del mismo.

Fecha ut supra

RODRIGO ESCOBAR GIL NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA A LA SENTENCIA C-521/07

MATRIMONIO Y UNION MARITAL DE HECHO-Igualdad de derechos y obligaciones (Aclaración de voto)

FAMILIA-Concepto/FAMILIA-Conformación por parejas homosexuales/COMPAÑERA O COMPAÑERO PERMANENTE EN PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Inconstitucionalidad de norma que exige para afiliación, convivencia mínima de dos años (Aclaración de voto)

Desde el punto de vista de la Constitución no se debe aceptar que sólo es familia la conformada mediante el matrimonio y que ésta tiene más y mejores derechos que los demás tipos de familia, sino que por el contrario, considero que a partir de nuestra Constitución, con su definición de familia y la consagración del principio de igualdad, se debe deducir que todas las clases y tipos de familia tienen los mismos derechos y deberes. De esta forma, reitero que todas formas de familias y parejas tienen los mismos derechos, bien se trata de parejas heterosexuales u homosexuales. Igualmente, considero que así como en el caso de la sentencia sobre las uniones maritales de hecho y los homosexuales se restringía el reconocimiento de derechos a los patrimoniales, en la presente sentencia se restringe el restablecimiento de la igualdad al derecho a la salud de los compañeros permanentes, y ello en cuanto a la cobertura familiar del plan de salud obligatorio, de cuya cobertura comenzaban a ser beneficiarios solo a partir de un periodo de dos años de unión, mientras que nuestra posición ha sido el reconocimiento de TODOS los derechos en forma igualitaria. Adicionalmente, considero que en el presente caso no se puede presentar válidamente el argumento en el sentido que el sistema de seguridad se desequilibra, si la afiliación de la pareja como beneficiario es antes de dos años de convivencia, pues de ser así se desequilibraría también con el matrimonio que tiene efectos jurídicos en este ámbito desde el momento de celebrado el contrato de matrimonio. A mi juicio, la norma demandada implica que se siga otorgándole un mayor y mejor status jurídico al matrimonio. Si se consagra la misma protección constitucional, no se puede ahora desvirtuar.

Referencia: expediente D-6580

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163, parcial, de la ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

Magistrada Ponente:

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, quiero manifestar que si bien comparto lo resuelto por la Sala Plena en el asunto de la referencia, debo dejar constancia de algunas razones que me motivan a aclarar el voto, de acuerdo con lo que a continuación me permito consignar:

Considero que la disposición demandada en este caso, relativa a la cobertura familiar en el plan de salud obligatorio, es inconstitucional, para lo cual me permito reiterar mi posición jurídica sostenida en repetidas oportunidades – ver Salvamentos de Voto a las sentencias C-814 de 2001, C-821 de 2005 y C-075 de 2007 – en relación con la igualdad que debe aplicarse en el tratamiento jurídico en todos los ámbitos y esferas tanto respecto de las familias y parejas unidas a través del matrimonio, como de las familias y parejas conformadas mediante uniones maritales de hecho, y ello bien se trate de parejas heterosexuales o homosexuales. Para ello me permito insistir en los siguientes argumentos:

1. Concepto de familia: En primer lugar, he sostenido y defendido reiteradamente la tesis de que existen diversos caminos que conducen a la familia y en consecuencia desde el punto de vista jurídico constitucional todos los tipos de familia gozan de la misma protección.

Por esta razón he sostenido que la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

El matrimonio es apenas uno de los caminos que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer. En este sentido, se encuentran excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo. Empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos a través del establecimiento de vínculos naturales o jurídicos.

Por tanto, la familia se puede constituir tanto por vínculos naturales como jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio. Un ejemplo de una familia constituida por vínculos naturales, no mediada por el matrimonio, lo otorga el caso de la inseminación artificial de una mujer que concibe por este medio hijos y junto con ellos conforma una familia. De otra parte, un ejemplo de la conformación de una familia por vínculos jurídicos, lo brinda el caso del hombre que adopta uno o más niños, caso en el cual no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer.

La tercera vía que establece la Constitución para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer. Por tanto, basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean del mismo o de distinto sexo.

Es en este sentido que la Constitución contiene varias disyunciones, expresadas gramaticalmente mediante la expresión "o". El constituyente se refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia: en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia y, en el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio.

En síntesis, la interpretación restrictiva de la norma constitucional contenida en el artículo 42 Superior, está erróneamente interpretada, cuando se interpreta en el sentido de que la familia siempre está integrada o tiene a su base a un hombre y a una mujer. Esta vía de conformación de la familia sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución.

Como consecuencia de lo anterior, he sostenido que la protección constitucional de todos los derechos concedidos a la familia, en materia de matrimonio, adopción, seguridad social, sucesiones, como en todas las demás materias y ámbitos jurídicos debe concederse no solo a las familias conformadas por el matrimonio de hombres y mujeres, a las cuales en un Estado constitucional de Derecho no se les puede otorgar un tratamiento especial sino igualitario; sino también a las uniones maritales de hecho, bien del mismo o de distinto sexo.

2. Igualdad jurídica total para todos los tipos de familias y parejas: En segundo lugar, debo reiterar también aquí mi posición jurídica sostenida en la sentencia C-075 de 2007 respecto de la ley 54 de 1990 sobre uniones maritales de hecho y los derechos de las parejas homosexuales, en donde se reconocieron a las parejas de homosexuales sólo los efectos civiles v. gr. los patrimoniales, de la unión marital de hecho, reduciendo de un lado, los efectos civiles a los derechos de carácter patrimonial, y de otro lado, dejando de lado el reconocimiento de todos los demás derechos, por cuanto, insisto, todas las formas de familia y de pareja deben gozar de los mismos derechos en forma igualitaria. En salvamento de voto a dicha sentencia sostuve por tanto, de una parte, que el concepto de "efectos civiles" tiene más implicaciones que las meramente patrimoniales, por cuanto temas como los del matrimonio y adopción son del derecho civil; y de otro lado, que a las parejas de homosexuales se les deben reconocer TODOS los derechos para restablecer tanto el principio de dignidad humana como los principios y derechos de igualdad y libertad.

En relación con la restricción de los derechos de los homosexuales, restringidos por la sentencia C-075 de 2007 a los derechos patrimoniales, consideré que dicha sentencia realizaba una reducción de la expresión "efectos civiles" contenida en la Ley 54 de 1990 al ámbito patrimonial, frente a la connotación amplia del concepto de efectos civiles. En forma similar, considero que en la presente sentencia se restringe al reconocimiento de la inmediatez de la cobertura familiar del plan obligatorio de salud para las familias conformadas por compañeros permanentes.

Como lo he reiterado, en mi opinión, el punto esencial en esta clase de controversias es definir el reconocimiento de derechos iguales para todos los tipos de parejas y familias, bien sean del mismo sexo o de diferente sexo, esto es, el reconocimiento de TODOS los derechos, es decir, de derechos plenos tanto a las parejas matrimoniales como a las parejas de compañeros permanentes o en unión de hecho, bien sean heterosexuales u homosexuales. A mi juicio, esta es en verdad la cuestión de igualdad que se plantea.

Por tanto, a mi juicio se deben excluir toda clase de discriminaciones a las parejas de unión libre, heterosexuales u homosexuales, y esto en todas las esferas: política, económica, social, económica, cultural, civil, en particular en el tema de la seguridad social, de los beneficios prestacionales, de la adopción, sucesión, en relación al tema del procedimiento penal, en el tema de la vivienda, etc.

Así mismo, como lo he sostenido, en asuntos constitucionales no es de acogida el argumento según el cual la inconstitucionalidad detectada por el juez constitucional no se puede declarar sino es acusada en la demanda, por cuanto una cosa es la demanda y otra cosa es lo que tiene que hacer el juez constitucional. Precisamente en esto consiste, en mi entender la particularidad del juez constitucional, en que puede ir más allá de lo demandado en aras de proteger la supremacía e integridad de la Constitución. Con respecto a la desigualdad y a la libertad, el juez constitucional tiene que restablecer la igualdad y libertad plena y completa, independientemente de que en la demanda pidan o no lo pidan, y no limitarse por tanto a lo que pida el demandante. Así que este argumento no resulta, a mi juicio, convincente.

A lo ya expuesto, me permito agregar, que el principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todos las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional debe ocuparse en estos casos de TODOS LOS ASPECTOS JURIDICOS en que están desprotegidas las parejas en unión de hecho, bien sean heterosexuales o homosexuales.

En este sentido, reitero mi posición jurídica en el sentido que en un Estado constitucional de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.

3. Dignidad, igualdad y libertad: En tercer lugar, me permito reiterar que el reconocimiento de plenos derechos tanto a las parejas unidas en matrimonio como a las parejas de compañeros permanentes o en unión marital de hecho, bien se trate de parejas heterosexuales u homosexuales, así como a todo tipo de familia fundado o bien en vínculos naturales o en vínculos jurídicos, o por la decisión libre de un hombre y de una mujer, o por la voluntad responsable de conformarla, es una consecuencia lógico-normativa del principio de dignidad humana, fundamento iusfilosófico de los derechos humanos y del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Por esta razón, el suscrito magistrado no ha entendido cómo se pretende reconocerles dignidad a todas las personas y a renglón seguido se les niega el reconocimiento de derechos básicos y plenos a las personas que conforman uniones maritales de hecho, bien sean del mismo o de diferente sexo, derechos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, la seguridad social, la cobertura en salud, los pensionales, para mencionar sólo algunos.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en estos casos de restablecimiento de la igualdad entre tipos de familias y de parejas, es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

Es por ello que no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas, a las uniones maritales de hecho, y a las parejas de homosexuales. Así mismo, el trato de las uniones de hecho frente al Estado de Derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, insisto en reiterar mi posición jurídica en cuanto a que todas las parejas tienen derecho a contraer matrimonio, y deben existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Así mismo, que todos los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, seguridad social o cobertura familiar en el plan de salud obligatorio, como en el presente caso.

En síntesis, afirmo que en un Estado Constitucional de Derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Reitero por tanto mi formula de que se reconozca la igualdad de los compañeros permanentes o las parejas en uniones maritales de hecho, bien sean heterosexuales u homosexuales, en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, en seguridad social, o en salud, como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Así he sostenido, de una manera gráfica, que se deben quitar todas las cadenas que trasgreden la igualdad y limitan la libertad de las personas y en lugar de ir quitando sólo algunas cadenas, para de todas maneras seguir manteniendo tipos de esclavitud. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas de manera plena, tanto de las heterosexuales como de las homosexuales, es quitándoles TODAS las cadenas que los discriminan y denigran de su dignidad, igualdad y libertad, por cuanto sólo entonces serán real y verdaderamente dignos, libres e iguales.

En conclusión, sostengo que la única forma de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es otorgándolos TODOS y además de manera COMPLETA a todas las personas, sin ninguna clase de distinciones, en este caso, respecto de la forma de conformación de la pareja y familia y también respecto de su conformación sexual.

4. Conclusiones: Respecto de la igualdad, sostengo que definida una categoría jurídica, en

este caso, la de la familia, deben concederse entonces los mismos efectos jurídicos y derechos tanto para las familias conformadas por parejas en matrimonio como por parejas como compañeros permanentes o en uniones maritales de hecho, y esto tanto en el caso de parejas heterosexuales como homosexuales.

En este sentido, considero que el juicio de igualdad no es un juicio de identidad, sino que definida una misma categoría, la de familia, se le deben otorgar de manera íntegra los mismos efectos a todos los tipos de ésta. En mi opinión, el mandato constitucional ordena que todos tienen que llegar a ser iguales jurídicamente. Así, tanto las parejas unidas en matrimonio como los compañeros permanentes o las uniones maritales de hecho, heterosexuales y homosexuales, a la luz de la Constitución Política, deben disfrutar de los mismos derechos. Si esto es así, los demandantes tienen razón en la discriminación que la norma establece entre las parejas unidas en matrimonio y las que lo son compañeras permanentes o en unión de hecho.

Por consiguiente, a mi juicio, las uniones maritales de hecho deben tener los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

En síntesis, reitero que desde el punto de vista de la Constitución no se debe aceptar que sólo es familia la conformada mediante el matrimonio y que ésta tiene más y mejores derechos que los demás tipos de familia, sino que por el contrario, considero que a partir de nuestra Constitución, con su definición de familia y la consagración del principio de igualdad, se debe deducir que todas las clases y tipos de familia tienen los mismos derechos y deberes. De esta forma, reitero que todas formas de familias y parejas tienen los mismos derechos, bien se trata de parejas heterosexuales u homosexuales.

Igualmente, considero que así como en el caso de la sentencia sobre las uniones maritales de hecho y los homosexuales se restringía el reconocimiento de derechos a los patrimoniales, en la presente sentencia se restringe el restablecimiento de la igualdad al derecho a la salud de los compañeros permanentes, y ello en cuanto a la cobertura familiar del plan de salud obligatorio, de cuya cobertura comenzaban a ser beneficiarios solo a partir de un periodo de dos años de unión, mientras que nuestra posición ha sido el reconocimiento de TODOS los derechos en forma igualitaria.

Adicionalmente, considero que en el presente caso no se puede presentar válidamente el argumento en el sentido que el sistema de seguridad se desequilibra, si la afiliación de la pareja como beneficiario es antes de dos años de convivencia, pues de ser así se desequilibraría también con el matrimonio que tiene efectos jurídicos en este ámbito desde el momento de celebrado el contrato de matrimonio. A mi juicio, la norma demandada implica que se siga otorgándole un mayor y mejor status jurídico al matrimonio. Si se consagra la misma protección constitucional, no se puede ahora desvirtuar.

A su vez, el suscrito magistrado observa que la seguridad social parte del principio de universalidad, la cual no se garantiza al privar de la cobertura en salud a un grupo de personas que son compañeros permanentes durante un tiempo largo, sin que exista una justificación legítima de orden constitucional para ello.

Para este magistrado no se puede sostener válidamente que existan mejores o peores formas de familia. Tampoco, a la luz de la Constitución, la Corte puede defender una u otra alternativa, sino que ante todo tiene que respetar las diferentes opciones y el desarrollo de la autonomía. De otra parte, la norma demandada no alude a la unión marital de hecho y frente a la protección de la familia y el principio de universalidad de la seguridad social, no puede haber privilegios para ningún tipo de familia. Además, considero que el sistema de salud está diseñado para admitir solamente a un compañero permanente como beneficiario.

Por todas estas razones concuerdo en que la expresión acusada es inconstitucional y dejo así, expresa constancia de las razones que me obligan a aclarar el voto en la decisión adoptada en la presente sentencia.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-521 DE 2007

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Cobertura familiar/COMPAÑERA O COMPAÑERO PERMANENTE EN PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Exigencia para la afiliación, de dos años de convivencia no es desproporcionada (Salvamento de voto)

Tal y como está diseñado en la práctica el manejo probatorio para acreditar la calidad de compañeros permanentes, para efectos distintos a la declaración de la sociedad patrimonial entre ellos, no resulta acertado afirmar – a mi juicio- que existe un trato discriminatorio a la figura del (a) compañero(a) permanente, respecto de la del cónyuge. Esto se explica porque, en vigencia del requisito que se declaró inexequible, para ambas figuras existe la misma carga probatoria y las mismas consecuencias jurídicas en relación con dicha carga. Ello es así, en razón a que no se puede asumir que el contenido normativo estudiado, establecía alguna imposición probatoria distinta a declarar la existencia de la relación de compañeros, tal y como al cónyuge se le exige presentar el documento que acredite su estado civil de casado. Ahora bien, el hecho de que la norma consignara en su texto que cuando se trate de la afiliación de un beneficiario de una relación de compañeros, dicha relación debía configurar una unión de mínimo dos años, resulta razonable en la medida en que un elemento de éstas es la vocación de permanencia. No es desproporcionado porque como acabo de explicar, no implica carga adicional alguna; y por el contrario, configura en criterio que brinda seguridad al sistema de afiliación en salud, consistente en que se genera un punto de control de aquellas situaciones en las que se pueda pretender “buscar u obtener el estatus de beneficiario del POS sin contar con la calidad de compañero(a) permanente”.

Referencia: expediente D-6580

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

Magistrada ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala, el suscrito Magistrado procede a sustentar el salvamento de voto manifestado en la Sala Plena respecto de la sentencia C- 521 de 2007.

3.- Según la mayoría de la Honorable Sala Plena, la norma descrita implica un trato diferente e injustificado a la figura del (la) compañero(a) permanente del afiliado, respecto de la figura del cónyuge, pues al primero se le "...impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no (...) justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone (...) [al (la) compañero(a) en mención] la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993".

Agrega la mayoría de la Sala, que la inexequibilidad no sólo se deriva de la vulneración del artículo 13 constitucional, sino también del hecho de que el lapso de dos (2) años para considerar conformada una unión marital de hecho entre compañeros permanentes, no ha sido cuestionado por la Corte en anteriores oportunidades, porque a dicho lapso se ha referido el legislador en relación con los efectos patrimoniales de las uniones maritales y no en relación con otros efectos, como son los relativos a la seguridad social. Al respecto se consigna en la presente sentencia: "La Corte Constitucional ha avalado el término de dos años que según el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 se requiere para que pueda ser declarada la existencia de la unión marital de hecho, sin que tales pronunciamientos puedan entenderse como respaldo constitucional a la expresión que se examina en el presente caso, pues aquella ley regula el régimen patrimonial de la sociedad de hecho (...).Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones en dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos."

Con base en la anterior argumentación, se decidió pues declarar inexequible la expresión "cuya unión sea superior a dos años", contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

Considero que la Corte Constitucional no debió declarar la inexequibilidad del aparte mencionado por las razones que paso a exponer:

4.- Tal y como está diseñado en la práctica el manejo probatorio para acreditar la calidad de compañeros permanentes, para efectos distintos a la declaración de la sociedad patrimonial entre ellos, no resulta acertado afirmar – a mi juicio- que existe un trato discriminatorio a la figura del (a) compañero(a) permanente, respecto de la del cónyuge. Esto se explica porque, en vigencia del requisito que se declaró inexequible, para ambas figuras existe la misma carga probatoria y las mismas consecuencias jurídicas en relación con dicha carga. Ello es así, en razón a que no se puede asumir que el contenido normativo estudiado, establecía alguna imposición probatoria distinta a declarar la existencia de la relación de compañeros, tal y como al cónyuge se le exige presentar el documento que acredite su estado civil de casado.

Mal podría aseverarse, como se concluye de la afirmación consignada en la sentencia según la cual se imponía una carga adicional al compañero(a), que la norma en cuestión establecía algún despliegue probatorio en relación con la duración de la relación de compañeros. Y, no puede afirmarse lo anterior, porque la norma estudiada no lo dice, ni tampoco lo dicen otras normas. Justamente, otras disposiciones jurídicas (ley 54 de 1990 y ley 979 de 2005) que regulan aspectos relativos a las relaciones de compañeros, permiten concluir que la relevancia probatoria de la duración de estas relaciones equivalente a mínimo dos años, se refiere a la validez jurídica de la existencia de una sociedad patrimonial, y no a la existencia de la relación de compañeros.

5.- Ahora bien, el hecho de que la norma consignara en su texto que cuando se trate de la afiliación de un beneficiario de una relación de compañeros, dicha relación debía configurar una unión de mínimo dos años, resulta razonable en la medida en que un elemento de éstas es la vocación de permanencia. No es desproporcionado porque como acabo de explicar, no implica carga adicional alguna; y por el contrario, configura en criterio que brinda seguridad al sistema de afiliación en salud, consistente en que se genera un punto de control de aquellas situaciones en las que se pueda pretender "buscar u obtener el estatus de beneficiario del POS sin contar con la calidad de compañero(a) permanente".

El anterior, es un punto de control que, -insisto-, no resulta desproporcionado porque en la práctica no imprime cargas injustificadas. Además, de que al tenor de la argumentación final de la presente sentencia, resulta ser un punto necesario, pues no de otra manera se habría consignado en su parte motiva (fundamento jurídico 5.2) la necesidad de que la declaración de la condición de compañero(a) permanente se haga ante notario. En efecto, esta sentencia tiene como punto de partida, la convicción de que, al menos sumariamente, se debe justificar fácticamente la vocación de permanencia de las relaciones de compañeros. Por ello se hizo la siguiente afirmación: "La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto."33

Dicho criterio, cuyo sentido es brindar algún grado de certeza de la vocación de permanencia de la relación de compañeros, es el que precisamente pretendía brindarse mediante la exigencia de que la unión de de dicha relación tuviera al menos dos años de duración, al momento de afiliar como beneficiario al compañero. Y, por ello no debió ser declarado inexequible.

6.- Finalmente, en relación con lo anterior cabe anotar que la mayoría de la Sala Plena consideró desproporcionado el requisito de los mencionados dos años, pese a que éste no implicaba en realidad carga alguna adicional, luego no configuraba trato discriminatorio para la figura del compañero permanente. Pero, sí aseveró que la condición de compañero(a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario y con la comparecencia de quienes conforman la pareja. Requisito que antes de la presente sentencia no se encontraba estipulado de esta manera, pues la modalidad descrita era una de varias mediante las cuales se podía suscribir la declaración en cuestión. Por ejemplo, ya no será válida la declaración en el sentido referido ante la autoridad en salud, sino que en cumplimiento de lo afirmado por la Corte en esta sentencia se deberá acudir al notario. Surge pues la pregunta de si, más bien es esta determinación de la Corte, la que podría configurar una carga adicional a la figura del compañero(a) permanente, respecto de la del cónyuge.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Corte Constitucional, Sentencia C-271 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-821 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3 Cfr. Sentencia C-227 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Véase, sentencia C-289 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

6 Subrayado por fuera del texto original.

7 Sentencia C-595 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-875 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

9 Cfr. Sentencia C-014 de 1998. MP: Eduardo Cifuentes Múñoz.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Múñoz.

11 C-824 de 2004 (agosto 31), M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

12 Cita en la cita. Véase, al respecto, exposición de motivos al proyecto de Acto Legislativo

N° 127 de 2004 Cámara.

13 C-1032 de 2006 (diciembre 5), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

14 C-1489 de 2000 (noviembre 2), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

15 C-1489 de 2000.

16 C-130 de 2002 (febrero 26), M. P. Jaime Araújo Rentería.

17 C-130 de 2002.

19 C-671 de 2002 (agosto 20), M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

20 C-111 de 2006 (febrero 22), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

21 C-111 de 2006.

22 C-1033 de 2002 (noviembre 27), M. P. Jaime Córdoba Triviño.

23 C-477 de 1999 (julio 7), M. P. Carlos Gaviria Díaz.

24 T-553 de 1994 (diciembre 2), M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

25 C-239 de 1994 (mayo 19), M. P. Jorge Arango Mejía.

26 C-533 de 2000 (mayo 10), Vladimiro Naranjo Mesa.

27 C-1040 de 2003 (noviembre 5), M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

28 C-1040 de 2003.

29 Artículos 156, literal f), 177 y 182 de la Ley 100 de 1993. Mediante la Ley 1122 de 2007 (art. 3°) se crea la Comisión de Regulación en Salud, CRES, que reemplaza el CNSSS.

30 SU-508 de 2001 (mayo 17), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

31 C-1176 de 2001(noviembre 8), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

32 Cita en la cita: “No obstante, no corresponde en esta oportunidad adentrarse en establecer si la norma demandada vulnera o no el principio de proporcionalidad, por no hacer parte de los cuestionamientos formulados por los actores.”

33 Fundamento jurídico 5.2