

C-598-98

Sentencia C-598/98

SUBSIDIO ALIMENTARIO-Para reconocimiento acreditar situación de desempleo y desamparo

La Corte entiende que como presupuesto de hecho necesario para el reconocimiento estatal del subsidio alimentario especial previsto en el artículo 43 de la Constitución, no es suficiente con acreditar la situación de desempleo, siendo necesario aducir también la situación fáctica de desamparo.

SUBSIDIO ALIMENTARIO EN REGIMEN SUBSIDIADO

Lo que la norma demandada prescribe cuando señala que el subsidio alimentario a que se refiere el artículo 43 superior lo recibirán las mujeres en estado de embarazo y las que atraviesan por el postparto que pertenecen al régimen subsidiado, no es simplemente un requisito añadido al texto constitucional por el legislador o un trámite adicional que deba cumplirse. Es simplemente la consecuencia lógica de lo que en todo su contexto regula la Ley 100, en armonía con la Constitución. Es decir lo que la norma pretende, es reconocer la especial situación de estas mujeres pertenecientes al régimen subsidiado, para concederles el beneficio. Ello no desconoce los derechos de ninguna mujer que se encuentre en las situaciones de desamparo y desempleo a que se refirió el Constituyente, por dos razones : porque en principio todas ellas deben afiliarse a dicho régimen y porque la norma no prohíbe que otras mujeres que por circunstancias excepcionales no estén inscritas en el régimen subsidiado se vean favorecidas con el reconocimiento del subsidio. La norma demandada se limita a señalar que las mujeres inscritas en dicho régimen lo recibirán, pero no añade que solo ellas podrán beneficiarse con el reconocimiento.

DERECHO AL SUBSIDIO ALIMENTARIO-Se torna en fundamental cuando no es reconocido

El subsidio alimentario a que se refiere el artículo 43 de la Carta Política, a pesar de inscribirse como un derecho de contenido económico, prestacional y de reconocimiento progresivo, debe ser tratado como fundamental cuando no es reconocido, pues tal desconocimiento compromete la sobrevivencia tanto de la madre gestante como del hijo lactante, habida cuenta de la imposibilidad fáctica en la que se hayan la una y el otro para

proveerse su propio sustento. Lo anterior conduce a afirmar que cuando el derecho al subsidio alimentario no es reconocido por el Estado estando presentes las circunstancias que confieren el derecho, este desconocimiento lo hace directamente exigible del Estado, o de eficacia jurídica directa sin necesidad de reglamentación legal, siendo entonces procedente la acción de tutela. Pero esta posibilidad no se opone a que la ley defina las situaciones en las que el derecho se reconocerá automáticamente, en virtud de haberse demostrado previamente las circunstancias de desamparo y desempleo, las que justamente tornan en fundamental el derecho.

Referencia: Expediente D-2041

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 166 de la Ley 100 de 1993.

Actor: Carlos Miguel Alvarez Vengoechea y otro.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998)

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Carlos Miguel Alvarez Vengoechea y Patricia Pinzón Gómez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandaron la inexecutable del artículo 166 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

Admitida la demanda, se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y se dio traslado al procurador general de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El siguiente es el tenor literal de la norma acusada con la advertencia de que se subraya lo demandado.(Tomada del diario oficial N°41148 de diciembre 23 de 1993)

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 166.- Atención Materno Infantil. El Plan Obligatorio de Salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del posparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

El Plan Obligatorio de Salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en la presente ley y sus reglamentos.

Además del Plan Obligatorio de Salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

Parágrafo 1. Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre de la menor de un año que permiten una dieta adecuada.

Parágrafo 2. El Gobierno Nacional organizará un programa especial de información y educación de la mujer en aspectos de salud integral y educación sexual en las zonas menos

desarrolladas del país. Se dará con prioridad al área rural y a las adolescentes. Para el efecto se destinará el 2% de los recursos anuales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el 10% de los recursos a que se refiere el parágrafo 1º del artículo 10 de la Ley 60 de 1993 y el porcentaje de la subcuenta de promoción del fondo de solidaridad y garantía que defina el Gobierno Nacional previa consideración del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos de ejecución del programa. La parte del programa que se financie con los recursos del I.C.B.F. se ejecutará por éste mismo instituto.

(Subrayas fuera de texto).

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estiman los demandantes que la disposición acusada es violatoria del primer inciso del artículo 43 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda.

Para los demandantes, el legislador interpretó erróneamente la frase “desempleada o desamparada ” del artículo 43 de la Constitución Política, al equiparar dicha expresión con la situación de las mujeres inscritas en el régimen subsidiado de seguridad social en salud, el que se otorga a las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

En su concepto, basta con tener una de las dos calidades de desempleada o desamparada para que la mujer tenga derecho a recibir el subsidio alimentario, el cual por tener que ver con la salud de la madre y de su futuro hijo, se erige como un derecho fundamental. “ La sola condición de mujer desempleada, entonces, es suficiente para ser la mujer en estado de embarazo o después del parto objeto de la especial protección del Estado mediante el subsidio alimentario”.

Para los actores, la norma parcialmente demandada condiciona el reconocimiento del auxilio económico que el Estado debe brindarle a las mujeres embarazadas o durante el postparto, a la afiliación al sistema subsidiado de seguridad social, desconociendo con ello el

artículo 43 de la Carta Política. El legislador, por lo tanto, se excedió en sus funciones y no desarrolló la norma constitucional conforme a lo estatuido por ella, limitando o disminuyendo el ámbito de aplicación del derecho que consagra.

Finalmente, sostienen que “ Los efectos de suprimir del artículo 166 de la Ley 100 de 1993 las palabras demandadas no son nocivos ni contraproducentes con el fin de la norma. Si bien a simple vista pareciera que la norma daría entender que todas las mujeres en estado de embarazo y madres de niños menores de un año han de recibir el subsidio alimentario, un análisis más profundo nos dice que no tiene que ser cierto: la misma norma se encarga de señalar que los subsidios alimentarios se otorgarán “en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, siendo claro entonces que en los planes y programas de la mencionada entidad debe establecerse, conforme a la Constitución, que el subsidio se concederá únicamente a las mujeres en estado de embarazo y las madres de niños menores de un año que, a su vez, se encuentren desempleadas o desamparadas”.

IV. INTERVENCIONES.

INTERVENCION DEL MINISTERIO DE SALUD.

Dentro de la oportunidad procesal prevista, intervino en representación del Ministerio de Salud, el doctor Mauricio Fajardo Gómez, quien solicitó a esta Corporación declarar exequible la expresión demandada.

Para el Ministerio de Salud, uno de los principios generales de la Ley 100 de 1993 radica en la obligatoriedad de que todos los habitantes de Colombia estén afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social, ya sea como afiliados o vinculados, sin que, como lo entienden los demandantes, se establezca alguna prohibición para que aquellas madres que no estén afiliadas al régimen subsidiado, y se encuentren en estado de embarazo o tengan hijos menores de un año, sean excluidas del beneficio Constitucional que consagra el artículo 43 de la Carta Política, cuando además estuvieren desempleadas o desamparadas.

Agrega el interviniente, que “si el texto censurado por los actores llegare a considerarse inexecutable, la norma tomaría un carácter general tan amplio, que en ese caso, evidentemente si pasaría a ser contraria a la Constitución ”.

Dentro de la oportunidad procesal prevista, intervino en representación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la doctora Sandra Margarita Herrera González, quien solicitó a esta Corporación declarar exequible la expresión demandada.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social citando jurisprudencia de la Corte Constitucional afirma que el legislador de 1993, desarrolló el artículo 43 de la Constitución Política mediante la creación del SISBEN (Sistema de Identificación de Beneficiarios), a través del cual se logra la prestación de asistencia a toda mujer desempleada o desamparada y que previamente haya realizado la reclamación del subsidio, sin que de ello pueda deducirse una prohibición a las madres que se encuentren en situación de desempleo y desamparo, y que no estén en el régimen subsidiado, para acceder también a la protección y asistencia por parte del Estado.

I. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor Procurador general de la Nación, dentro de la oportunidad legal prevista, emitió el concepto de su competencia y solicitó a esta Corporación declarar la Constitucionalidad de la norma acusada.

En concepto del Ministerio Público, los demandantes le dan una interpretación equivocada al artículo 43 de la Carta, pues este artículo lo que establece es un derecho prestacional de las mujeres que se encuentren en las situaciones allí previstas, sin que se estipule ningún otro tipo de limitación.

Distinto es que para poder disfrutar del derecho que establece el artículo 43 de la Carta Política, quienes puedan acreditar los requisitos para pertenecer al régimen subsidiado, se deban afiliar a dicho régimen para que el Estado pueda cumplir con su función social de proteger a las mujeres cuando estén desempleadas o desamparadas.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de una ley de la República,

es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo prescribe el artículo 241 de la Carta Fundamental.

2. De conformidad con lo indicado en el acápite de Antecedentes, los demandantes estiman inconstitucional el que la norma acusada señale que el subsidio alimentario se otorgará a las mujeres embarazadas o en postparto que se encuentren afiliadas al régimen subsidiado de salud contemplado en la Ley 100 de 1993, toda vez que la mencionada protección es reconocida por el artículo 43 superior a todas las mujeres desempleadas o desamparadas, sin ningún requisito adicional. Además, hacen un énfasis especial en que el subsidio alimentario previsto por la Constitución, debe otorgarse a las mujeres que se encuentren en situación de desamparo o desempleo, sin que sea necesario demostrar la coexistencia de estas dos últimas circunstancias, es decir, bastando cualquiera de ellas para que la mujer se haga acreedora al referido beneficio.

Corresponde a la Corte establecer, de conformidad con la Constitución, quiénes son beneficiarias de la protección especial que en materia alimentaria se concede durante el embarazo y el postparto, y cómo se puede acceder al reconocimiento del mencionado beneficio, para luego determinar si la norma, en la parte impugnada, conduce a desconocer a alguna categoría de mujeres el derecho constitucionalmente otorgado.

3. El artículo 43 superior, en su tenor literal y en la parte pertinente al tema que se debate, expresa que “(l)a mujer ... (d)urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. ...”

La interpretación literal o gramatical de la norma, en la parte transcrita, conduciría a deducir que el constituyente quiso beneficiar con el subsidio alimentario especial, a aquellas mujeres que estando en las circunstancias de embarazo o postparto, estuvieran, a su vez, para ese entonces, bien en situación de desempleo o bien en situación de desamparo. Así pareciera indicarlo la letra “o”, que con el carácter de conjunción disyuntiva se interpone entre las palabras “desempleada” y “desamparada”. De esta manera, conforme a esta interpretación literal, les asistiría razón a los demandantes cuando afirman que basta con que la mujer se encuentre en una cualquiera de las situaciones mencionadas por la norma, para que pueda hacerse acreedora al referido subsidio. La sola circunstancia del desempleo, por ende, sería

suficiente para generar la obligación estatal.

4. Para la Corte, en este caso la lectura literal de la norma no resulta suficiente para llegar a su verdadero sentido; tal lectura, por si misma y en forma exclusiva, no desentraña el espíritu del constituyente por lo que resulta imprescindible acudir a un sistema de interpretación sistemático y teleológico, que permita descubrir su verdadero alcance en elementos exteriores al texto mismo de la norma.

En efecto, considerando el texto de la Carta Fundamental como un todo, dentro de los principios generales de la organización social que propone, aparece como valor fundante del Estado colombiano el principio de solidaridad, y como fin de la misma la realización externa de un orden social justo. De otra parte, bajo el acápite relativo a los derechos fundamentales, el artículo 13 menciona que el Estado “promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.” Y que “protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” De esta manera, los mencionados principios y finalidades señalados constitucionalmente para el ejercicio del poder político, conducen a una interpretación del artículo 43 superior que descarta la posibilidad de que el subsidio alimentario especial que prevé la norma, sea concedido a toda mujer por el solo hecho de estar desempleada, toda vez que esta circunstancia no constituye por si misma una situación de debilidad manifiesta. Por otro lado, el reconocimiento del subsidio referido en los términos en que lo estiman los demandantes, en un Estado en donde los recursos públicos son escasos, no conduciría a la finalidad constitucional de realizar un orden social justo, sin que la Corte estime que sea necesario entrar en más explicaciones sobre el punto. Así las cosas, se impone el que además de no tener una vinculación laboral que la haga acceder a las prestaciones especiales en caso de maternidad previstas por la leyes del trabajo, la mujer esté en circunstancias que impliquen la imposibilidad de obtener por si misma o del padre del niño que espera o que ha nacido, o de su familia, o de un tercero, el apoyo que requiere durante el embarazo y el postparto.

Lo anterior por cuanto el principio de solidaridad que domina la organización de la comunidad colombiana, no impone deberes sólo en cabeza del Estado, sino también de los asociados, quienes son los llamados, en primer lugar, a su realización externa. Máxime cuando los

deberes de solidaridad emanan de las relaciones de parentesco, en especial de la relación paterno - filial, y están prescritos como una obligación jurídica por la leyes civiles, por lo cual normalmente se cumplen; sólo en algunos casos los individuos desconocen las obligaciones de surgen de su posición en la familia, y entonces, no mediando la solidaridad de la sociedad civil, procede la protección estatal.

5. Establecido que no es suficiente acreditar la situación de desempleo para ser titular del derecho al subsidio alimentario a que se refiere la norma constitucional, sino que es necesario demostrar además la situación de desamparo, pasa la Corte a estudiar el cargo según el cual la norma demandada desconoce la Constitución en cuanto indica que recibirán el referido subsidio, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado. Como se ha dicho, los demandantes estiman que el señalamiento de la afiliación al régimen subsidiado como determinante del reconocimiento del beneficio, añade un requisito no previsto en el texto superior, y en este sentido es inconstitucional. Dos de los intervinientes consideran que la condición de afiliación al régimen subsidiado exigida por la norma como requisito para el reconocimiento del derecho, no impide que otras mujeres no afiliadas a este régimen, pero que igualmente se encuentren en situación de desamparo y desempleo, sean beneficiarias del subsidio. La vista fiscal aduce que el sistema de seguridad integral desarrollado por la Ley 100 de 1993, permite la participación de todos los colombianos en el servicio público esencial de salud, por lo cual el cargo no está llamado a prosperar.

6. A juicio de la Corte, nuevamente los demandantes extraen conclusiones a partir de una lectura estrictamente literal de la norma contenida en el artículo 43 superior, así como del artículo 166 de la Ley 100 de 1993 ahora bajo examen. A partir de esta interpretación exegética y aislada, es posible concluir, como lo hacen ellos, que la norma legal introduce requisitos nuevos, que desconocen los derechos de las mujeres no afiliadas al régimen subsidiado. Sin embargo, si el artículo 43 superior es interpretado sistemáticamente atendiendo a lo que indican los artículos 48 y 49 siguientes, y, por su parte, el artículo parcialmente demandado se lee armónicamente con lo que en desarrollo de los textos superiores prescribe la Ley 100 en todo su contexto normativo, la tacha de la demanda carece de fundamento.

7. En efecto, los preceptos contenidos en los referidos artículos 48 y 49 de la Carta,

establecen, en su orden, un “derecho irrenunciable a la seguridad social” y la garantía a todas las personas al “acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” Y de otra parte, defieren a la ley el señalamiento de “los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.”

En desarrollo de estos postulados, el Sistema de Seguridad Social Integral desarrollado por la Ley 100 de 1993, permite la participación de todos los colombianos en el servicio público esencial de salud. Dentro de los principios generales que rigen la organización y funcionamiento del Sistema y la interpretación de las normas que lo gobiernan, el artículo 2° de la Ley mencionada señala que “el servicio político esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.” Dentro de estos principios, el de universalidad es definido por la misma norma como “la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.”

Por su parte, la misma Ley señala como objetivo del Sistema de Seguridad Integral, el garantizar “la ampliación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permiten que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas, y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.”

8. En la ponencia para primer debate en el Senado de la República del proyecto que devino en Ley 100 de 1993, se lee lo siguiente :

“La principal carencia que pretende enfrentar el proyecto es la falta de universalidad del sistema actual. Para lograr este propósito, se han diseñado instrumentos para obtener una cobertura total de la población en un plazo razonable. Con tal fin se propone la obligatoriedad de la afiliación al Sistema de Seguridad Social, ampliar la cobertura de la afiliación a la familia, y la puesta en práctica de un sistema de subsidios directos que permita a la población más pobre afiliarse al sistema, a través de sus instituciones. Esta universalidad, por demás, va aparejada de un propósito de obtener la integralidad en la cobertura de la salud para la atención de todos los colombianos.

Pero la universalidad no podrá lograrse sin un enorme esfuerzo de solidaridad. La mayor afiliación de la población generará mayores recursos. ... Pero ello no es suficiente, y se presenta la propuesta de complementarlo con un sistema de solidaridad explícito, a través de un régimen paralelo que se financiaría fundamentalmente a través de un Fondo de Solidaridad y Garantía.... Los recursos serían destinados a atender a las poblaciones más pobres y vulnerables, entre las que las madres gestantes y los niños menores de un año tiene papel primordial...”

9. Como resultado de esta propuesta acogida por el Congreso, la Ley 100 de 1993 en su artículo 157 señala que todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien en condición de afiliado al régimen contributivo o subsidiado, bien en condición de participante vinculado.

Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas con capacidad de pago. (Personas vinculadas a través contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.) Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado, dice la Ley 100, son “las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización”¹, grupo correspondiente a la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. “Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia...los niños menores de un año, ...y demás personas sin capacidad de pago.”² Por último, los vinculados son “aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.”³ Indica así mismo la norma contenida en el artículo 157 en comento, que a partir del año 2000, todo colombiano deberá estar afiliado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado.

10. De todo lo anterior puede colegirse que lo que la norma demandada prescribe cuando señala que el subsidio alimentario a que se refiere el artículo 43 superior lo recibirán las mujeres en estado de embarazo y las que atraviesan por el postparto que pertenecen al régimen subsidiado, no es simplemente un requisito añadido al texto constitucional por el legislador o un trámite adicional que deba cumplirse. Es simplemente la consecuencia lógica de lo que en todo su contexto regula la Ley 100, en armonía con la Constitución, a saber :

que las mujeres desprotegidas y desamparadas se vincularán – todas ellas, en virtud de la característica de universalidad del Sistema – al régimen subsidiado, a través del cual recibirán los beneficios del Sistema General de Salud y los demás beneficios adicionales dada su condición de debilidad manifiesta y su especial merecimiento de protección especial, dentro de la cual se encuentra el subsidio alimentario referido.

Es decir lo que la norma pretende, es reconocer la especial situación de estas mujeres pertenecientes al régimen subsidiado, para concederles el beneficio. Ello no desconoce los derechos de ninguna mujer que se encuentre en las situaciones de desamparo y desempleo a que se refirió el Constituyente, por dos razones : porque en principio, como se dijo, todas ellas deben afiliarse a dicho régimen y porque la norma no prohíbe que otras mujeres que por circunstancias excepcionales no estén inscritas en el régimen subsidiado se vean favorecidas con el reconocimiento del subsidio. La norma demandada se limita a señalar que las mujeres inscritas en dicho régimen lo recibirán, pero no añade que solo ellas podrán beneficiarse con el reconocimiento.

11. La Corte aprecia que en ciertas circunstancias alguna categoría de mujeres desempleadas y desamparadas pueden no estar afiliadas al régimen subsidiado, no obstante que la universalidad de la cobertura poblacional es una meta propuesta. Ello puede ser factible por el carácter progresivo que reviste la afiliación universal al Sistema de Seguridad en Salud a través del régimen contributivo o del subsidiado. Progresividad que se manifiesta en la existencia de personas simplemente vinculadas, que como se vio, son “aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.” La misma Ley 100 define el año 2000 como fecha para llegar a la realización efectiva del principio de universalidad mediante la afiliación de todos los colombianos al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de los regímenes contributivo o subsidiado. Luego es posible que exista una categoría de mujeres muy pobres, que aun no han logrado su afiliación al Sistema y que permanecen en condición de simples vinculadas, lo cual no les da derecho al reconocimiento automático del subsidio alimentario, en los términos de la norma demandada. Tal categoría de mujeres sin capacidad de pago tiene derecho a solicitar y obtener de las autoridades competentes su afiliación al régimen subsidiado o, al menos, después de la comprobación sumaria de su situación de desempleo y desamparo, el subsidio

alimentario que la Constitución les reconoce durante el embarazo y el postparto. Si el reconocimiento del subsidio alimentario fuera injustamente denegado, la vulneración del derecho sería conjurable mediante el ejercicio oportuno de la acción de tutela, instituida justamente para la protección inmediata de los derechos fundamentales.

12. La afiliación al régimen subsidiado de salud, se logra actualmente mediante la aplicación de la encuesta SISBEN que “es un conjunto de reglas, normas y procedimientos que permiten obtener información socio-económica, confiable y actualizada, útil para la canalización del gasto social. Su objetivo es establecer un mecanismo técnico, objetivo, equitativo y uniforme de selección de beneficiarios de programas sociales para ser utilizado por las entidades territoriales.”⁴ En principio la población que pretende identificar el SISBEN, mediante la aplicación de una encuesta, se caracteriza por pertenecer a los hogares de los estratos uno y dos, o con ingresos familiares inferiores a dos salarios mínimos mensuales.

Es posible también, que alguna categoría de mujeres a pesar de reunir las condiciones de desempleo y desamparo no sean incorporadas al régimen subsidiado después de aplicada la encuesta del SISBEN. En tal caso podría hablarse de un desconocimiento del derecho a percibir el subsidio alimentario, desconocimiento que podría impedirse, a través del ejercicio de la acción de tutela, teniendo en cuenta del perjuicio irremediable que de él se podría derivar.

13. El subsidio alimentario a que se refiere el artículo 43 de la Carta Política, a pesar de inscribirse como un derecho de contenido económico, prestacional y de reconocimiento progresivo, debe ser tratado como fundamental cuando no es reconocido, pues tal desconocimiento compromete la sobrevivencia tanto de la madre gestante como del hijo lactante, habida cuenta de la imposibilidad fáctica en la que se hayan la una y el otro para proveerse su propio sustento. Ya la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a la categoría de fundamental por conexidad que pueden tener esta clase de derechos en los eventos en los cuales su desconocimiento conlleva la violación de derechos de rango fundamental, en especial el derecho a la vida :

“La cuestión que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala gira alrededor de los derechos a la seguridad social y a la salud, que aparecen establecidos en la Constitución Política dentro del capítulo dedicado a los de naturaleza social, económica y cultural, cuya

implementación requiere, entre otros aspectos, la creación de estructuras destinadas a atenderlos y la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios, motivos por los cuales los derechos de contenido social, económico o cultural, en principio, no involucran el poder para exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose, entonces, lo asistencial en una realidad concreta en favor de un sujeto específico. En reiterada jurisprudencia de esta Corporación se ha sostenido que los derechos económicos, sociales o culturales se tornan fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera su violación, conformándose entre ellos una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección.⁵

Lo anterior conduce a afirmar que cuando el derecho al subsidio alimentario no es reconocido por el Estado estando presentes las circunstancias que confieren el derecho, este desconocimiento lo hace directamente exigible del Estado, o de eficacia jurídica directa sin necesidad de reglamentación legal, siendo entonces procedente la acción de tutela. Pero esta posibilidad no se opone a que la ley defina las situaciones en las que el derecho se reconocerá automáticamente, en virtud de haberse demostrado previamente las circunstancias de desamparo y desempleo, las que justamente tornan en fundamental el derecho. Dicha demostración previa se entiende surtida por el hecho de pertenecer la mujer al régimen subsidiado de salud, ya que en él no se inscriben sino aquellas personas desprotegidas, que constituyen la población más pobre y vulnerable del país.

Nada se opone a que la ley indique mecanismos operativos para conceder automáticamente la protección especial y ello es justamente lo que hace la norma demandada, la cual, de otra parte, no impide que se acceda a la mencionada protección por otros cauces, en aquellas circunstancias excepcionales en las cuales, por los mecanismos ordinarios que señala la ley, no es posible acceder a ella. Tal sería la vía de la acción de tutela en los casos anteriormente comentados.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor

procurador general de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE la expresión “del régimen subsidiado”, contenida en el inciso segundo del artículo 166 de la Ley 100 de 1993.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Vladimiro naranjo mesa.

Presidente.

ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Magistrado.

ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Magistrado.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Magistrado.

CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Magistrado.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Magistrado.

HERNANDO HERRERA VERGARA.

Magistrado.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Magistrado.

FABIO MORON DIAZ.

Magistrado.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO.

Secretaria General.

1 Ley 100 de 1993. Artículo 157

2 Idem

3 Idem

4 Sentencia T-499 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia T-304 de 1998. M. P. dr. Fabio Morón Díaz