

Sentencia SU.623/01

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Vinculación como beneficiario de pareja homosexual

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

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Concepto

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

DERECHO A LA IGUALDAD-No se viola al no incluir como beneficiario del régimen contributivo de salud a pareja homosexual/TEST DEBIL DE IGUALDAD-Afiliación como beneficiario del régimen contributivo de salud de pareja homosexual

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

consideraciones de orden económico, presupuestal y demográfico que implican también la necesidad de aumentar el cubrimiento de manera responsable, de tal forma que se asegure la continuidad en el servicio. En sentencia de la Corte decidió aplicar un test débil de igualdad.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL-Decisión de no incluir como beneficiarios a parejas de homosexuales

Podría afirmarse que la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales permanentes de los afiliados principales como beneficiarios del régimen contributivo en seguridad social comporta un trato discriminatorio, puesto que el legislador tomó la decisión de ampliar la cobertura a las parejas heterosexuales permanentes. En esa medida, la diferencia de trato comportaría una discriminación en función de la orientación sexual de los homosexuales. Sin embargo, ello no resulta de recibo por varias razones. En primer lugar, porque la ampliación paulatina de la cobertura del servicio de seguridad social en salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad en el servicio, es decir, se trata de una finalidad constitucionalmente válida. En esa medida, la decisión del juez constitucional de ampliar la cobertura hacia un determinado grupo social, cuando no están de por medio derechos fundamentales como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa de este aspecto. En segundo lugar, porque a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL-Utilizó criterio de familia como base para inscribir beneficiarios

Con la decisión del legislador de utilizar el criterio de familia como base para inscribir a los beneficiarios del afiliado principal dentro del régimen contributivo no se está contradiciendo el principio de universalidad que informa el sistema de seguridad social en salud, ni se los está excluyendo con fundamento en su orientación sexual, pues existen diversas formas de incorporarse al sistema. Además del de beneficiarios del régimen contributivo, cualquier persona puede afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo, si tiene la capacidad de pago, al régimen subsidiado si carece de ellos, o de no estar dentro de estas dos categorías, en todo caso podría estar vinculado al sistema sin atención a su orientación sexual. La ley no niega el acceso a los servicios en salud por el hecho de la "orientación sexual de una persona" lo cual conllevaría un trato discriminatorio evidente. No. Simplemente le dice que la forma escogida - "como beneficiario afiliado de su pareja homosexual cotizante", no es el camino idóneo para ingresar al sistema, por esta razón no cabría consideración alguna sobre la igualdad.

Referencia: expediente T-361534

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

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

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

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

SENTENCIA

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

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

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

1. Hechos

1.1. El 30 de mayo de 2000, el señor César Augusto Medina Lopera interpuso una acción de tutela ante el Juzgado Noveno Civil Municipal de Medellín contra Comfenalco E.P.S. En su criterio, la entidad demandada vulneró sus derechos a la salud, a la seguridad social, así como sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al negarle su vinculación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

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

uniones entre homosexuales.

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

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

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

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

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

2. Sentencia objeto de revisión

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

“(…) es erróneo sostener que la relación que tiene el señor CESAR AUGUSTO MEDINA LOPERA, con el señor JHON JAIRO CASTAÑO SUESCUN, se asimile a lo mas mínimo (sic), a compañeros permanentes ya que la sociedad, ni la ley ni la jurisprudencia de nuestro país a la fecha los ha asimilado a esa categoría, simplemente es una forma de ser y de actuar, pero en momento alguno, se asimila a la categoría que le quiere imprimir el tutelante. (...) Por lo tanto, no puede haber el establecimiento de los mismos derechos y obligaciones de una relación irregular, a una regulada por la ley y que a la fecha no ha sido reglamentada.”

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

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

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

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

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

“(…) si hecho el análisis del grado de parentesco que hay entre la persona [que se pretende afiliar como beneficiaria] y la persona de la cual dependen económicamente en ese momento se llega a la conclusión de que no es posible afiliarla como beneficiaria o como adicional al régimen contributivo, no queda otra alternativa que la de concluir que el sistema la atenderá como vinculada.” (subrayado fuera del texto)

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

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

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

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

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Problema Jurídico

El problema jurídico central que pasa a resolver la Corte en este caso es el siguiente: ¿se violan los derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad al no permitir que una persona acceda al régimen contributivo de la seguridad social en salud, como beneficiaria de su pareja homosexual cotizante con la cual convive?

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

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

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

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

Algunas de ellas son propias de cualquier servicio público, como la ampliación de la cobertura, y otras genéricas, aplicables a toda la actividad del Estado, como la prohibición de la discriminación. Estas prohibiciones y obligaciones, además de predicarse del legislador y de las entidades estatales encargadas de reglamentar la materia, se extienden aunque de manera diferente a quienes prestan directamente el servicio, bien sean particulares, o el mismo Estado.

Con todo, es necesario tener en cuenta que el derecho a la seguridad social requiere un desarrollo legal que permita distribuir sus beneficios adecuadamente dentro de la población.

La necesidad de desarrollo de la regulación constitucional en seguridad social ha llevado a la Corte a afirmar que se trata de un sistema normativo integrado, cuya complejidad no puede ser desconocida prima facie por el juez constitucional. La Corte Constitucional, en Sentencia SU-480/97 dijo al respecto:

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

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

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

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

“En este orden de ideas, el servicio público de la seguridad social, a juicio de la Corte, debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, unidad y participación en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población colombiana; en este sentido, el contenido normativo de la ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, debe ser interpretado, tomando en cuenta este particular marco conceptual. En consecuencia, la organización del aparato de la seguridad social integral, cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado, cuyos objetivos básicos

son los de garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes gozan de una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema o a los diversos grupos humanos de la población subsidiada o garantizar los servicios sociales complementarios; es, en criterio de esta Corporación, de reserva del legislador; por lo tanto, los mecanismos de acceso al sistema para la población de trabajadores dependientes o independientes, está condicionado por los precisos términos que establezca el legislador, mediante el ordenamiento pertinente.” (resaltado fuera de texto original).

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

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

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

“Sin embargo, la definición del contenido de los derechos prestacionales es una tarea que compete al legislador y que es realizada en virtud de consideraciones jurídicas, políticas y presupuestales que, en principio, escapan al control de constitucionalidad. Sólo en aquellos casos en los cuales una ley que establezca un derecho prestacional consagre un trato discriminatorio, o vulnere concretos y específicos mandatos constitucionales, puede la Corte

formular el correspondiente reproche. Salvo en estos específicos eventos, la configuración, más o menos amplia, de tales derechos, o la forma en la cual han de ser liquidados, o los requisitos que se establecen para acceder a los mismos, son asuntos que hacen parte de la órbita de acción del poder legislativo.”

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

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

Esta decisión de dirigir la extensión de la protección hacia uno u otro grupo por sí misma no implica una violación del derecho a la igualdad de los otros grupos que no resultaron beneficiados en un momento dado. Esta Corporación, mediante Sentencia C-098/96 declaró la exequibilidad de algunas expresiones contenidas en la Ley 54 de 1990, a pesar de que no incluían a las parejas homosexuales dentro del régimen de protección de las uniones maritales de hecho y de los compañeros permanentes. En dicha oportunidad aceptó que el carácter limitado de las medidas de protección que se establezcan mediante la actividad legislativa no vulneran el derecho a la igualdad por el solo hecho de no incorporar en un mismo momento la protección de diversos grupos discriminados, así se encuentren en situaciones similares. Dijo entonces:

“No obstante se admita, en gracia de discusión, el término de comparación sugerido por el demandante (la comunidad de vida), y se pase de largo sobre las notables diferencias fundadas en el artículo 42 de la Constitución Política que separan los dos tipos de parejas, habría que concluir - en el supuesto adoptado como premisa - que se trata de personas pertenecientes a grupos minoritarios o discriminados por la sociedad. En este orden de ideas,

sin pretender santificar o perpetuar las injusticias existentes, no parece razonable que se supedite la solución de los problemas que enfrenta una clase o grupo de personas, a que simultáneamente se resuelvan los de otros grupos o se extienda de manera automática la misma medida a aquellas personas que si bien no están cobijadas por la norma legal soportan una injusticia de un género más o menos afín. Si así debiera forzosamente proceder el Legislador, la soluciones serían más costosas y políticamente más discutibles, y en últimas sufrirían más todos los desvalidos y grupos débiles que verían alejadas las posibilidades reales de progreso y reivindicación de sus derechos.” (resaltado fuera de texto original)

Con todo, podría afirmarse que la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales permanentes de los afiliados principales como beneficiarios del régimen contributivo en seguridad social comporta un trato discriminatorio, puesto que el legislador tomó la decisión de ampliar la cobertura a las parejas heterosexuales permanentes. En esa medida, la diferencia de trato comportaría una discriminación en función de la orientación sexual de los homosexuales. Sin embargo, ello no resulta de recibo por varias razones. En primer lugar, porque, como ya se dijo, la ampliación paulatina de la cobertura del servicio de seguridad social en salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad en el servicio, es decir, se trata de una finalidad constitucionalmente válida. En esa medida, la decisión del juez constitucional de ampliar la cobertura hacia un determinado grupo social, cuando no están de por medio derechos fundamentales como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa de este aspecto. En segundo lugar, porque a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros. Así lo estableció esta Corporación en la Sentencia C-098/96 antes citada:

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

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

Por otra parte, teniendo en cuenta la diferencia entre el concepto constitucional de familia y el de una relación homosexual permanente, cabe preguntarse si aun así, la diferencia de trato entre estos dos grupos diferentes es proporcional y está justificada. A este respecto, cabe decir que dentro de nuestra sociedad existen diferentes tipos de relación que comparten muchos de los aspectos que caracterizan a las relaciones familiares, como pueden serlo la comunidad de vida, o la unión mediante lazos afectivos o sexuales, pero que no por ello otorgan el derecho a recibir prestaciones sociales por parte del Estado. En esa medida, ni la convivencia, ni la unión mediante una diversidad de vínculos emocionales igualmente válidos y respetables constituyen títulos suficientes para adquirir el derecho a la afiliación como beneficiario del régimen contributivo de seguridad social en salud. La no inclusión de dichas relaciones, o de algunas de sus características, como criterios para beneficiar a ciertas personas dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud no significa un desconocimiento ni una segregación de las personas que deciden optar por cualquier tipo de relación afectiva o de convivencia, ni comportan impedimentos para el libre desarrollo de su personalidad.

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

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

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

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

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

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

En efecto, los afiliados al régimen contributivo son aquellas personas que tienen capacidad económica para sufragar la cotización. Los afiliados al régimen subsidiado por el contrario carecen de ella y por esta razón su aseguramiento se efectúa a través del pago total o parcial de una unidad por capitación subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad a través de un régimen de cofinanciación a nivel nacional y territorial. Es claro que a las personas afiliadas a este régimen en principio no se les puede ofrecer inicialmente una cobertura integral del plan de salud, debido a que los recursos financieros disponibles para tal efecto proceden en gran medida de las transferencias a los municipios, denominadas “participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación”, la cual se irá incrementando progresivamente, año por año. Igual ocurre con los recursos provenientes de Cusiana y Cupiagua, asignados por la Ley 100/93 a los subsidios de salud.

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

* Primero la población de las áreas rurales, luego las poblaciones indígenas y finalmente la población urbana, así: dentro de este orden, la prioridad primero será para:

* Población perteneciente a los niveles 1 y 2 del SISBEN.

* Las comunidades indígenas mediante listados censales.

* Otras poblaciones especiales: infantil abandonada, indigentes, artistas, autores y compositores.

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

* Mujeres en estado de embarazo y niños menores de cinco años.

* Población con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales.

* Población de la tercera edad.

* Mujeres cabeza de familia y finalmente

* El resto de población pobre y vulnerable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

complementada por los artículos 1° y 2° del Decreto 047 de 2000.

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

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

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

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

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

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

“1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título III de la presente Ley.”

A su vez, el artículo 160 establece cuáles son los deberes de los afiliados al régimen

contributivo. El numeral segundo dispone que la afiliación de la familia constituye uno de tales deberes.

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

“(…)

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

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

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

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

“ARTICULO 163. La Cobertura Familiar. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.”

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

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

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

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

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

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

En esa medida se ve claramente que en el caso concreto, la E.P.S. demandada, al negar la afiliación al demandante, se limitó a aplicar debidamente las disposiciones referentes a las condiciones necesarias para acceder al régimen contributivo de seguridad social en salud.

Su actuación no constituyó entonces una interpretación discriminatoria y arbitraria de las normas vigentes en la materia, y por lo tanto no vulneró el derecho a la igualdad del demandante.

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

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

RESUELVE:

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

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

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU.623/01

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance (Salvamento de voto)

La universalidad entonces, implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de salud. No es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una discriminación.

SISTEMA DE SALUD-Gradualidad y cobertura progresiva (Salvamento de voto)

¿en qué consiste entonces la gradualidad del sistema de salud? ¿qué quiere decir que su cobertura será progresiva, por tratarse de un derecho prestacional? La expansión progresiva del sistema de salud no quiere decir que algunas personas están, en virtud de las leyes, temporalmente por fuera de éste, sino que los servicios de atención médica a los cuáles todo colombiano tiene derecho varían, y paulatinamente se van expandiendo e igualando. Por ejemplo, quienes se encuentran en el régimen contributivo tienen derecho a más servicios médicos que aquellos que se encuentran en el régimen subsidiado, de ahí el mandato legal de que progresivamente ambos regímenes deben igualarse. Los suscritos

Magistrados somos conscientes de que en ocasiones, las condiciones materiales impiden a la Administración cumplir con ciertos mandatos constitucionales y legales, de forma tal que en la ejecución de las políticas públicas en materia de salud se tenga, forzosamente, que tomarse la decisión de a qué grupo se deben destinar primero los recursos. Pero de ninguna manera ello justifica que las normas excluyan grupos de personas. Una cosa es la imposibilidad material de cumplir con la obligación constitucional y legal de brindarle el servicio de salud a alguien y otra muy distinta justificar jurídicamente su exclusión. El principio de universalidad no se detiene en la puerta de la morada de las parejas homosexuales.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-No afiliación de pareja de homosexual/DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación de homosexuales (Salvamento de voto)

La ponencia ha justificado que se perpetúe la discriminación existente en algunos sectores de la sociedad colombiana en contra de los homosexuales. Al hacerlo, lo que la Constitución quiere expresamente que sea universal se ha vuelto excluyente y se ha borrado del texto del artículo 13 de la Carta la frase según la cual “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección ... y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades ...” Para la ponencia, la expresión “todas las personas”, no incluye a las parejas homosexuales, la salud no es uno de esos “derechos” garantizados a todos y esa igualdad “ante la ley” no se puede predicar de la Ley 100 de 1993 sobre seguridad social. Nunca la Corte había dicho que la potestad de configuración del legislador le permitía discriminar en el campo de la salud.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL-Alcance (Salvamento de voto)

Los Magistrados que suscribimos el presente salvamento de voto reconocemos la necesidad de desarrollo legal del derecho a la seguridad social en salud pero no del derecho a la igualdad en materia de acceso al sistema de salud. Además, consideramos que la posición de la Sala abandona la posición que tradicionalmente ha mantenido la jurisprudencia.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Conformación de pareja homosexual (Salvamento de voto)

Los magistrados que disintimos consideramos que el libre desarrollo de la personalidad comprende escoger compañero (a) permanente, sin que esa decisión sea castigada con la desprotección en materia de salud a la pareja homosexual estable. En segundo lugar cabe preguntarse, ¿acaso el restringir el acceso al derecho a salud a aquellas personas que han optado por ser de cierta forma en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no es una manera de limitar esta garantía constitucional? Claro que lo es. Los homosexuales no pueden convivir en pareja y si deciden hacerlo sus derechos constitucionales, como el de la salud, dejan de estar a su alcance.

DERECHO A LA IGUALDAD-Se debe establecer si los criterios que establecen discriminaciones son justificables (Salvamento de voto)

La Corte invierte el problema y entra en franca contradicción con sus precedentes. En

efecto, el análisis del derecho a la igualdad en la jurisprudencia se ha hecho el contrario.? Los criterios y actuaciones que garantizan un trato equitativo no requieren ser justificados, al contrario, el juicio de constitucionalidad en materia de igualdad busca establecer si los criterios que establecen discriminaciones son justificables en tanto razonables. En esta sentencia la Corte se inventa un “test de razonabilidad inverso” para juzgar si es razonable tratar igual a los semejantes, a pesar de haber sido históricamente marginados. Tampoco se entiende cuál es la estructura de esa novísima versión del test de igualdad.

DERECHO A LA IGUALDAD-Afiliación como beneficiario del régimen contributivo de salud de pareja homosexual (Salvamento de voto)

No convence la tesis de que como la salud es un derecho prestacional entonces los homosexuales no pueden invocar el derecho a la igualdad para acceder a él. Es necesario recordar que el principio de igualdad ha cumplido durante siglos la función de ampliar la protección legal antes reservada al grupo de los privilegiados en cada sociedad. La igualdad ha sido el camino para incluir a los que fueron excluidos “en nombre” de las costumbres normales y de las leyes vigentes, y para impedir que los marginados del sistema sigan fuera de éste con el argumento de que no hay “ley expresa y especial” que los proteja. El mensaje tradicional y admirable de la igualdad es sencillo: los derechos son para todos, las leyes son para todos. Deploramos que la Corte haya construido hoy una excepción a ese principio fundamental de la democracia en perjuicio de los homosexuales. Puede entonces preguntarse finalmente, ¿por qué la Corte olvida la razón de ser del derecho a la igualdad? ¿por qué la Corte abandona sus precedentes? ¿por qué los contradice? ¿por qué la sentencia no se dedica a enfrentar el problema central? Para quienes salvamos la única razón que explica la decisión que se tomó, es que el demandante es homosexual.

JUICIO DE RAZONABILIDAD ESTRICTO-Pasos metodológicos (Salvamento de voto)

Se debe aplicar un juicio de razonabilidad estricto. La Corte ha señalado que aplicar un juicio de tal rigor comprende cuatro pasos metodológicos. El primero consiste precisamente en establecer si efectivamente el fin de la decisión o medida, que se acusa de discriminatoria, es legítimo e imperioso. El segundo es determinar si el medio elegido, en este caso, negar la petición de afiliación en razón a la orientación sexual, no es, en sí mismo, contrario a la Carta. El tercero analiza la relación entre el fin buscado y el medio empleado para apreciar si el medio es, no sólo adecuado, sino estrictamente necesario para alcanzar el fin, esto es, que no exista otro medio para lograrlo. Por último, el cuarto paso buscaría precisar si la decisión o la actuación, pese a aparentemente estar legitimada, es demasiado gravosa para el grupo afectado lo cual la haría desproporcionada.

DERECHO A LA SALUD DEL HOMOSEXUAL-Ninguna norma constitucional prohíbe su acceso (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD-No se puede restringir con base en un criterio de diferenciación basado en la orientación sexual (Salvamento de voto)

Excluir a los homosexuales, en razón a su orientación sexual, está expresamente prohibido por la Constitución. El artículo 13 de la Constitución proscribela discriminación por razones sexuales, lo cual ha sido interpretado por esta Corte de manera extensiva para comprender

la orientación sexual. En varias ocasiones la Corte ha considerado que son inconstitucionales normas o decisiones que discriminan a los homosexuales en diferentes ámbitos como la docencia, el acceso a la educación o el ingreso y permanencia en la policía. En el presente caso no está en juego exclusivamente la orientación sexual, pues la decisión de la E.P.S. de negar la solicitud presentada, de ser afiliado como beneficiario a su pareja comprobadamente estable, se funda en el sexo ya que él es un hombre que convive con otro hombre. La Constitución prohíbe discriminar con base en el sexo de una persona, y eso es exactamente lo que sucede en este caso: al peticionario se le niega la posibilidad de afiliarse en razón a su sexo y el de su pareja.

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Negativa de vinculación como beneficiario de pareja homosexual (Salvamento de voto)

Cuando se niega la solicitud de incluir a una persona homosexual como beneficiaria dentro del régimen contributivo al cual cotiza la persona de la cual es económicamente dependiente, y con la cual conforma una pareja comprobadamente estable para efectos de la Ley 100 de 1993, en razón, precisamente, a su condición de homosexual, se incurre en una discriminación violatoria del derecho de igualdad. Adicionalmente, como sucede en este caso, si se trata de una persona que carece de ingresos para cotizar por sí misma y que tampoco hace parte de uno de los grupos sociales que tienen derecho a participar del régimen subsidiado, como consecuencia directa de dicha discriminación se le desconoce su derecho a la seguridad social en salud regido por el principio de universalidad.”

Referencia: expediente T-361534

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

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el debido respeto que nos merecen las decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, los suscritos magistrados queremos expresar las razones por las que salvamos el voto frente a la decisión que adoptó la Corporación, en el caso de la acción de tutela interpuesta por César Augusto Medina Lopera contra Comfenalco E.P.S. (sentencia SU-623 de 2001; M.P. Rodrigo Escobar Gil).

El presente escrito se dividirá en dos partes. En la primera se expondrán las razones de desacuerdo con el fallo, bien sea porque contradicen abiertamente la jurisprudencia de la Corte, o porque, a nuestro juicio, parten de lecturas que no son fieles al texto o al espíritu de la Carta Política. En la segunda parte se expondrá la solución que consideramos ha debido tener el caso, tal y como fue sometida a consideración de la Sala en la ponencia original, rechazada por cinco magistrados que constituyen la mayoría en esta sentencia.

I. Razones de desacuerdo con el fallo

1. La verdadera sentencia

1.1. En primer lugar debe señalarse que este fallo hay que leerlo al revés. La única forma de

entenderlo cabalmente es iniciar su lectura por sus últimos párrafos, en donde realmente se resuelve el caso. En ellos se hace una interpretación de las normas aplicables al asunto que se estudia, a partir del concepto de familia que, según quienes votaron a favor de la sentencia, consagra la Constitución. Dice el fallo,

“(…) las disposiciones legales que determinan quiénes 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 dos años”. Como se ve a partir de la simple lectura del título de artículo - “cobertura familiar” -, la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar y por lo tanto una relación heterosexual. Para confirmar esto basta con acudir a la definición que da la misma Constitución del concepto de familia, que en su artículo 42 dice:

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

Para la mayoría de la Corte, las parejas homosexuales, en tanto no son familia, no son comparables a las parejas heterosexuales, y por ello, no pueden reclamar ningún derecho que les sea concedido a éstas. Tal es la verdadera decisión y justificación de la sentencia. Al respecto es importante subrayar que la Constitución sólo habla de heterosexualidad con relación al matrimonio, como se verá en la segunda parte de este salvamento.

1.2. El problema que la parte inicial de la sentencia enfrenta es enunciado de forma tal que la lectura de la sola pregunta basta para anticipar la respuesta,

“El interrogante que se plantea entonces es: ¿Dado que actualmente existe un porcentaje importante de la población imposibilitada para acceder a uno de los regímenes previstos - contributivo o subsidiado - y que es atendida como vinculada al sistema, exclusión que viene dada por razones totalmente diferentes a las de su orientación sexual, no se estaría discriminando a esta mayoría para favorecer a una minoría, al determinarse judicialmente que estas personas accedan al sistema por uno de los canales no previstos en ella? (...)” (Subrayado fuera del texto).

La ponencia al formular el problema, supone que no hay discriminación contra los homosexuales, es decir, convierte en axioma lo que precisamente había que analizar dado que los tutelantes invocaron su derecho a la igualdad.

Como la ponencia se funda en que el concepto de familia con el propósito de impedir que a las parejas homosexuales se les compare siquiera con las parejas heterosexuales, y supone que no hay discriminación en razón de su orientación sexual, los argumentos que se esgrimen en ella poco o nada tienen que ver con el problema constitucional central y,

además, aparecen como simples racionalizaciones acomodadas al caso concreto y por ello contradicen la jurisprudencia de esta Corte en múltiples temas, así como el texto de la Constitución. Vale la pena ilustrar el punto.

2. El principio constitucional de universalidad en materia de salud: su reinterpretación para justificar una discriminación presente.

2.1. Una de las premisas sobre la que se construye la primera parte del fallo, y sin la cual muchos de sus argumentos pierden asidero, es la definición del principio de universalidad. Dice la sentencia,

“(...) la regulación legal del acceso a la seguridad social por parte del Estado debe obedecer a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos establecidos en la ley (C.P. art. 48). La universalidad implica que la cobertura deba extenderse paulatinamente a una población cada vez mayor, y que, dentro de este proceso de extensión de la cobertura no pueden aceptarse como constitucionalmente válidas las discriminaciones hacia sectores determinados de la población. (...)” (Subraya fuera del texto)

Según esta manera de entender el principio, se prohíbe la discriminación sólo en el futuro cuando se adelante el “proceso de extensión de la cobertura”. Es decir, es permitido que existan personas que no estén contempladas por el sistema de salud temporalmente. Según la lectura de la mayoría de la Sala, la Constitución permite que ciertos grupos sean discriminados del sistema de salud hasta tanto existan recursos suficientes para incluirlos.

Quienes salvamos el voto no entendemos de dónde surge esta definición de universalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que no sólo va en contra del texto constitucional y de su espíritu, sino que desconoce la propia definición de la Ley 100 de 1993 y la posición jurisprudencial ampliamente reiterada por la Sala Plena y por las distintas Salas de Revisión de la Corte. En efecto, en 1992, en una de sus primeras sentencias, dijo la Corte,

“(...) el artículo 48 de la Carta fundamental consagra los tres principios que determinan la Seguridad Social: eficiencia, solidaridad y universalidad, así:

(...)

Y la universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicen de todas las personas”.⁴

La universalidad entonces, implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de salud. No es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una discriminación. Esta definición fue reiterada en la sentencia C-112 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual se dijo,

“Para concluir, cabe agregar que el principio constitucional de “universalidad” que rige la

seguridad social se relaciona con la garantía de protección a todas las personas, sin discriminación alguna. Es decir, que los servicios de salud deben cubrir a toda la población, como en efecto ocurre en el sistema de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993, que ampara a todos los habitantes del país tengan o no capacidad de pago.”

Estas definiciones han sido acogidas en varias sentencias, convirtiéndose en parte del sustento jurídico central de las decisiones que en ellas se tomaron.⁵

Podría entonces preguntarse, ¿en qué consiste entonces la gradualidad del sistema de salud? ¿qué quiere decir que su cobertura será progresiva, por tratarse de un derecho prestacional? La expansión progresiva del sistema de salud no quiere decir que algunas personas están, en virtud de las leyes, temporalmente por fuera de éste, sino que los servicios de atención médica a los cuáles todo colombiano tiene derecho varían, y paulatinamente se van expandiendo e igualando. Por ejemplo, quienes se encuentran en el régimen contributivo tienen derecho a más servicios médicos que aquellos que se encuentran en el régimen subsidiado, de ahí el mandato legal de que progresivamente ambos regímenes deben igualarse.

Cabe anotar que los suscritos Magistrados somos conscientes de que en ocasiones, las condiciones materiales impiden a la Administración cumplir con ciertos mandatos constitucionales y legales, de forma tal que en la ejecución de las políticas públicas en materia de salud se tenga, forzosamente, que tomarse la decisión de a qué grupo se deben destinar primero los recursos. Pero de ninguna manera ello justifica que las normas excluyan grupos de personas.

2.2. Uno de los argumentos de la ponencia que ilustra esa distorsión es el que invoca el fallo para sostener que no constituye un trato discriminatorio conceder un beneficio sólo a las parejas de heterosexuales, con exclusión de las de homosexuales. Dice la sentencia,

“Esta decisión de dirigir la extensión de la protección hacia uno u otro grupo por sí misma no implica una violación del derecho a la igualdad de los otros grupos que no resultaron beneficiados en un momento dado. Esta Corporación, mediante Sentencia C-098/96 declaró la exequibilidad de algunas expresiones contenidas en la Ley 54 de 1990, a pesar de que no incluían a las parejas homosexuales dentro del régimen de protección de las uniones maritales de hecho y de los compañeros permanentes. En dicha oportunidad aceptó que el carácter limitado de las medidas de protección que se establezcan mediante la actividad legislativa no vulneran el derecho a la igualdad por el sólo hecho de no incorporar en un mismo momento la protección de diversos grupos discriminados, así se encuentren en situaciones similares.(...)” (Subrayas fuera del texto)

En otras palabras, para la ponencia “diversos grupos discriminados” a los cuales se les niega el goce efectivo del derecho a la igualdad, pueden seguir siendo discriminados “mediante la actividad legislativa” que no los cobija por sus “medidas de protección”, todo ello “así se encuentren en situaciones similares”. De esta forma, la ponencia ha justificado que se perpetúe la discriminación existente en algunos sectores de la sociedad colombiana en contra de los homosexuales. Al hacerlo, lo que la Constitución quiere expresamente que sea universal se ha vuelto excluyente y se ha borrado del texto del artículo 13 de la Carta la frase según la cual “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma

protección ... y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades ...” Para la ponencia, la expresión “todas las personas”, no incluye a las parejas homosexuales, la salud no es uno de esos “derechos” garantizados a todos y esa igualdad “ante la ley” no se puede predicar de la Ley 100 de 1993 sobre seguridad social. Nunca la Corte había dicho que la potestad de configuración del legislador le permitía discriminar en el campo de la salud.

2.3. Podría objetarse que el demandante como individuo no carece de dicho derecho, y que sólo se está restringiendo su alcance respecto de las parejas, lo cual sí es propio del ámbito en donde el Legislador tiene un amplio margen de configuración. Sin embargo no es posible aceptar tal afirmación; César Augusto Medina Lopera se encuentra estructuralmente por fuera del sistema de salud,⁶ tanto que ni siquiera es cuestión de tiempo que ingrese. Por obra de este fallo, no sólo las parejas de homosexuales han quedado marginadas del sistema de salud sino también algunos individuos que dependen de su pareja, no son pobres y son homosexuales. Tan cierto es ello, que dentro de los considerandos de la propia sentencia la Corte no encuentra reparo en sugerir cambios a la reglamentación de tal suerte que el demandante pueda en un futuro ingresar al régimen contributivo. Dice el fallo,

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

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

El lector desprevenido de la sentencia podría llegar a creer que en las leyes vigentes el principio de universalidad fue definido de manera restrictiva para no cobijar a los homosexuales que decidan vivir en pareja. La realidad es la contraria: la Ley 100 definió generosamente, como lo ordena la Constitución, dicho principio puesto que no permite “discriminación alguna” en materia de acceso a la salud.⁷

3. Si bien el derecho a la salud requiere ser desarrollado legalmente, el juez de tutela debe apreciar sus eventuales violaciones a partir de la Constitución.

3.1. A lo largo de la sentencia SU-623 de 2001 de la cual respetuosamente disentimos, la Sala Plena de la Corte presenta una visión del derecho a la seguridad social en salud en la que el Legislador tiene un amplísimo margen de definición. Según el fallo, la Constitución establecería un marco de obligaciones y restricciones genéricas dentro del cual el Congreso definiría y precisaría los alcances de la garantía constitucional; todo ello por expreso mandato de la propia Carta Política. Fija así su posición la Corte,

“(...) la determinación del contenido y alcances del derecho y la ampliación de la cobertura del servicio público están definidos principalmente por la ley, por expresa disposición constitucional (C.P. artículo 48). Sin embargo, el Estado tiene una serie de obligaciones y restricciones constitucionales como regulador de la materia. (...)”

(...) es necesario tener en cuenta que el derecho a la seguridad social requiere un desarrollo legal que permita distribuir sus beneficios adecuadamente dentro de la población. La necesidad de desarrollo de la regulación constitucional en seguridad social ha llevado a la Corte a afirmar que se trata de un sistema normativo integrado, cuya complejidad no puede ser desconocida prima facie por el juez constitucional.”⁸

Los Magistrados que suscribimos el presente salvamento de voto reconocemos la necesidad de desarrollo legal del derecho a la seguridad social en salud pero no del derecho a la igualdad en materia de acceso al sistema de salud. Además, consideramos que la posición de la Sala abandona la posición que tradicionalmente ha mantenido la jurisprudencia.

En efecto, a través de sus fallos, la Corte Constitucional ha sido sensible a los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos, defendiendo ampliamente su alcance.⁹ En el tema de salud ha sostenido, por ejemplo, que el juez de tutela tiene la posibilidad de ordenar el cumplimiento de obligaciones de carácter prestacional, derivadas directamente de la Constitución. De esta forma la Corte, mediante fallos de revisión de acciones de tutela e invocando el efecto normativo directo de la Carta Política, ha extendido el alcance del derecho a la salud en los dos sentidos posibles, respecto de qué personas deben estar efectivamente cubiertas¹⁰ y respecto a qué servicios se tiene derecho, tanto en aquellos casos en que la afectación al derecho es dramática, como en aquellos casos en que no.¹¹

3.2. Una muestra de esta actitud totalmente diferente a la que imperó respecto de las parejas homosexuales es la sentencia T-484 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra). En ella, la Sala de Revisión resuelve tomar las medidas necesarias para garantizarle a un grupo de personas el acceso al servicio de salud, así en ese momento no estuvieran padeciendo de una dolencia grave, pues la Sala defendió el derecho incluso ante el eventual riesgo de requerir la atención médica. Dijo en aquel fallo,

“Es que la salud constituye un bien preciado del ser humano, de allí su protección constitucional y, no puede considerarse como un regalo, una dádiva de los empleadores, es un derecho de los trabajadores ganado con su labor y esfuerzo diarios. La violación de este derecho pone en peligro la vida de las personas al no tener a donde acudir en caso de ser necesario, es que proteger la salud del ser humano es por ende, proteger su vida, por eso

una de las mayores prioridades del Estado, debe ser la protección efectiva de la salud de sus habitantes, de ahí que el derecho a la salud haya sido reconocido entre otros, por la Declaración Universal de derechos humanos (art. 25) derecho a la salud y el bienestar; Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales (Ley 74 de 1968, art. 12) derecho a la salud física y mental; Convención Americana sobre derechos humanos (Ley 16 de 1972, art. 7165 y s.s.).”

En el fallo del que nos apartamos los suscritos Magistrados, la Corte abandona esta posición garantista. Pareciera olvidar que John Jairo Castaño también es un trabajador, y que para él y su pareja el derecho a la salud tampoco es una dádiva o un regalo, se lo han ganado con su labor y esfuerzo diarios tanto como cualquier otro trabajador y su respectivo compañero o compañera permanente.

Por eso el lector se preguntará con razón: ¿por qué la Corte ha maximizado el alcance del derecho a la salud, ordenado atención en salud a personas no cobijadas o el pago de servicios no contemplados en el POS, pero en este caso desprotege a los tutelantes que sólo piden iguales derechos mínimos a los demás? La respuesta no es que la Corte haya cambiado de jurisprudencia, sino que este caso es diferente y especial porque el peticionario era uno de los miembros de una pareja homosexual.

4. Falta de sensibilidad hacia los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad de César Augusto Medina Lopera.

Los Magistrados que salvamos el voto no compartimos la falta de sensibilidad que refleja la decisión adoptada hacia los derechos del accionante, en especial a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, lo cual se refleja a lo largo del fallo.

4.1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) es la garantía que menos se estudia. Su eventual violación se analiza brevemente en los siguientes términos al final de la sentencia,

“Por otra parte, tampoco se encuentra vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como quiera que la afiliación como beneficiario al sistema contributivo de seguridad social en salud no es una condición para su ejercicio.” (Surayado fuera del texto)

En primer lugar, debe decirse que el hecho de que la afiliación como beneficiario al sistema contributivo no sea una condición para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no es una razón que demuestre que no se le esté desconociendo tal derecho a César Augusto Medina Lopera. En esta sentencia, la Corte invierte completamente el problema: la cuestión no es si sólo los “afiliados como beneficiarios al sistema contributivo” pueden optar por ser homosexuales. No. Es al revés: la cuestión es si los que conviven como homosexuales en pareja en “ejercicio” de su autonomía personal no pueden ser “afiliados como beneficiarios”. Invertir el problema es una cómoda manera de eludirlo. Los magistrados que disintimos consideramos que el libre desarrollo de la personalidad comprende escoger compañero (a) permanente, sin que esa decisión sea castigada con la desprotección en materia de salud a la pareja homosexual estable. En segundo lugar cabe preguntarse, ¿acaso el restringir el acceso al derecho a salud a aquellas personas que han optado por ser de cierta forma en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no es una manera

de limitar esta garantía constitucional? Claro que lo es. Los homosexuales no pueden convivir en pareja y si deciden hacerlo sus derechos constitucionales, como el de la salud, dejan de estar a su alcance.

4.2. Situación similar ocurre con el derecho a la igualdad. Dice la Corte al respecto,

“El juicio que hace el juez constitucional sobre los criterios de valoración definidos por el legislador debe tener en cuenta el contexto específico del problema de distribución respectivo. Esto significa que la decisión legislativa de no incluir determinados grupos sociales históricamente marginados - en este caso los homosexuales que se encuentren haciendo vida de pareja - en la asignación de ciertos beneficios - la afiliación como beneficiarios de su pareja dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud -, no necesariamente comporta una vulneración al derecho a la igualdad. (...) En estos casos de marginación social es necesario que el análisis constitucional considere también si el criterio de valoración que presuntamente ha debido tenerse en cuenta para incluir a determinado grupo como beneficiario del servicio - estar haciendo vida de pareja - resulta adecuado para proteger los derechos que se alega han sido conculcados - igualdad, seguridad social, libre desarrollo de la personalidad, salud -.” (Subrayado fuera del texto)

Nuevamente la Corte invierte el problema y entra en franca contradicción con sus precedentes. En efecto, el análisis del derecho a la igualdad en la jurisprudencia se ha hecho el contrario.¹² Los criterios y actuaciones que garantizan un trato equitativo no requieren ser justificados, al contrario, el juicio de constitucionalidad en materia de igualdad busca establecer si los criterios que establecen discriminaciones son justificables en tanto razonables. En esta sentencia la Corte se inventa un “test de razonabilidad inverso” para juzgar si es razonable tratar igual a los semejantes, a pesar de haber sido históricamente marginados. Tampoco se entiende cuál es la estructura de esa novísima versión del test de igualdad.

Ahora bien, para la sentencia las razones de por qué no hay un trato discriminatorio son dos. La primera es que,

“(...) la ampliación paulatina de la cobertura del servicio de seguridad social en salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad en el servicio, es decir, se trata de una finalidad constitucionalmente válida.”

Es decir, la primera razón es que constitucionalmente es aceptable dejar fuera del sistema de salud, temporalmente, a ciertos grupos de personas. En otras palabras, se puede discriminar a los homosexuales de gozar temporalmente de su derecho a la salud, porque con ello se garantiza la continuidad de servicio, lo cual por supuesto no compartimos. No se ve como tratarlos igual entorpece la “continuidad del servicio”.

La segunda razón es que,

“(...) a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esta medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros

permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.”

¿Será que la Constitución prohíbe hacer cualquier tipo de comparación entre las parejas de heterosexuales y homosexuales, en cualquier aspecto y en cualquier ámbito? ¿Las diferencias que pueden existir entre unas y otras en materia de familia y de derecho civil también son relevantes en materia de seguridad social? Pensamos que las parejas homosexuales y heterosexuales sí pueden ser comparadas. Es más, deben serlo si no se quiere perpetuar las discriminaciones históricas al dividir el mundo en dos: las parejas heterosexuales que son familia para la mayoría, y las parejas homosexuales que no son más que un dato sociológico irrelevante para el juez constitucional. ¿En qué se parecen las parejas homosexuales a las heterosexuales? Primero, en que constituyen una comunidad significativa de vida en común. Segundo, en que se fundan en la “voluntad responsable de conformarla”, cuando son estables (artículo 42 C.P. primer inciso). Tercero, en que nacen motivos semejantes como la atracción sexual, el deseo de compañía, el compromiso a apoyarse mutuamente y el afecto. Se diferencian en otros aspectos que no son determinantes para el tema planteado en este caso. No pueden contraer matrimonio, pero las uniones heterosexuales cuando son de hecho no están excluidas del sistema de salud. No pueden procrear naturalmente, pero hay parejas heterosexuales que tampoco pueden hacerlo y no por ello dejan de ser parejas protegidas por el sistema de salud.

Adicionalmente, la Corte en su sentencia sugiere que al caso debe aplicarse un test débil, por cuanto se trata de derechos prestacionales.¹³ En primer lugar, no es comprensible por qué analiza el tema, si según la tesis del fallo las parejas de homosexuales no son siquiera comparables con las parejas heterosexuales. Y en segundo lugar, surge la pregunta de por qué se omitieron los demás criterios que obligan a que el test de razonabilidad que se aplique al presente caso sea estricto. ¿No están en juego derechos constitucionales? ¿No es la orientación sexual un criterio sospechoso de clasificación de las personas? ¿No son los homosexuales una población tradicionalmente discriminada? Los criterios que han llevado a la Corte a hacer análisis estrictos de eventuales violaciones al derecho a la igualdad están presentes en este caso, sin embargo no son considerados por la sentencia.

Como ya lo señalamos al inicio del salvamento, la verdadera motivación del fallo se encuentra al final. La Sala Plena considera que las parejas de heterosexuales, por el hecho de constituir formal y expresamente familia, no son comparables con las parejas de homosexuales, y en consecuencia no puede reclamarse un trato igual entre ellas.

Sobre el punto señala la sentencia,

“A este respecto cabe decir que dentro de nuestra sociedad existen diferentes tipos de relación que comparten muchos de los aspectos que caracterizan a las relaciones familiares, como pueden serlo la comunidad de vida, o la unión mediante lazos afectivos o sexuales, pero que no por ello otorgan el derecho a recibir prestaciones sociales por parte del Estado. En esta medida, ni la convivencia, ni la unión mediante una diversidad de vínculos emocionales igualmente válidos y respetables constituyen títulos suficientes para adquirir el derecho a la afiliación como beneficiario del régimen contributivo de seguridad social en

salud. (...)”

Pareciera pues, que para la Corte una pareja homosexual tiene más parecido a dos tías abuelas viviendo juntas que a una pareja heterosexual. Es como si el único caso relevante de equiparación de una pareja de hombres homosexuales fuera el de una pareja de mujeres homosexuales. Es una falta de sensibilidad ante el derecho a la igualdad, parecida a la que mantuvo la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América durante más de siglo y medio en relación con la prohibición de matrimonios interraciales. Sostenía el alto Tribunal que no se violaba el derecho a la igualdad al impedir que un hombre de color negro contrajera matrimonio con una mujer de color blanco, pues a un hombre de color blanco tampoco se le permitía contraer matrimonio con una mujer de color negro. Sólo hasta 1967 aquél Tribunal fue sensible al problema de igualdad que representa la prohibición de relaciones sexuales y matrimonios interraciales.¹⁴ Declaró inconstitucionales todas las leyes estatales al respecto.

No convence la tesis de que como la salud es un derecho prestacional entonces los homosexuales no pueden invocar el derecho a la igualdad para acceder a él. Es necesario recordar que el principio de igualdad ha cumplido durante siglos la función de ampliar la protección legal antes reservada al grupo de los privilegiados en cada sociedad. La igualdad ha sido el camino para incluir a los que fueron excluidos “en nombre” de las costumbres normales y de las leyes vigentes, y para impedir que los marginados del sistema sigan fuera de éste con el argumento de que no hay “ley expresa y especial” que los proteja. El mensaje tradicional y admirable de la igualdad es sencillo: los derechos son para todos, las leyes son para todos. Deploramos que la Corte haya construido hoy una excepción a ese principio fundamental de la democracia en perjuicio de los homosexuales.

Puede entonces preguntarse finalmente, ¿por qué la Corte olvida la razón de ser del derecho a la igualdad? ¿por qué la Corte abandona sus precedentes? ¿por qué los contradice? ¿por qué la sentencia no se dedica a enfrentar el problema central? Para quienes salvamos la única razón que explica la decisión que se tomó, es que el demandante es homosexual.

II. Resolución del caso

A continuación transcribimos, suprimiendo algunos apartes, la propuesta contenida en el proyecto original sometido a consideración de la Sala Plena. Lo hacemos por cuanto en él se expone la que consideramos, quienes salvamos el voto, ha debido ser la decisión y su justificación.

1. Problema Jurídico

1.1. El problema jurídico central que pasa a resolver la Corte en este caso es el siguiente: ¿se viola el derecho a la igualdad al impedir que una persona homosexual acceda, como beneficiaria de su pareja cotizante con la cual convive, al régimen contributivo de la seguridad social en salud, en razón a su orientación sexual?

1.2. Este problema ha sido abordado por algunas de las salas de revisión de la Corte. La primera ocasión fue en una sentencia de la Sala Sexta de Revisión, en la cual se decidió que un homosexual, afiliado como beneficiario de su pareja permanente dentro del régimen

contributivo, no puede ser desafiliado arbitrariamente, pues ello conlleva desconocer su derecho al debido proceso y el principio de la buena fe.¹⁵ En este primer caso, el homosexual pudo afiliarse como beneficiario, pero luego la EPS trató de desafiliarlo; la Corte impidió que ello ocurriera. Los otros dos casos se refieren a la posibilidad de afiliarse. Por una parte, la Sala Séptima de Revisión decidió que una E.P.S. no violaba el derecho a la igualdad al negar la afiliación como beneficiario dentro del régimen contributivo, al compañero de un homosexual, pues las reglas civiles de familia, y en especial la Ley 54 de 1990, impiden hacer extensivo ese derecho a parejas conformadas por personas del mismo sexo.¹⁶ Posteriormente, la Sala Novena de Revisión también decidió que no se violaba el derecho a la igualdad ni a la seguridad social en salud, al impedir que un cotizante afiliara como beneficiario a su pareja homosexual, pero por razones diferentes a las expuestas en el fallo de la Sala Séptima. En efecto, la Sala Novena sostuvo que las reglas civiles de familia y la Ley 54 de 1990 no son pertinentes para interpretar las disposiciones que conforman el régimen de seguridad social, debido a que ellas mismas circunscriben su ámbito de aplicación al derecho civil. Para llegar a la misma decisión, la Sala Novena se basó en un decreto reglamentario del régimen de pensiones que para efectos de la pensión de sobrevivientes, define el concepto de compañero(a) permanente, empleando el criterio de la heterosexualidad.¹⁷

La importancia del tema, junto a la necesidad de unificar una posición jurisprudencial al respecto, son las razones que justifican la decisión de la Sala Plena de la Corte Constitucional de avocar el conocimiento del presente caso.

No obstante, es preciso aclarar que para resolver el presente problema jurídico en modo alguno entra la Corte a estudiar asuntos que lo desbordan, bien porque son mucho más amplios, bien porque se dirigen a otro punto. Asuntos como, por ejemplo, establecer si los homosexuales pueden acceder al matrimonio, determinar si existe paridad o no entre las parejas heterosexuales y homosexuales o, en general, cualquier otro efecto jurídico de las parejas homosexuales distinto al referido al punto tratado por esta sentencia en el ámbito de la salud.

2. La necesidad de juzgar estrictamente la exclusión de homosexuales

2.1. Como lo ha señalado la Corte en casos anteriores¹⁸, para hacer un estudio del derecho a la igualdad es necesario hacer un juicio de razonabilidad, que permita establecer si el trato diferenciado que se da al accionante es acorde a la Carta Política.¹⁹ Dicho juicio tiene varias etapas analíticas y cada una puede ser más o menos estricta.²⁰ Por eso, en primer lugar, es preciso definir el grado de rigor con el cual éste será aplicado.

2.2. En el presente caso tres razones justifican la aplicación de un juicio estricto. La primera es que la diferenciación empleada por Comfenalco E.P.S. en este caso se basa en un criterio sospechoso. Si bien es cierto que la Constitución no se refiere expresamente a la orientación sexual, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la orientación sexual es un criterio de diferenciación que está prohibido, es decir, no puede servir como razón para excluir a las personas del acceso a beneficios y para someterlas a cargas a las cuales no está expuesto otro individuo, tal y como alega el accionante que sucede en este caso.

Ha dicho la Corte sobre el punto,

“(…) La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo. (...) La protección de las autoridades a todas las personas y residentes en Colombia (C.P., art. 2) tiene forzosamente que concretarse, en esta materia, en el respeto a la libre opción sexual.

(…)

La Corte no considera que el principio democrático pueda en verdad avalar un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría. El principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público.”²¹

Ahora bien, la prohibición de discriminación en razón a la orientación sexual no sólo se sigue del texto constitucional; los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que según la propia Constitución (artículo 93) prevalecen en el orden interno y son criterio de interpretación de los derechos constitucionales, coinciden en ello. La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” consagra,

Artículo 24 — Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²² establece,

Artículo 26 — Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Respecto a esta norma, es pertinente citar la decisión del Comité de Derechos Humanos, responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el caso conocido como Toonen v. Australia.²³ En este caso se decidió que la categoría “orientación sexual” está contenida en la categoría “sexo”, consagrada en el artículo 26 del Pacto, por lo que se convierte también en una categoría sospechosa, que no puede servir de criterio de diferenciación un perjuicio de los homosexuales. Ahora bien, reiterando la fuerza interpretativa que otorga el artículo 93 de la Constitución a los tratados internacionales, este precedente se convierte en una razón más para concluir que el texto constitucional colombiano, cuando habla de sexo, también incluye orientación sexual.

La segunda razón por la cual el juicio de razonabilidad aplicable en este caso debe ser el estricto, es que los derechos a la salud y a la seguridad social, cuya protección invoca César Augusto Medina Lopera en la demanda, gozan de una garantía constitucional, y según lo dicho por esta Corporación, sólo es posible limitarle a una persona el acceso o disfrute de tales derechos cuando ello sea necesario para proteger otro derecho constitucional o para promover un interés público de tanta importancia que sea imperioso hacerlo.²⁴

La tercera es que los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado precisamente porque su orientación sexual es diferente a la de la mayoría de los colombianos. Se trata de una realidad histórica reconocida y criticada anteriormente por esta Corporación. Al respecto se ha dicho,

“Durante mucho tiempo, los homosexuales han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y de exclusión social y política, no sólo en nuestro país sino también en muchas otras sociedades. Así, no sólo los comportamientos homosexuales han sido y siguen siendo penalizados por diversos ordenamientos jurídicos sino que, además, en la vida cotidiana, las personas con esta preferencia erótica han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar muy fuertes formas de estigmatización social, las cuales incluso han llegado, en los casos más extremos, a legitimar campañas de exterminio contra estas poblaciones. Además, en el caso de las mujeres homosexuales o lesbianas, y como lo señalaron algunos de los testimonios presentados en la audiencia pública ante la Corte, habría una especie de doble discriminación, pues a la tradicional segregación por ser mujeres, se suma otra por tener orientaciones homosexuales.”²⁵

Lamentablemente en ocasiones los prejuicios que originan esta discriminación están presentes, incluso, en providencias judiciales. Referirse a los homosexuales con calificativos como “desviado”, “raro”, “anormal” o, como lo hace el juez de instancia, “irregular”, no se compadece con el principio de igualdad ni con el deber de tratar a todas las personas con la misma dignidad, uno de los pilares de un Estado Social de Derecho. El juez debe ser, obviamente, imparcial, asegurando a los asociados que no se tomarán las decisiones a partir de prejuicios reprochables constitucionalmente.

Así pues, la Corte en la sentencia antes citada decidió que cuando se trate de una eventual discriminación hacia los homosexuales, debe aplicarse un juicio de razonabilidad estricto. Dijo la Corte en aquel caso,

“(…) tres razones justifican un control judicial estricto de todo trato diferente de las autoridades contra un homosexual, a saber, (i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, que si la preferencia sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas – los homosexuales – el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual.”²⁶

2.3. La necesidad de evaluar estrictamente cualquier medida que excluya a los homosexuales no se deriva de considerar tal condición como inmutable²⁷, sino de que la homosexualidad representa una opción legítima del libre desarrollo de la personalidad

(artículo 16 de la C.P.).

Además, la dicotomía entre condicionamiento inmutable y opción libre no es relevante en este caso. Desde el punto de vista de una persona homosexual, la opción de volverse heterosexual puede ser tan lejana y gravosa como lo es para un heterosexual la opción de volverse homosexual, y en ese sentido no genético, la homosexualidad, por su resistencia a los designios de la voluntad y por ser un elemento constitutivo de la identidad de una persona, parece inmutable. Sin embargo, la prohibición de discriminar en nuestra Carta Política no se extiende solamente a rasgos inmutables. Por el contrario, abarca de manera expresa opciones conscientes y reflexivas respecto de las cuales la voluntad puede ser determinante. El ejemplo más claro es la prohibición de discriminar en razón a la “opinión política o filosófica” de una persona.

Lo anterior no es sólo compatible sino ineludible en nuestro contexto constitucional. Primero, porque la autonomía es un derecho fundamental, es decir, las decisiones libres de autoconstrucción de la identidad personal gozan de la máxima protección constitucional (art. 16 de la C.P.). Segundo, porque el pluralismo es un principio fundamental (artículo 1º de la C.P.), es decir, la diferencia y la diversidad gozan de especial protección constitucional mientras que las políticas, decisiones, acciones o prejuicios homogeneizantes son altamente sospechosos.

2.4. Se concluye, entonces, que se debe aplicar un juicio de razonabilidad estricto. La Corte ha señalado que aplicar un juicio de tal rigor comprende cuatro pasos metodológicos. El primero consiste precisamente en establecer si efectivamente el fin de la decisión o medida, que se acusa de discriminatoria, es legítimo e imperioso. El segundo es determinar si el medio elegido, en este caso, negar la petición de afiliación en razón a la orientación sexual, no es, en sí mismo, contrario a la Carta. El tercero analiza la relación entre el fin buscado y el medio empleado para apreciar si el medio es, no sólo adecuado, sino estrictamente necesario para alcanzar el fin, esto es, que no exista otro medio para lograrlo. Por último, el cuarto paso buscaría precisar si la decisión o la actuación, pese a aparentemente estar legitimada, es demasiado gravosa para el grupo afectado lo cual la haría desproporcionada. La Corte había precisado el tema en los siguientes términos, dentro de los cuales el segundo paso anteriormente mencionado está implícito:

“Ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto²⁸ es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de

diferenciación.”²⁹

3. Análisis del fin que persigue la medida: no es admisible interpretar la Ley 100 de 1993 para excluir a los homosexuales

Así pues, en primer lugar debe establecerse cuál es el fin buscado por Comfenalco E.P.S. al negar la solicitud de afiliación de César Augusto Medina Lopera, y analizar si se trata de un fin legítimo e imperioso a la luz de la Constitución. Aunque en los escritos presentados por la entidad demandada que reposan en el expediente no se menciona explícitamente cuál es el propósito, de ellos parece deducirse el siguiente: cumplir la normatividad vigente que regula la materia.³⁰ En efecto, aparte de decir que según las normas esa es la decisión que debían adoptar, no se alega ninguna otra finalidad.

Considera esta Corte que respetar el ordenamiento jurídico, velar por que la propia actuación se ajuste al derecho, es sin lugar a dudas un fin legítimo e imperioso. Sin embargo, cuando las actuaciones de los asociados se fundan en una lectura de las normas que puede reñir con la Constitución, la finalidad genérica de cumplir la ley se torna obviamente insuficiente. Es preciso analizar el objetivo concreto que se deriva de una cierta y particular aplicación de la ley. Es lo que ocurre en este caso. La interpretación asumida por la E.P.S. requiere de un análisis cuidadoso para determinar si es contraria no sólo a la Carta Política, sino también a la propia normatividad vigente en materia de salud, creada para desarrollar, precisamente, el derecho constitucional a la salud.

3.1. Como se anotó, Comfenalco E.P.S. sostiene que lo que busca es tan sólo hacer cumplir las leyes vigentes. Es preciso estudiar si no hay una política autónoma dentro de la E.P.S., sino una aplicación simple y llana de las normas que la obligan. La Corte procede a analizar el punto.

3.2. Basta con efectuar una lectura sistemática de las normas legales vigentes, para apreciar que en ningún caso supeditan la posibilidad de acceder a dicho régimen a un rasgo físico, a una característica de la personalidad o a un tipo de relación social. El criterio determinante, además de el de ser personas, es la capacidad de pago y las condiciones económicas de los posibles afiliados.

El análisis del régimen vigente parte de las normas relacionadas con el sistema de seguridad social (pensiones, salud y riesgos profesionales). El artículo 1º de la Ley 100 de 1993 define qué es el Sistema de Seguridad Social Integral. Es la primera de una serie de normas que desarrollan el principio de la universalidad enunciado en el artículo 48 de la Constitución y reiterado, de manera específica para el derecho a la salud, en el artículo 49 de la Carta. La norma incluye dentro de su objeto a las personas y a la comunidad, sin hacer distinción alguna con base en el sexo la orientación sexual, la raza, el origen familiar u otro criterio. Por eso, su finalidad es definida a partir del principio de la dignidad humana. El sistema de seguridad social, en sus diferentes componentes, tiene por objeto, según el artículo 1, “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana”.³¹

Este espíritu es desarrollado en la definición del principio de universalidad que el mismo legislador adoptó. Es una definición amplia escogida por el legislador en ejercicio de su

libertad de configuración del régimen legal.

“(Ley 100 de 1993) Artículo 2º. – Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

(...)

b. Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.”

La amplitud de la definición no sólo se manifiesta en que la protección es para todas las personas en todas las etapas de su vida. El principio de universalidad, en su definición legal, también comprende una prohibición expresa y radical puesto que señala que “ninguna” discriminación es admisible.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 señala los objetivos del Sistema de Seguridad Social en Salud. Lo hace sin establecer condicionamiento alguno diferente a los de orden económico. El criterio esencial es la existencia de “una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema”.³² No hay criterios referentes a relaciones privadas personales, ni a sexo u orientación sexual, ni a otro criterio atinente a los rasgos de una persona o a las decisiones que adoptó en ejercicio de su autonomía. Es más, se trata de un derecho de carácter irrenunciable.³³

Dentro de ese marco universalista e igualitario se deben interpretar, desde una perspectiva sistemática, las normas específicas del sistema de salud. El artículo 152 de la Ley 100 de 1993, el primero en definir el objeto del servicio de seguridad social en salud, también señala que el fin es el “acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. Se trata de una norma inspirada por los principios mencionados.³⁴ Luego, el artículo 153 enuncia las reglas rectoras de la seguridad social en salud, a saber, equidad, obligatoriedad y protección integral, las cuales se refieren a toda la población colombiana, sin introducir ninguna clase de distinción y mucho menos de discriminación.³⁵ Adicionalmente, la intervención del Estado en dicho servicio debe tener por objeto garantizar que se realice el principio de universalidad.³⁶

El principio de universalidad tiene tanta importancia en materia de salud que la ley creó un deber correlativo para que efectivamente todos los habitantes de Colombia accedan a los servicios de salud. Se trata de la obligación de estar afiliado al Sistema. De tal manera que cuando una persona responsable busca afiliarse a otra que depende de ella, o se quiere afiliarse como beneficiario en razón a su precaria capacidad económica o dependencia, no está ejerciendo sólo una opción sino cumpliendo una obligación. Dice el artículo pertinente:

“Artículo 156. Características Básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

(...)

b. Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se

financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales.”

El cumplimiento de esa obligación depende del nivel de ingresos de las personas, criterio que sirvió de base para la creación de los dos regímenes – el subsidiado y el contributivo -37 bajo los cuales debe estar amparada toda persona. No hay criterios adicionales que excluyan a unas personas o a un grupo de personas de alguno de esos regímenes en razón a su sexo u orientación sexual, a su vida privada, a su origen, a la opción de vida que hayan escogido, a su raza u otro criterio distinto al económico. Como ya se dijo, cuando existe capacidad de pago, el régimen al cual ha de afiliarse la persona es el contributivo.³⁸ Cuando no la hay, la ley lo protege por medio de un subsidio.³⁹ Los dineros que ingresan al sistema por vía del régimen contributivo ayudan a financiar el régimen subsidiado, al cual no pueden pertenecer sino las personas de “la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana”.

Dentro de este contexto normativo, se debe analizar el artículo 162 sobre cobertura familiar de la Ley 100 de 1993. Dicha norma no introduce criterios para restringir los alcances del principio de universalidad, sino para hacerlo efectivo dentro del ámbito familiar. Responde a las inquietudes propias de la vida familiar: ¿Qué sucede con los recién nacidos que obviamente no han sido registrados? ¿Se requiere estar casado para afiliarse al compañero o compañera permanente? ¿Está cubierto un hijo mayor de 18 años? ¿Qué pasa si ese hijo es de la compañera, no del compañero? ¿En qué condiciones es posible afiliarse a los padres? Estas y otras preguntas elementales están resueltas en el artículo 163 de la ley citada.⁴⁰ En ninguna de sus partes se dice que los homosexuales no pueden ser afiliados al régimen contributivo; de hecho no podría hacerlo sin contradecir el principio de universalidad y sin introducir un criterio de exclusión claramente sospechoso. La norma no hace referencia alguna a los tipos de regímenes. Su objeto es extender la cobertura del Plan Obligatorio de Salud utilizando, en lugar del canal empresarial que permite llegarle a los empleados, el canal de la unidad familiar que facilita abarcar a los hijos y dependientes. Su objeto no es excluir a ciertas personas de ciertos regímenes. De hecho, la propia entidad demandada, Comfenalco E.P.S., reconoce en sus comunicaciones que la inclinación sexual no es criterio relevante para la prestación de la seguridad social en salud.⁴¹

Una lectura cuidadosa del artículo interpretado y aplicado por la E.P.S. indica que el lenguaje empleado es neutro; por tanto, no excluye a las parejas de homosexuales. La norma dice que “serán beneficiarios del Sistema él (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años”, sin introducir salvedades o distinciones en razón a criterios diferentes al del tiempo de la unión.⁴² La norma es clara al advertir que esta amplitud es exclusivamente “para estos efectos”, es decir, para los efectos de extender la cobertura del POS. La norma limita su alcance al ámbito de la salud, y no dice nada respecto del régimen de la familia en el derecho civil ni de los tipos de unión. Por eso no emplea conceptos técnicos como matrimonio o unión marital de hecho. Habla tan solo de “unión” y fija una condición temporal, v.gr. que sea superior a dos años. Mal haría la Corte en introducir una distinción adicional donde el legislador no lo hace, generando como consecuencia la restricción del acceso a un derecho constitucional.

Al igual que las normas de la Ley 100 de 1993 que usan los conceptos de trabajadores o

empleadores no buscan redefinir dichas instituciones jurídicas, aquellas que se refieren a la familia tampoco tienen como propósito definir qué es familia, qué es compañero permanente o, en términos generales, complementar o modificar el derecho de familia. El uso de estas instituciones jurídicas en este contexto es simplemente instrumental: son medios elegidos por el legislador para ampliar la cobertura del Sistema de Salud, cumpliendo así con el principio constitucional de universalidad.

3.3. Podría pensarse que la Ley 54 de 1990, donde se regula la unión marital de hecho, sirve para interpretar el artículo 162 de la Ley 100 del 93. Para esta Corte es claro que no es así, por lo que reitera la posición adoptada por su Sala Novena de Revisión en la sentencia T-1426 de 2000. En la cual se acogió la doctrina sentada en la C-098 de 1996.

En efecto, la Ley 54 del 90 definió sólo la unión marital de hecho, no todas las uniones. Precisamente esa fue una de las razones por la que se consideró exequible la limitación de tal institución a las parejas heterosexuales. Dijo la Corte, en la C-098 de 1996:

“Las disposiciones acusadas, sin embargo, no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho constitucional a la libre opción sexual. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. (...)” 43

En dicho fallo, la Corte también señaló que la ley en cuestión era constitucional porque su propósito se reducía a resolver una serie de injusticias de un grupo específico, no a regular integralmente todas las parejas y uniones socialmente existentes. Dijo la Corte al respecto,

“(...) Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. La debilidad de la compañera permanente, anteriormente denominada en la legislación “concubina”, se encuentra en el origen de las disposiciones constitucionales y legales citadas y, en consecuencia, el contexto de desprotección identificado no era otro que el de las parejas heterosexuales. (...)” 44

“De conformidad con el artículo 158 de la Constitución Política toda ley debe referirse a una misma materia, de tal suerte que no por la utilización de vocablos que aparentan amplitud es dable afirmar que en una ley destinada a regular las uniones maritales de hecho y su régimen patrimonial, se encuentran disposiciones aplicables al Sistema de Seguridad Social, porque mientras los mentados “efectos civiles” deben necesariamente circunscribirse al contexto mismo de la ley que los invoca: las relaciones patrimoniales existentes entre el hombre y la mujer que mantienen unión permanente y singular, la Ley 100 de 1993 reglamenta el Sistema de Seguridad Social (...)”46

De tal manera que la norma especial sobre salud no riñe con la norma sobre unión marital de hecho. Expresamente, cada una delimitó el ámbito dentro del cual se ha de aplicar: la Ley 100 de 1993 en el de la salud y la Ley 54 de 1990 en el civil.

3.4. En conclusión, en ninguna norma constitucional se prohíbe que los homosexuales

accedan al derecho a la salud. Por el contrario, este derecho es garantizado expresamente a todas las personas. En ninguna norma de rango legal se restringe el acceso a la salud a los heterosexuales. Las disposiciones sobre la materia son neutrales en cuanto al sexo y la orientación sexual. Por el contrario, las normas legales hacen obligatoria la afiliación al sistema e irrenunciable el derecho a la salud y consagran una definición amplia del principio de universalidad que incluye una prohibición tajante a cualquier forma de discriminación.

3.5 Cabe preguntarse si la restricción constitucional en materia matrimonial⁴⁷ es una barrera para que la pareja de un homosexual acceda, no a la institución del matrimonio, sino a la salud en sus diversos regímenes. La norma constitucional sobre matrimonio es específica a esta institución, mientras que el acceso a la salud está garantizado en otra norma especial sobre el tema. Además, los principios fundamentales que informan la interpretación de toda la Carta tienen un alcance general respecto de todas las personas, sin distinciones basadas con el sexo o la orientación sexual, lo cual hace que la norma sobre matrimonio al contemplar el sexo de las personas sea una excepción en la Constitución que no puede ser interpretada extensivamente para restringir otros derechos constitucionales. Si lo que estuviera en cuestión fuera, por ejemplo, una norma sobre sucesión intestada, la norma constitucional sobre matrimonio sería relevante. Pero cuando la materia es ajena al matrimonio y sus efectos, y hay norma constitucional expresa que garantiza un derecho a todas las personas sin distinción por razones de sexo u orientación sexual, la norma sobre matrimonio no es relevante como criterio restrictivo del acceso a un derecho constitucional del cual deben poder gozar de manera efectiva todos los individuos por mandato expreso de los principios fundamentales constitucionales (art. 2, en concordancia con los artículos 1 y 5 de la C.P.).

Además, en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente se dejó en claro que la especificación del sexo de las personas era pertinente sólo con relación al matrimonio. Incluso se llegó a manifestar que si bien era razonable limitar en tal sentido la institución del matrimonio, era necesario que el legislador regulara las relaciones homosexuales.⁴⁸

El análisis anterior basta para rechazar la interpretación que hace Comfenalco EPS de la Ley 100 de 1993. Es claro que la medida que ésta adoptó de excluir a César Augusto Medina Lopera, por ser homosexual, del ámbito de protección del régimen contributivo establecido en la Ley 100 de 1993 persigue una finalidad contraria al texto de la propia ley y de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de Comfenalco E.P.S. no puede ser justificada con el argumento de que lo único que pretende es aplicar las normas vigentes.

Si bien ello es suficiente para apreciar que la medida no pasa la primera etapa del juicio de razonabilidad, la Corte considera necesario, por la importancia del tema, analizar el medio empleado por la E.P.S. para alcanzar la finalidad por ella buscada.

4. La orientación sexual es un criterio de diferenciación prohibido que no puede servir de base para restringir el principio de universalidad en el goce del derecho a la salud de quien convive de manera comprobadamente estable con una persona de su mismo sexo

4.1. El segundo paso metodológico del juicio de razonabilidad estricto consiste en establecer si el medio seleccionado es legítimo. En el caso que se estudia, Comfenalco E.P.S. optó por negar la afiliación, como beneficiario, al compañero con el que convive, durante más de dos

años, una persona vinculada al régimen contributivo, por el hecho de ser homosexual, esto es, por ser de su mismo sexo. La decisión en sí misma es ilegítima por tres razones: discrimina con base en la orientación sexual del peticionario; se funda en el sexo de los integrantes de la pareja a la cual pertenece el eventual beneficiario y el actual cotizante; y contradice el principio de universalidad en materia de acceso a los servicios de salud.

Excluir a los homosexuales, en razón a su orientación sexual, está expresamente prohibido por la Constitución. El artículo 13 de la Constitución proscribe la discriminación por razones sexuales, lo cual ha sido interpretado por esta Corte de manera extensiva para comprender la orientación sexual como ya se anotó.⁴⁹

En varias ocasiones la Corte ha considerado que son inconstitucionales normas o decisiones que discriminan a los homosexuales en diferentes ámbitos como la docencia, el acceso a la educación o el ingreso y permanencia en la policía. Sobre la orientación sexual como criterio discriminatorio se pueden ver las sentencias: T-097/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fallo en el que se decidió que la condición de homosexual no es una razón para expulsar a una persona de las fuerzas armadas, pues ello conllevaría un trato discriminatorio; T-101/98, M.P. Fabio Morón Díaz, caso en el que la Sala Octava de Revisión decidió que era discriminatorio el que un colegio le negara el reingreso a dos estudiantes, por el hecho de considerar que eran homosexuales; y C-481/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero, caso en el que la Corte, aplicando un juicio estricto de razonabilidad, decidió que era inconstitucional por discriminatoria, una norma que sancionaba a los docentes que fueran homosexuales.⁵⁰

Sentencias como la C-481/98, por ejemplo, evidencian que uno de los parámetros que permite resaltar el carácter discriminatorio de una medida, es que se encuentre dirigida contra la condición misma de la persona, esto es, cuando no se cuestiona ninguna acción en particular por afectar ésta el derecho de algún asociado, sino que se realiza un reproche contra lo que la persona en sí misma es.

Además, debe señalar la Corte que en el presente caso no está en juego exclusivamente la orientación sexual, pues la decisión de Comfenalco E.P.S. de negar la solicitud presentada por César Augusto Medina Lopera, de ser afiliado como beneficiario a su pareja comprobadamente estable⁵¹, se funda en el sexo ya que él es un hombre que convive con otro hombre. La Constitución prohíbe discriminar con base en el sexo de una persona, y eso es exactamente lo que sucede en este caso: al peticionario se le niega la posibilidad de afiliarse en razón a su sexo y el de su pareja.⁵²

Adicionalmente, la medida que se analiza margina a todo un sector de la población colombiana, en un ámbito en el cual el legislador y la administración están atados por criterios no excluyentes, expresamente establecidos en la Constitución. El artículo 49 de la Carta garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, para lo cual establece que la prestación del servicio deberá regirse por el principio de universalidad. Una medida que excluye a todo un sector de la población contraría dichos principios y, en este caso, impide el acceso al goce efectivo de un derecho constitucional como lo es el de la salud, lo cual es una tercera razón para apreciar la ilegitimidad de la decisión de Comfenalco E.P.S.

En efecto, como se anotó anteriormente, todo colombiano ha de estar amparado, o bien por

el régimen contributivo o bien por el régimen subsidiado.⁵³ Cuando César Augusto Medina solicita ser incluido como beneficiario de su pareja, es porque depende de ésta y no está amparado como cotizante. Por lo tanto si se le niega su solicitud, se le excluye por completo del régimen contributivo. Por su parte, el sistema subsidiado ha sido diseñado para personas que no tienen capacidad de pago, no para las que pueden contribuir directamente o a través de un tercero a financiar los servicios de la seguridad social en salud. Por lo tanto, el homosexual que conviva con una persona de quien depende económicamente, no entrará dentro de las poblaciones más desvalidas y será invisible para el censo del SISBEN, quedando así, también, por fuera del régimen subsidiado. Es claro que ser pobre o desventajado, categorías relevantes para establecer a quién se dará subsidio, son diferentes a ser dependiente económicamente, situación en la que se encuentra el demandante.

Temporalmente la ley previó un tercer régimen, el vinculado, para aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago no podían pertenecer al primero, y que por razones atinentes a las limitaciones institucionales en el proceso de extensión de la cobertura del régimen aún no eran cubiertos por el segundo. Sin embargo, la propia ley señala el año 2000 como el término en el cual todo colombiano ha de estar amparado por alguno de los dos primeros.⁵⁴ Es necesario hacer tal precisión porque si bien la Corte comprende que alcanzar un cubrimiento total en materia de salud es algo gradual, que depende de factores presupuestales, administrativos y operativos reales, también comprende que a partir del plazo fijado por la propia ley no se puede señalar que una persona que sólo está amparada por el régimen vinculado, tiene garantizado cabalmente su derecho a la salud. Según el Ministerio de Salud⁵⁵ esa es la “única alternativa” que le quedaría al señor Medina Lopera: recibir la precaria y mínima atención del régimen que, por orden legal, dejó de ser una alternativa a partir del año 2000.⁵⁶

Además, no se puede dejar de lado en este análisis que la cobertura de cada uno de los tres regímenes es distinto, lo que genera diferencias sustanciales en la protección de los derechos constitucionales involucrados. En el vinculado el servicio es mínimo, se reduce a las atenciones más básicas que pueda ofrecer la infraestructura pública de salud. Por esta razón es que la propia ley fijó un plazo para que todo colombiano estuviera en alguno de los otros dos. En el subsidiado el plan de servicios y prestaciones, así como de riesgos cubiertos, es menor al existente en el régimen contributivo; el propósito de la ley es que gradualmente ambos regímenes se equiparen. En el contributivo la cobertura, aunque no es la máxima deseable, es la mejor. Es la común a la cual pueden acceder quienes tengan capacidad de pago para aportar a la financiación del sistema. Por lo tanto, varios riesgos y servicios sólo son cubiertos o prestados dentro del régimen contributivo, por lo que impedir que una persona ingrese a dicho régimen se traduce en una disminución real y sustancial de la efectividad del derecho a la seguridad social en salud (artículo 2. C.P.).

4.2 Tampoco se puede sostener que el acceso progresivo a la salud del cual habla la Constitución permite excluir a un grupo de personas del régimen contributivo. Semejante interpretación es contraria al principio de universalidad. La progresividad debe ser compatible con éste. Ello sólo es posible si se entiende que el legislador puede avanzar gradualmente en el mejoramiento del servicio público de la salud pero no puede excluir a ningún tipo de persona o grupo de personas. La gradualidad sólo es compatible con dicho principio si es entendida en un sentido material - relativa a servicios prestados, riesgos

cubiertos y prestaciones garantizadas - no en un sentido subjetivo - relativo a grupos o clases de personas incluidas o desprotegidas -. Una interpretación contraria implicaría aceptar que algunas personas son de menor categoría y, por lo tanto, pueden ser marginadas del sistema de seguridad en salud. Se estigmatizaría a un grupo social y se crearía una subclase de ciudadanos: la de los excluidos del principio de universalidad por su orientación sexual.

4.3 Por último, debe señalar esta Corporación que aceptar la medida que dio pie a esta demanda conduciría a dividir en dos clases a los homosexuales sin razón suficiente que lo justifique, pues actualmente sí existen homosexuales que se encuentran afiliados al sistema contributivo en calidad de beneficiarios de su pareja comprobadamente estable. Tal es el caso, por ejemplo, del ciudadano a quien se le tutelaron sus derechos en la sentencia T-618 de 2000, de la Sala Sexta de Revisión de esta Corte.⁵⁷ Aceptar la decisión de Comfenalco E.P.S. que se estudia, es aceptar que algunos homosexuales sí tienen tal derecho y otros no.

Por lo tanto, concluye la Corte que el medio empleado por la E.P.S. demandada no sólo es ilegítimo por basarse en criterios de diferenciación expresamente prohibidos, sino por excluir a un grupo de personas del goce efectivo del derecho constitucional a la salud regido por el principio de universalidad.

El texto constitucional del artículo 13 consagra un derecho tanto de igualdad de trato como de igualdad de protección. La decisión adoptada por Comfenalco en este caso desconoce ambas facetas del derecho: su actuar conlleva un trato diferente e injustificable, a la vez que éste tiene como consecuencia generar una desprotección en materia de salud para los homosexuales.

5. La sola afiliación no representa un costo que justifique perjudicar las parejas homosexuales

5.1 El análisis anterior sería suficiente para demostrar que se ha violado en este caso el derecho a la igualdad. Por eso, no se entra a analizar si la medida es adecuada y necesaria. Sin embargo, como se podría alegar que una de las finalidades plausibles de la medida es ahorrarle costos a la E.P.S., se abordará la etapa final del juicio de razonabilidad en la cual se ponderan los costos y los beneficios de excluir a los homosexuales para apreciar si la exclusión tiene un impacto demasiado gravoso.

Aparentemente, podría pensarse que extender el número de beneficiarios significa un mayor costo para una empresa promotora de salud como Comfenalco E.P.S., por cuanto se incluyen personas que no se encontraban presupuestadas. Para la Corte claramente esto no es así.

Desde la perspectiva del sistema, incluir como beneficiarios a los homosexuales que son pareja comprobadamente estable de una persona cotizante, no implica un cambio en las reglas del juego. En efecto, el sistema está diseñado sobre el supuesto de que en promedio, toda persona que cotiza incluirá como beneficiario por lo menos a dos personas.⁵⁸ Por lo tanto, cuando todo colombiano que cotiza aportes en salud solicita que se incluya a su pareja, en modo alguno se trata de un comportamiento no previsto.

Ahora bien, desde la perspectiva de las empresas promotoras de salud es más claro aún que de la afiliación no se deriva costo adicional alguno. Las empresas reciben por cada afiliado, cotizante o beneficiario, una suma de dinero fija denominada unidad por capitación (UPC). Dicha suma no cambia en razón de los rasgos de la persona ni de su orientación sexual ni mucho menos de la cantidad de dinero que contribuya al sistema por el monto de su aporte. Por este motivo entre más personas afiliadas tengan una E.P.S., como cotizantes o beneficiarios, más ingresos recibirá.

5.2 Alguien podría objetar que si bien es cierto que Comfenalco EPS recibirá el mismo dinero por cualquier adulto - sea hombre o mujer y sin importar cuál sea su orientación sexual -, los riesgos que tiene que cubrir son mayores cuando el afiliado es homosexual, por tratarse de un grupo más propenso, por ejemplo, a contraer enfermedades como el SIDA. Semejante argumento es inadmisibles. Primero porque no es más que la expresión técnica de un prejuicio social. Tan peligroso para la protección de los derechos resulta tal argumento, que si fuera tomado en serio impediría que los homosexuales, independientes o empleados, cotizaran al régimen contributivo, y que aquellos sin capacidad de pago fueran beneficiarios del régimen subsidiado.⁵⁹ Es un prejuicio que conduce directa e ineludiblemente a la creación de una casta, no sólo de intocables sino de impropetables, por ser considerados una carga insoportable para el sistema. La segunda razón para no admitir el argumento, es que esta Corte ha reiterado que el mayor o menor riesgo en que se encuentre un grupo poblacional no es un criterio válido para incluirlo o excluirlo del acceso a la seguridad social en salud. Por eso la Corte ha ordenado expresamente, sin reparar en el sexo ni en la orientación sexual de la persona, que los portadores de VIH o los enfermos de SIDA reciban, efectivamente, atención médica.⁶⁰

5.3 En resumen, no existe un costo adicional para una E.P.S., como la demandada, por el solo efecto de incluir, como beneficiario, a la pareja homosexual de quien es cotizante.

Finalmente, exigir un trato igual para los homosexuales en el campo de la salud y ordenar que no se establezcan barreras arbitrarias que les impidan tener los mismos derechos que las demás personas, no tiene consecuencia negativa alguna, ni mucho menos desproporcionada sobre otros derechos, principios o valores constitucionales.

III. DECISIÓN

En conclusión, cuando se niega la solicitud de incluir a una persona homosexual como beneficiaria dentro del régimen contributivo al cual cotiza la persona de la cual es económicamente dependiente, y con la cual conforma una pareja comprobadamente estable para efectos de la Ley 100 de 1993, en razón, precisamente, a su condición de homosexual, se incurre en una discriminación violatoria del derecho de igualdad. Adicionalmente, como sucede en este caso, si se trata de una persona que carece de ingresos para cotizar por sí misma y que tampoco hace parte de uno de los grupos sociales que tienen derecho a participar del régimen subsidiado, como consecuencia directa de dicha discriminación se le desconoce su derecho a la seguridad social en salud regido por el principio de universalidad.”

Hasta aquí la ponencia originalmente presentada por el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

Comentarios finales

Por último queremos resaltar dos apartes de la sentencia SU-623 de 2001 en los cuales encontramos una esperanza para los derechos de los homosexuales. En una parte se afirma que,

“(…) por ejemplo, constituye una clara vulneración del derecho a la igualdad, la negativa de una entidad de afiliarse a una persona en razón de su orientación sexual.”

Y posteriormente se sostiene que,

“(…) la tutela del derecho a la seguridad social en salud, en conexidad con derechos fundamentales, es procedente cuando el juez constitucional pueda constatar, entre otras, una omisión legislativa en el deber de proteger a la población menos favorecida.”

Si la Sala Plena de la Corte en el futuro hace énfasis en estas afirmaciones, estamos seguros de que su lectura será más acorde con el espíritu de la Carta Política del 91, que a nuestro parecer, más que tolerante, protege la diferencia.

Reconocer la diferencia es, por lo menos, tolerar a los diferentes sin imponerles cargas o marginarlos del amparo jurídico. En la Carta de 1991 reconocer la diferencia implica ir más allá de la tolerancia: comprende proteger a los que son distintos, garantizarles sus derechos, tratarlos con igual dignidad y consideración.

Reconocer la diferencia no es constatar que los homosexuales son distintos para excluirlos del sistema de salud cuando formen una pareja.

Fecha ut supra,

JAIME ARAUJO RENTERIA Magistrado

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

1 La norma original en realidad dice: “(…) comprenderá él (o la) cónyuge (…)”

2 Hasta aquí se adopta el proyecto original presentado por el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa

3 Según el artículo segundo de la Ley 100 de 1993, el principio de universalidad es “la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las

etapas de la vida”.

4 Corte Constitucional, sentencia C-575/92 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

5 Entre otros fallos, se han remitido a la definición contenida en la sentencia C-575/92 del principio de universalidad en sus consideraciones, las sentencias T-067/94 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); C-134/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); y C-542/98 (M.P. Hernando Herrera Vergara). Y se ha remitido a la definición consignada en la sentencia C-112/98 la C-599/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

6 El accionante no trabaja y no tiene dinero para aportar como independiente, luego no puede ingresar como afiliado al régimen contributivo del sistema de salud. Tampoco puede ingresar a dicho régimen en la otra categoría posible, como beneficiario, pues no fue aceptada su solicitud para ser inscrito como tal, en nombre de la persona que depende económicamente, John Jairo Castaño su pareja. Ahora bien, tampoco puede estar en el régimen subsidiado del Sistema pues él no se encuentra contemplado por ninguna de las categorías que definen quien tiene derecho a estar inscrito en dicho régimen, ni siquiera como pobre, pues él depende económicamente lo cual es muy diferente. Este punto es desarrollado en la segunda parte del salvamento.

7 Ver artículo segundo de la Ley 100/93 citado en la cuarta nota al pie.

8 No son pocas las veces en que la sentencia recuerda la necesidad de respetar el ámbito de configuración del legislador y su papel protagónico a la hora de establecer las prestaciones a que cada ciudadano tiene derecho.

9 Ha dicho la Corte recientemente, “En efecto, la seguridad social en pensiones, en cuanto es un servicio público, está sujeta como todos los demás a que el Estado regule lo atinente a su prestación. ¿Sin embargo, se desprende de ello que el derecho a la seguridad social sea de rango legal, y por lo tanto no susceptible de protección a través de la acción de tutela?

En primer lugar, es necesario reiterar que la necesidad de regulación legal de un servicio público no implica que su prestación no sea un verdadero derecho fundamental, susceptible de protección mediante la acción de tutela. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94 de la Carta, la falta de enunciación constitucional expresa de determinados derechos tampoco significa un desconocimiento de aquellos que, en los términos de dicho artículo “siendo inherentes a la persona humana”, sean fundamentales.” (Corte Constitucional, sentencia T-1752; M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

10 Sentencia T-723/00; M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En este caso la Sala ordenó a un alcalde que desconociera la reglamentación de cómo debe expandirse la cobertura, pues en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial se le ordenaba que carnetizará dentro del SISBEN a una persona que había sido herida de gravedad.

11 En varios casos la Corte ha derivado de la Constitución misma el derecho a que se practiquen cirugías o se suministren ciertos medicamentos, a pesar de no estar contemplados dentro del Plan Obligatorio de salud (POS). Por ejemplo: prótesis de las extremidades inferiores (T-941/00), atención integral de sida (T171/99 y T-1166/00), pañales

a personas de la tercera edad (T-099/99), atender una inflamación crónica en la vejiga (T-975/99), suministro de viagra a personas con disfunciones sexuales (T-926/99) o incluso una droga para la depresión (T-409/00). Seguramente lo seguirá haciendo, siempre y cuando los tutelantes no sean parejas homosexuales.

12 La jurisprudencia sobre igualdad es citada en la segunda parte de este salvamento.

13 Dice la sentencia SU-623/01: “En materia de seguridad social, la multiplicidad de los criterios de valoración que puede tomar en cuenta el legislador llevan a que el análisis del juez constitucional deba ser de menor rigor, puesto que, como se mencionó anteriormente, existen consideraciones de orden económico, presupuestal y demográfico que implican también la necesidad de aumentar el cubrimiento de manera responsable, de tal forma que se asegure la continuidad en el servicio.

15 Sentencia T-618/00; M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Sentencia T-999/00; M.P. Fabio Morón Díaz.

17 Sentencia T-1426/00; M.P. Alvaro Tafur Galvis.

18 En la sentencia T-563/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se señala que la “Corte ha venido aplicando un test de igualdad a partir del cual determina la existencia o no de discriminación. Según este examen, el análisis de igualdad comprende un aspecto fáctico en el que se estudia la similitud de los hechos, un elemento teleológico en el que se revisa el fin aducido por la norma y, por último, un estudio de razonabilidad en el cual se evalúa la relación entre el fin buscado y el medio utilizado.” En esta sentencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte consideró que cobrar a un desempleado una pequeña suma de dinero (2.000 pesos), por un formulario para participar en el concurso para optar a un cargo en una entidad pública, era una medida razonable para alcanzar un fin legítimo, por lo que no implicaba una violación al derecho de igualdad. Cabe señalar que el primer caso en el que se hace mención al juicio de razonabilidad, para analizar el derecho a la igualdad, es en la sentencia T-422/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En ella se consideró que se vulneraba el derecho a la igualdad de una persona que había obtenido el primer puesto en un concurso de méritos, al no ser nombrado en el cargo.

19 El juez de instancia afirmó en la sentencia del proceso de la referencia: “(...) el Juzgado no observa violación por parte alguna de los derechos que señala se le estén violando dicha Entidad (sic) pues el procedimiento señalado por ella se encuentra dentro de los delineamientos legales.” (folio 29 del expediente). Considera la Corte que no es adecuado llegar a tal conclusión sin incluir dentro de la parte motiva del fallo un análisis adecuado del derecho de igualdad.

20 Con relación al grado de rigor del juicio de razonabilidad ha sostenido este Tribunal que “Frente a las diferenciaciones basadas en categorías históricamente ligadas a prácticas discriminatorias, o donde la Carta consagra cláusulas específicas de igualdad, o que afectan negativamente a minorías, o que restringen derechos fundamentales, se considera que los jueces constitucionales deben aplicar un juicio de igualdad estricto.

21 Sentencia C-098/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia, donde se reitera que la homosexualidad es un criterio de diferenciación prohibido, se decidió que una norma que protegía sólo a las mujeres en unión libre heterosexual no era discriminatoria por el hecho de no ocuparse de las uniones homosexuales, pues es razonable que se atiendan legislativamente los problemas de cada grupo desventajado de forma independiente. Recientemente en la sentencia C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se dijo que entre los criterios sospechosos, los cuales no son señalados taxativamente por el artículo 13 de la Carta Política, se encuentra la homosexualidad.

22 Aprobado mediante la Ley 74 de diciembre 26 de 1968.

23 Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

24 Al respecto se ha dicho: “Por ello la Corte ha señalado que existen ámbitos en donde el análisis de la igualdad debe ser más intenso, entre los cuales conviene destacar aquellos casos en que las clasificaciones efectuadas por el Legislador o por otras autoridades se fundan en criterios potencialmente discriminatorios, como la raza, el sexo o el origen familiar, o restringen derechos fundamentales a ciertos grupos de la población, o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta.” (Subraya fuera del texto) Sentencia C-481/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

25 Sentencia C-481/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

26 Sentencia C-481/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también la sentencia T-097 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

27 Algunos científicos han concluido a partir de los avances genéticos del Proyecto Genoma - y la Corte en el fallo citado parece valorarlo- que hay propensión genética hacia la homosexualidad en algunas personas. Janet Halley. *Sexual Orientation and the Politics of Biology* en 465 *Stanford Law Review*, 1994, p.p. 507-562. Tomado de William Rubinstein. *Sexual Orientation and the Law*. West Pu. St Paul, Minn, 1997, p.675 y ss.

28 Ver, sobre el escrutinio estricto en materia de igualdad, Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995. Fundamento Jurídico No 17. Igualmente, sobre el análisis estricto de proporcionalidad, sentencia C-309 de 1997. Fundamentos Jurídicos No 15 y ss. Para una presentación del control judicial estricto a nivel internacional, ver, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre muchos otros, los Casos Handyside del 7 de diciembre de 1976, *Sunday Times* del 26 de abril de 1979, *Dudgeon* del 22 de octubre de 1981 y *Lingens* del 8 de julio de 1986. En todos ellos, el tribunal sostiene que para limitar ciertos derechos, como la intimidad o la libertad de expresión, no basta que la medida esté prevista en la ley y sea útil, razonable o conveniente, sino que debe ser necesaria en una sociedad democrática, lo cual implica que ella debe satisfacer una necesidad social imperiosa y ser proporcionada al objetivo que se persigue. En el ámbito americano, ver Corte Interamericana. Opinión Consultiva OC-5/85 sobre “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, Párrafo 46, que retoma los criterios del Tribunal Europeo y concluye que una restricción a la libertad de expresión es legítima sólo si está orientada a satisfacer un interés público imperativo y es proporcionada

al interés que la justifica y se ajusta estrechamente al logro de ese objetivo. En el derecho constitucional comparado, ver, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos *Korematsu v. United States* de 1944; *Brown* de 1954. Para una discusión teórica del tema, ver Laurence Tribe. *American constitutional Law*. Loc-cit, pp 789 y ss, 1451 y ss.

29 Sentencia C-481/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

30 Existen dos documentos en dicho sentido: una carta dirigida a John Jairo Castaño Suescún el primero de febrero de 2000 (folios 3 a 4) y un escrito dirigido al Juez Noveno Civil Municipal de Medellín en junio 16 de 2000 (folios 10 a 12), mediante el cual se participó en el proceso de tutela de la referencia.

31 Ley 100 de 1993, “Artículo 1º- Sistema de Seguridad Social Integral. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.”

32 Ley 100 de 1993. “Artículo 6.- Objetivos. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.
2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley.
3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan 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.

El Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley”. (Subrayado agregado al texto).

33 Ley 100 de 1993, “Artículo 3.- Del Derecho a la Seguridad Social. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley.”

34 Ley 100 de 1993, "Artículo 152.-Objeto. La presente ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no cobijados en la presente ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la Ley 10 de 1990 y la Ley 60 de 1993. Las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes en la materia, especialmente la Ley 9 de 1979 y la Ley 60 de 1993, excepto la regulación de medicamentos que se regirá por lo dispuesto en la presente ley."

35 Ley 100 de 1993, Artículo 153.- Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

1. EQUIDAD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

2. OBLIGATORIEDAD. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.

3. PROTECCIÓN INTEGRAL. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud. (Bastardilla y subrayado agregado al texto).

36 Ley 100 de 1993, "Artículo 154.- Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

a. Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta ley.

b. Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia.

c. Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud.

d. Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país (Subrayado agregado al texto).

(...)"

37 Ley 100 de 1993, artículo 157. Como ya se señaló antes, existe un tercer régimen, el vinculado, que permanecerá pero con un criterio residual. El estar sólo en el régimen vinculado no cumple el principio de universalidad.

38 Ley 100 de 1993, "Artículo 202.-Definición. El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador."

39 Ley 100 de 1993, "Artículo 212.- Creación de Regímenes. El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley."

Ley 100 de 1993, "Artículo 213.- Beneficiarios del Régimen. Será beneficiaria del régimen subsidiado toda la población pobre y vulnerable, en los términos del artículo 157 de la presente ley.

El Gobierno Nacional, previa recomendación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá los criterios generales que deben ser aplicados por las entidades territoriales para definir los beneficiarios del Sistema, según las normas del régimen subsidiado. En todo caso, el carácter del subsidio, que podrá ser una proporción variable de la Unidad de Pago por Capitación, se establecerá según la capacidad económica de las personas, medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda.

Las personas que cumplan con los criterios establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud como posibles beneficiarios del régimen de subsidios se inscribirán ante la Dirección de Salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional, bajo los lineamientos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, establecerá un régimen de focalización de los subsidios entre la población más pobre y vulnerable del país, en el cual se establezcan los criterios de cofinanciación del subsidio por parte de las entidades territoriales.

El Gobierno Nacional reglamentará la proporción del subsidio de que trata el inciso anterior

para aquellos casos particulares en los cuales los artistas y deportistas merezcan un reconocimiento especial.”

40 Ley 100 de 1993, “Artículo 162.- La Cobertura Familiar. El Plan Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema él (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

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

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

41 En comunicación remitida por la E.P.S. a John Jairo Castaño Suescún el primero de febrero de 2000 se afirma: “Mucho menos entonces, podría afirmarse que esta la E.P.S. Programa COMFENALCO, le esté violando el derecho a la salud al señor MEDINA LOPERA, esto como usted mismo lo afirma, independientemente de la inclinación sexual que se tenga, la cual no es determinante para la prestación de servicios en salud dentro de nuestro Sistema de Seguridad Social.” (folio 4 del expediente).

42 Es perfectamente posible leer en la norma que “el compañero ... permanente del afiliado” es beneficiario del POS.

43 C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

44 C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sostenido nuevamente en la sentencia T-1426 de 2000; MP: Alvaro Tafur Galvis

46 T-1426 de 2000; MP: Alvaro Tafur Galvis. Cabe señalar que en este caso se negó la tutela presentada por un hombre, el cotizante, con el fin de que su compañero, a quien considera parte de su familia, fuera afiliado como beneficiario. La razón fundamental para interpretar el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 como una norma aplicable exclusivamente a parejas heterosexuales fue la remisión a un decreto reglamentario del sistema de pensiones. En particular se citó un artículo del Decreto reglamentario 1889 de 1994 según el cual “para efectos de la pensión de sobrevivientes ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos años”. (Artículo 10). No obstante, es importante advertir que el artículo 1º de dicho decreto define el “campo de aplicación” del decreto a afiliados del régimen de pensiones y “en lo pertinente a los afiliados al Sistema

General de Riesgos Profesionales”. Dicho decreto no es aplicable en el ámbito de la salud.

47 La Constitución Política, en su artículo 42, señala que la familia, entre otras, se constituye “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”.

48 En el debate del 15 de mayo de 1991 adelantado por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, el delegatario Jaime Benítez, ponente del tema, sostuvo: “Cuando empezamos a estudiar en la subcomisión el tema, encontramos que en la propuesta del gobierno, artículo 30 del gobierno gubernamental, dice: (inciso primero) ‘todas las personas tienen el derecho a conformar y desarrollar libremente una familia’. Para mí era clara la intención de continuar con la legislación inglesa, que es la única del mundo hoy en donde se reconoce el matrimonio homosexual. Pero fuimos a buscar otros proyectos, y casi todos los que están en estudio en la constituyente dicen: ‘cualquier persona’, ‘toda persona’, todas dicen lo mismo más o menos, hasta que encontramos el proyecto de la iglesia católica y el proyecto de la iglesia episcopal de Colombia. En el inciso segundo dice: ‘toda persona tiene derecho a contraer libremente matrimonio’. Exactamente la misma confusión puede presentar el proyecto gubernamental y todos los proyectos, yo no creo que haya sido la intención del gobierno ni de la conferencia episcopal, ni de ninguno de los constituyentes que presentaron sus proyectos la de llegar al matrimonio homosexual, sin embargo lo estudiamos y vimos por qué tanta coincidencia en esta terminología.

Yo expliqué en la subcomisión por qué en mi concepto sí era necesario reglamentar muchos de los derechos de unión y económicos entre homosexuales. Porque hoy (los) homosexuales, hombres y mujeres, conviven 10, 15, 20 años, se separan, y eso ha causado muchos hechos económicos que no están reglamentados, y yo creo que deben ser motivo de alguna reglamentación, porque conocí en el cargo que desempeñé muchísimos casos de estos.

De otra parte se ha dado mucho el caso en Colombia, no es ni uno ni cien, sino muchos más casos de adopción por parte de homosexuales; hombre homosexual que adopta un niño, mujer homosexual que adopta un niño o niña, con la sana intención de criar un hijo, entre quienes se forman unos hechos afectivos, y unos hechos económicos que tampoco están suficientemente reglamentados, para ese caso específico.”

49 Sentencia C-481/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

50 Existen una serie de casos en los que la Corte no ha encontrado violaciones al derecho a la igualdad porque las medidas no se fundaron en la homosexualidad de los accionantes. T-539/94, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa (en este caso la Sala Novena de Revisión, luego de resaltar la protección constitucional a los homosexuales, decidió que no violaba el derecho a la igualdad la decisión de dejar de emitir un comercial de televisión para la prevención contra el sida, en el cual aparecían dos hombres besándose apasionadamente, pues la decisión no se fundó en la homosexualidad sino el alto contenido erótico del mensaje); T-037/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo (en este fallo se decidió que no era inconstitucional una sanción impuesta a un miembro de la policía, porque la sanción no se basó en su condición de homosexual, sino en el hecho de haber incurrido en actos de carácter sexual que implicaban indisciplina); T-290/95 (en este fallo se negó la solicitud a una persona de conservar la custodia de un menor, pues se consideró que la decisión del I.C.B.F. no se fundó en su condición de homosexual, como él lo señaló); y C-507/99 (en esta sentencia se decidió

que es constitucional la norma que prohíbe ejecutar actos de homosexualidad en las fuerzas armadas, en tanto se entienda que la norma incluye también actos heterosexuales).

51 En el expediente reposa una copia de la declaración notarial juramentada, avalada por dos testigos, donde se reconoce la convivencia permanente del demandante, César Augusto Medina Lopera, con su pareja, John Jairo Castaño Suescún desde noviembre de 1994 (folio 1).

52 Esto ocurre por la naturaleza del problema ya que comprende a dos personas. El caso célebre en el derecho comparado donde se presentó algo semejante tiene que ver con la discriminación racial. En los Estados Unidos se invalidó la prohibición de matrimonios interraciales: (un hombre de color blanco no podía casarse con una mujer de color negro y viceversa, en razón a la raza de su pareja). La Corte Suprema de Justicia sostuvo que ello era una discriminación racial así la prohibición se aplicará por igual a blancos y negros; ver *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967). La Corte Suprema de Hawaii aplicó el mismo enfoque a la prohibición de parejas homosexuales en *Baehr v. Lewin*, 852 p. 2d 44 (Haw.1993).

53 Según la Ley 100 de 1993, artículo 157, pertenecen al régimen contributivo las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Están amparados por este régimen también los beneficiarios y los afiliados adicionales. El segundo régimen, el subsidiado, ampara a las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana.

54 Ley 100 de 1993. Artículo 157, letra B, inciso segundo: “A partir del año 2.000, todo Colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162.”

55 Ver antecedente número 3.2.

56 Es preciso señalar que el régimen vinculado en sí no tiene límite temporal. Siempre existirá como un subsidio de oferta de carácter residual. La “temporalidad” se refiere a que antes del año 2000 una persona podía estar en alguno de los tres regímenes y se entendía garantizado su derecho a la salud. Después de esa fecha, todos deberían estar afiliados al contributivo o al subsidiado, tal cual y como está consignado en el inciso segundo, letra B, del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 (citado en la nota al pie 38).

57 Ver considerando (1.2.), en donde se hace referencia a este fallo.

58 El promedio para el año 2000 fue de 2,45, según lo reporta el FOSYGA. Es claro para la Corte que esta cifra es un promedio, es decir, no se está afirmando que toda persona tiene en efecto 2,45 beneficiarios. Sin embargo también es claro que las parejas homosexuales no representan un gran porcentaje de la población colombiana, y además no suelen ser uniones que impliquen grupos numerosos, pues usualmente carecen de hijos. Además, los cálculos para financiar el sistema tienen en cuenta este promedio.

59 Precisamente en el caso ya citado de la sentencia T-618 de 2000, a la persona que inicialmente había sido afiliada como beneficiario de su pareja comprobadamente estable, la entidad demandada le anula su afiliación mientras ella se encuentra en tratamiento médico, por padecer de SIDA en fase avanzada.

60 Entre otras, pueden verse las sentencias T-505/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (en este fallo la Corte decidió que una persona que padecía SIDA y carecía de todo recurso económico, tenía derecho a ser atendido, gratuitamente, por un hospital público) y T-271/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero (en este fallo la Corte decidió ordenarle a una E.P.S. que suministrara los medicamentos recetados por un médico, para el tratamiento de uno de sus afiliados que padecía SIDA, así éstos no se encontraran en el manual de medicamentos obligatorios).