

Sentencia T-618/00

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

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SALUD-Alcance

El primer encargado de su salud es la propia persona y si es mayor de edad con mayor razón. Sin embargo, el Estado, la familia y la sociedad solidariamente deben contribuir a un eficiente cubrimiento universal en salud. En materia de salud la solidaridad tiene como una de sus manifestaciones el cubrimiento de quienes la ley considera como beneficiarios del servicio. La solidaridad también aparece dentro de los deberes constitucionales.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Mora en el pago de aportes por empleador

ACTO PROPIO-Respeto/ACTO PROPIO-Condiciones para su aplicación/ACTO PROPIO-Respeto por los operadores jurídicos

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA-Protección/UNION MARITAL DE HECHO-Protección

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Alcance

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Alcance

DERECHO A LA LIBRE OPCION SEXUAL-Alcance

DEBIDO PROCESO-Vulneración por expulsión del Seguro Social a beneficiario homosexual sin juicio previo/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Continuidad en el servicio

Se ha dicho que en el POS puede estar no solamente el cotizante sino los beneficiarios. Se discute si el compañero permanente de una persona del mismo sexo puede ser beneficiario. El ISS inicialmente aceptó a NN como beneficiario de AA. No podía el ISS, sin previamente instaurar una acción de lesividad, violar el respeto al acto propio. Como abusivamente lo

hizo, violó el debido proceso y por ende el principio constitucional de la continuidad, propio de la seguridad social en salud. Como el derecho de AA a vincular como su beneficiario a NN obtuvo inicialmente respuesta positiva y luego hubo expulsión del sistema sin juicio previo, también se le violó a AA el debido proceso.

Acción de tutela instaurada por NN contra el ISS

Procedencia: Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo del dos mil (2.000).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá el 2 de noviembre de 1999 y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 10 de diciembre de 1999 en la tutela instaurada por NN y AA, mediante poder otorgado a un profesional del derecho.

Se ha pedido la reserva de identidad de los solicitantes, la Corte lo ordena en el presente fallo porque razonablemente se ajusta esta petición al derecho constitucional a la intimidad y así lo ha determinado la Corporación en casos semejantes.

ANTECEDENTES

1. NN y AA son homosexuales, forman pareja desde hace 5 años, conviven bajo el mismo

techo y afirman que lo hacen como cualquier otra pareja, que se aman y construyen familia y una comunidad de vida singular y permanente.

2. Ambos han sido diagnosticados como personas portadoras del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) agente causal del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

3. NN como su pareja AA toman los medicamentos denominados antiretrovirales. Se afirma que no se puede dejar de consumir los medicamentos.

4. AA se encuentra afiliado a I. S. S. hace aproximadamente 12 años y NN también había estado afiliado al I. S. S. en varias oportunidades con interrupciones.

5. Debido al deterioro de salud de AA (estar en fase de SIDA avanzada), fue pensionado por invalidez desde hace 2 años por cuenta del I. S. S.

6. NN trabajó en varias empresas hasta febrero de 1999. Debido a la situación del país, el último empleador (cuya actividad principal es la construcción) no renovó el contrato de trabajo a NN

7. NN estaba siendo atendido por el programa de VIH/SIDA del I. S. S. mientras fue trabajador dependiente.

8. Luego de terminar el contrato de trabajo, conforme lo dispone la ley 100, NN tenía una cobertura de unas semanas mas.

9. Terminada la cobertura, AA presentó al I. S. S. un derecho de petición (abril 5 de 1999) solicitando que en su calidad pensionado se incluyera a su compañero NN como beneficiario por ser pareja (como cualquier pareja homosexual que vive en unión libre) y así poder continuar tomando los medicamentos y garantizar su seguridad social en salud.

10. A la documentación allegaron los documentos exigidos por el I. S. S.

11. El I. S. S. contestó mediante oficio 99001957 así:

“... le informó que de acuerdo al Artículo 34 del Decreto 806 del 30 de abril de 1998, comdidamente le informó que se realizó la afiliación del señor NN identificado con Cédula de Ciudadanía N° en calidad de BENEFICIARIO.

De lo anterior le envió copia del formulario y los respectivos carnets provisionales por el Sistema General de Salud.”

1. Con base en esa respuesta el beneficiario, señor NN, pudo continuar con su tratamiento antiretroviral y las consultas médicas que requería.

2. Con la respuesta, también anexaron el carnet provisional en el cual aparece como cotizante AA y como beneficiario NN.

3. A finales de julio del año en curso la pareja fue al I. S. S. a renovar los carnets. Allí les entregaron una carta fechada meses atrás (27 de abril de 1999, enviada a una dirección incorrecta) en la cual les hacen saber: “... de acuerdo al Concepto emitido por la DIRECCION JURIDICA NACIONAL N° 00163 de noviembre 20 de 1998, queda anulada la afiliación del señor NN...” (Se trata de un concepto general).

4. El accionante beneficiario a quien le revocaron el beneficio afirma que NO PUEDE SUSPENDER SU TRATAMIENTO ANTIRETROVIRAL y además requiere por su condición de salud controles periódicos y atención integral conforme ordena el decreto 1543 de 1997 reglamentario de Vih/Sida.

PRUEBAS

1. Poder

1. Derecho de petición de AA (pensionado del ISS) pidiendo que se tenga como beneficiario a su pareja NN. Esta petición tiene fecha 30 de marzo de 1999 y se le anexó la siguiente documentación: acta de declaración extraproceso (declaran que son pareja desde hace cinco años), comprobante de pago, fotocopia del carnet de pensionado, fotocopia de las dos cédulas de ciudadanía y el formato que el ISS da para ingreso del beneficiario.

1. Comunicación del Jefe de Departamento Nacional de Afiliación y Registro del ISS, de 15 de abril de 1999 diciéndole a AA “que se realizó la afiliación de NN, identificado con la C.C...., en calidad de beneficiario”.

2. Fotocopia del carnet provisional para NN como beneficiario de AA. Se indica que la fecha de afiliación es 14 de abril de 1999.

3. Formato de afiliación al ISS

4. Certificación del 8 de julio de 1999, expedida por el médico tratante del ISS en donde se indica que NN tiene infección VIH asintomático y que se encuentra en controles con tratamiento AZT-DDC-SQV y que el último control se efectuó el 21 de junio de 1999.

5. Comunicación a AA diciéndole que por concepto de la Dirección jurídica nacional N° 00163 de 20 de noviembre de 1998 queda anulada la afiliación de NN.

6. Concepto de 20 de noviembre de 1998 de la Directora Jurídica Nacional del ISS diciendo que no puede ser beneficiario el compañero o compañera del mismo sexo porque los artículos 42 y 43 de la C.P. se refieren a la familia integrada por hombre y mujer, el Código Civil y la ley 54 de 1990 (uniones maritales de hecho) también se refieren a esa familia y los artículos 47 y 163 de la ley 100 de 1993 en la referencia a los beneficiarios se entiende que es hombre-mujer. Concluye diciendo que “la unión marital de hecho entre dos personas del mismo sexo, no puede ser ubicada dentro de situaciones generadoras de derechos”.

7. Constancia del ISS, del 28 de octubre de 1999, según la cual AA está vinculado al ISS y relación de cotizaciones.

8. Constancia del ISS del 28 de octubre de 1999, en el sentido de que NN “figura con vinculación registrada el día 26 de octubre de 1995...bajo el empleador: Constructor Arista Ltda”.

9. Cotizaciones de NN al ISS en 1995, 1996,1997 y 1998 y enero y febrero de 1999 (empleadores: Inversiones 170 Ltda., Jalca Condado de Iberia, Constructora Arista Ltda.).

10. Comunicación de 28 de octubre de 1999 del Jefe de afiliación y registro nacional del ISS al Juez de tutela en donde textualmente se expresa: “El señor NN, con c.c....., figura vinculado con fecha 14 de abril de 1999, a los sistemas de salud, no registra pagos, ni beneficiarios según consulta efectuada a las diferentes bases de datos de aportantes.....A su vez con el oficio VA-DAYR No. 2225 del 27 de abril, se le comunicó al señor AA la anulación de la afiliación de su beneficiario NN... de acuerdo a lo contemplado en el concepto emitido por la Dirección jurídica nacional.... Del 23 de noviembre de 1998.”

11. Comunicación de la Coordinadora del programa ETS-VIH/SIDA, de 5 de noviembre de

1999, dirigida a la Juez de primera instancia en la tutela, diciendo que se va a atender a AA (la orden de tutela fue para NN). Pero el Gerente de la Clínica San Pedro Claver informa el 11 de noviembre de 1999 que se le han entregado los antiretrovirales a NN. Y se adjuntaron algunas tarjetas de control del paciente.

12. Concepto del Director General de la Liga colombiana de lucha contra el Sida sobre la necesidad de no romper la continuidad en el suministro de los medicamentos antiretrovirales.

13. Concepto sobre la importancia de reconocer las familias homosexuales.

14. Concepto del ICBF donde indica que hay 19 tipos de familia usuarias de tal Institución.

15. Trabajo de la Universidad Nacional de Colombia denominado “Y los declaro marido y marido”.

C. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

1. El apoderado de los peticionarios pide, en solicitud presentada el 15 de octubre de 1999, que en el término de 48 horas se reanude la afiliación de NN como beneficiario de AA al sistema de seguridad social en salud y que se prevenga al Director del ISS para que en ningún caso vuelva a incurrir en las violaciones que dieron lugar a la tutela. Considera que con la actitud del ISS se ocasionó un perjuicio irremediable y que se han violado los siguientes derechos fundamentales: el debido proceso, en cuanto hubo una revocatoria directa sin consentimiento expreso del titular, el derecho a constituir familia, la construcción de familia entre personas homosexuales, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el derecho a la seguridad social, el no sometimiento a tratos degradantes, la libertad de conciencia, la honra, la vida, la diversidad cultural, la dignidad humana. Y plantea la inaplicación de normas de carácter inferior a la Constitución que afecten a ésta.

2. El Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, que conoció en primera instancia, profirió sentencia el 2 de noviembre de 1999 tutelando, como mecanismo transitorio, el derecho a la vida y por lo tanto le ordenó al ISS que prestara la atención médica a NN. No amparó por los demás derechos invocados.

El ISS no impugnó, pero el apoderado de los peticionarios si lo hizo porque en su sentir ha

debido concederse de manera plena y no transitorio y han debido analizarse todos los derechos que mencionó en la solicitud de tutela.

3. La Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el 10 de diciembre de 1999 confirmó el fallo impugnado. Sin embargo, en la parte motiva dijo que al ISS le asistía derecho legítimo para no admitir al accionante NN como beneficiario de AA, pero que confirmaba la decisión del a-quo porque “la parte accionada no la impugnó”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

COMPETENCIA

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso hecho por la Sala de Selección.

ASPECTOS JURIDICOS

1. Planteamiento del problema

Las cuestiones que se debaten en esta tutela son muy concretas y tienen como objetivo central la prestación del servicio de salud a un enfermo de sida que además ha quedado desempleado.

El caso presenta al señor NN, enfermo de sida y que requiere por lo tanto de antiretrovirales, quien tenía acceso a la seguridad social porque era trabajador dependiente, pero por una razón no controlable por él: la crisis económica del país, el empleador acudió a los despidos de sus trabajadores y NN quedó afectado. La cancelación del contrato no se debió pues a que NN es homosexual.

Su compañero, el señor AA, quien sí tiene la seguridad social, en calidad de pensionado, acudió a protegerlo y le pidió a los Seguros Sociales que tuvieran a NN como su beneficiario.

Los Seguros Sociales lo admitieron como beneficiario, lo cual demuestra que la condición de

ser homosexuales tanto NN como AA en ningún instante fue obstáculo en los Seguros Sociales porque de haberlo sido desde un principio no hubieran inscrito a NN como beneficiario del cotizante AA.

El problema radica en que de un momento a otro, sin aceptación de NN y sin juicio previo, los Seguros Sociales consideraron que NN no podía ser beneficiario de AA, porque no era familiar y por consiguiente aquél quedaba sin seguridad social en salud, afectándose gravemente la vida de NN porque el tratamiento que se le daba no puede ser suspendido. Es decir, hay que analizar preferencialmente si se violaron los derechos a la seguridad social, a la salud, a la vida y al debido proceso en el caso de NN.

Pero además hay otro aspecto del problema: también instaura acción de tutela el señor AA, ex-trabajador, pensionado por invalidez, afectado de sida. El reclamo que formula el señor AA se debe a lo siguiente: el había acudido solidariamente a proteger a su compañero NN quien se había quedado sin seguridad social en salud y lo presentó como beneficiario; los Seguros Sociales admitieron tenerlo en tal condición y, sin su autorización y sin ser oído y vencido en juicio, la Institución dejó sin valor el señalamiento que AA hizo de quien considera es su beneficiario, poniendo en tela de juicio la proyección del derecho a la seguridad social y la violación al debido proceso.

Por consiguiente, hay que estudiar si la determinación de los Seguros Sociales, al expulsar del sistema de seguridad social en salud al señor NN afectó derechos fundamentales de éste y del señor AA. Es decir, si el Estado social de derecho permite defender a quien, en circunstancias como las presentadas en esta tutela, no queda cubierto por la seguridad social por haber sido expulsado del sistema.

En el presente caso el juzgador de tutela no puede entrar a analizar si la Constitución de 1991 acertó o no al considerar como familia a la integrada por hombre y mujer, telón de fondo en la solicitud de la presente tutela; pero como este aspecto es esgrimido para alegar presunta violación de los derechos de libre desarrollo de la personalidad, del derecho a constituir familia y concretamente a la construcción de familia entre personas homosexuales, del derecho de igualdad, del no sometimiento a tratos degradantes, de la libertad de conciencia, la honra, la vida, la diversidad cultural, la dignidad humana; entonces se requerirá recordar qué dice la Constitución y que ha dicho la Corte Constitucional sobre estos

temas. Sin embargo, no se puede perder de vista el centro de la controversia: el derecho a la seguridad social en salud.

2. El sistema de seguridad social en salud

El artículo 48 de la Constitución Política establece que “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. O sea que nadie puede ser excluido de tal derecho, salvo que una sentencia judicial, constitucional y razonablemente lo determine.

La misma norma señala como principios de la seguridad social: la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. Además, “la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y en la cláusula del Estado Social de Derecho”¹. Mas contundente no puede ser la Constitución.

Por otro aspecto, la seguridad social es un servicio público, por lo tanto sobre él se proyecta el artículo 365 de la C. P.: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado. Es deber del estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

Importa analizar los principios de la seguridad social en salud.

En la T-730/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se dijo:

“....otro de los principios constitucionales es el de la universalidad, o sea que el objetivo del sistema es que todos los habitantes del país disfruten de seguridad social. Por eso mismo, se estableció legalmente el carácter de obligatorio.”

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dentro del sistema actual de la seguridad social en salud el objetivo es ampliar la cobertura y no restringirla, de ahí que es obligatorio para los empleadores incluir a sus trabajadores en el sistema, y el Estado no puede permitir la expulsión del sistema de persona alguna salvo que haya razón legal para ello y previo un procedimiento. Como corolario, hay que prestar a los afiliados la atención integral en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

2.2. Principio de solidaridad

El primer encargado de su salud es la propia persona y si es mayor de edad con mayor razón. Sin embargo, el Estado, la familia y la sociedad solidariamente deben contribuir a un eficiente cubrimiento universal en salud. En materia de salud la solidaridad tiene como una de sus manifestaciones el cubrimiento de quienes la ley considera como beneficiarios del servicio. La solidaridad también aparece dentro de los deberes constitucionales.

2.3. El principio de eficiencia implica la continuidad del servicio.

Uno de los principios característicos del servicio público es la eficiencia y, específicamente este principio también lo es de la seguridad social. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.

En la sentencia SU-562/99 expresamente se dijo sobre eficiencia y continuidad:

“Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

Marienhoff dice que “La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna”². Y, a renglón seguido repite: “.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad”³. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: “... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en esta materia”.⁴ Jean Rivero⁵ reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado “garantizar la efectividad de los principios”. Luego, el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los

trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la “garantía de la seguridad social” establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P.”

Es decir, el principio de la continuidad (como proyección de la eficacia) debe orientar las decisiones de las entidades encargadas de prestar la seguridad social en salud.

2.4. Práctica no autorizada de expulsar del sistema

“Prácticas no autorizadas. Las Entidades Promotoras de salud de conformidad con lo que para el efecto señale el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, deberán abstenerse de introducir prácticas que afecten la libre escogencia del afiliado, tales como las que a continuación se enumeran: (1) Ofrecer incentivos para lograr la renuncia del afiliado, tales como tratamientos anticipados o especiales al usuario sobre enfermedades sujetas a períodos mínimos de cotización así como bonificaciones, pagos de cualquier naturaleza o condiciones especiales para parientes en cualquier grado de afinidad o consaguinidad; (2) Utilizar mecanismos de afiliación que discriminen a cualquier persona por causa de su estado previo, actual o potencial de salud y utilización de servicios; (3) Terminar en forma unilateral la relación contractual con sus afiliados, o negar la afiliación a quien desee afiliarse, siempre que garantice el pago de la cotización o subsidio correspondiente, salvo cuando exista prueba de que el usuario ha utilizado o intentado utilizar los beneficios que le ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Salud en forma abusiva o de mala fe. Para estos efectos, se consideran conductas abusivas o de mala fe del usuario entre otras, las siguientes: a) solicitar u obtener para si o para un tercero, por cualquier medio, servicio o medicamentos que no sean necesarios; b) solicitar u obtener la prestación de servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud a personas que legalmente no tengan derecho a ellos; c) suministrar a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa o engañosa; d) utilizar mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del Sistema o tarifas más bajas de las que le corresponderían y eludir o intentar eludir por cualquier medio la aplicación de pagos compartidos, cuotas moderadas y deducibles; y (4) Cualesquiera otros medios, sistemas o prácticas que tengan por objeto o

como efectos afectar la libre escogencia del usuario.”

Como se ve la terminación unilateral no es una práctica de recibo. Además la jurisprudencia constitucional colombiana ha considerado que ello no es posible porque afecta el principio del respeto al acto propio, en últimas el principio constitucional de la buena fe, lo cual tiene su proyección en la prohibición de hacer revocatoria directa sin la previa aceptación expresa y por escrito del o los favorecidos.

3. Reiteración de jurisprudencia sobre buena fe y respeto al acto propio

En la sentencia T-827/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) expresamente se dijo que si el ISS vincula a una persona al sistema de seguridad social (en tal tutela se trataba de seguridad social en pensiones, pero hay la misma razón para predicarlo de la salud) dicho acto produce efectos jurídicos y no puede ser extinguido unilateralmente. Expresamente se consideró:

“Respeto al acto propio

En la citada T- 295/99 se precisó este concepto:

” Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo⁶ enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.”

La mencionada sentencia dice que el respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

En la doctrina⁷ y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del acto propio, es así como la Corte Constitucional en la T-475/928- dijo:

“La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (venire contra factum proprium), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias.”

El 13 de agosto de 1992, el Consejo de Estado, Sección Tercera,⁹ reiteró la filosofía contractual que en casos similares había expuesto tal Corporación, en los siguientes términos:

“Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor KARL LORENZ, enseña:

‘El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene mas remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR , como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico,

contraviene una exigencia que el Derecho – con independencia de cualquier mandamiento moral – tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera...’ (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91).

“La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales , que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos. Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Solo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual”.

En la jurisprudencia española se ha manejado esta problemática dentro del siguiente perfil:

‘La buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto: y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 17 de diciembre de 1963, y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos’ (Sentencia de 22 de abril de 1967. Principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Editorial Civitas, Jesús González

Pérez, pág. 117 y ss)".

Miguel S. Marienhoff¹⁰ dice que: "El acto que creó derechos, si es 'regular' no puede ser extinguido por la administración pública mediante el procedimiento de la revocación por razones de 'ilegitimidad". Es válido el anterior concepto para toda clase de actos que definen situaciones jurídicas porque la razón para que no haya revocatorias unilaterales también lo es para el respeto al acto propio, por eso agrega el citado autor: "Es este un concepto ético del derecho que, tribunales y juristas, deben tener muy en cuenta por el alto valor que con él se defiende"¹¹ El respeto al acto propio no se predica solo de magistrados y juristas, sino de todos los operadores jurídicos porque se debe a que la estabilidad de dicho acto tiene como base el principio de la buena fe, no solo en la relación del Estado con los particulares sino de estos entre sí, buena fe que hoy tiene consagración constitucional en Colombia.

Por consiguiente, tanto para AA (a quien se le permitió que NN fuera su beneficiario en los Seguros Sociales), como para NN (a quien se le dio el trato como beneficiario de AA) había una situación jurídica concreta que no podía ser cambiada unilateralmente sin la autorización por escrito y expresa de ellos o sin previa decisión judicial. Y, como efectivamente se expulsó del sistema a NN, tal determinación no solo afectó la buena fe (sustento del respeto al acto propio) sino el debido proceso que previamente debería haberse efectuado mediante la acción de lesividad.

En España, por ejemplo, el artículo 144.1. de la Ley procesal laboral establece como principio que las Entidades gestoras de la seguridad social no podrán por si mismas revisar los actos administrativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios, sino que deben solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social, mediante demanda que se dirigirá contra el beneficiario reconocido. "Se trata de un verdadero proceso de lesividad que se construye como remedio judicial para revocar actos firmes de la Entidad gestora"¹²

4. Protección mediante tutela

En la sentencia SU-062/99 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se expresó:

"La Carta Política de 1991 estableció en su artículo 48 que la seguridad social es un derecho

irrenunciable catalogado como económico y social, cuya eficacia, por lo tanto, no es directa, sino que su reconocimiento requiere ser regulado por el legislador a quien compete establecer las circunstancias en que debe ser reconocido. Por ello, en principio, no es exigible del Estado por la vía de la acción de tutela, ya que no se reviste de la connotación de derecho fundamental. Sin embargo, la reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha definido que los derechos derivados de la seguridad social adquieren su connotación de fundamentales cuando las circunstancias fácticas hacen que su reconocimiento sea imprescindible para la vigencia de otros derechos estos si, de carácter fundamental.¹³ Adicionalmente, esta misma jurisprudencia ha definido también que el alcance de la seguridad social como derecho fundamental, surge igualmente cuando quien pretende hacerlo valer es una persona que requiere de una especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres cabeza de familia, entre otras.”

Tutelarmente se ha protegido el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida. Es un derecho a algo que tienen las personas y por lo mismo se torna irrenunciable¹⁴. Pero, también se protege el derecho a la seguridad social en salud en conexión con el derecho al trabajo, últimamente en la SU-562/99 se indicó:

“La doctrina ha considerado que en principio, el derecho a la salud no es un derecho fundamental¹⁵. La jurisprudencia colombiana, sigue esta orientación, de ahí que la protección tutelar a la salud opera en conexión con el derecho a la vida, luego si hay peligro de que ésta sea afectada entonces cabe la acción de tutela. Con este punto de apoyo garantista la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege muchos casos en relación a la prestación del servicio de salud. (P.ej. SU-480/97, T-489/98, T-669/97, T-287/95, T-385/98, T-018/99, entre otras). Se menciona lo anterior porque el cotizante (trabajador activo o trabajador pasivo) está protegido en cuanto a la salud no solo en conexión con el derecho a la vida sino con el derecho al trabajo como ya se anotó, luego esa protección reforzada (vida y trabajo) también se proyecta al beneficiario.

5. La cobertura

Aunque en el presente caso, a NN no se lo expulsó del sistema de seguridad social por ser homosexual, de todas maneras se ha querido plantear en la petición que la exclusión es una

consecuencia de no aceptarse los efectos jurídicos en las parejas homosexuales.

La anterior situación ubica el tema dentro del criterio del ISS de que los beneficiarios de un cotizante son los familiares de éste y el término “familia” se interpreta según la Constitución Política que en su artículo 42 señala como requisito para la familia que la pareja esté integrada por un hombre y una mujer.

Esta interpretación de “familia” es obvia frente a la Constitución y así lo ha reconocido la jurisprudencia en varias oportunidades.

La C-098/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dice:

“2.2 El texto de la ley responde al fin que explícitamente se trazó el Congreso al expedirla: reconocer jurídicamente la existencia de la “familia natural”, hecho social innegable en Colombia (“son más los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que del matrimonio civil o religioso”) y fuente de los hijos “naturales” o “extramatrimoniales” – equiparados en la legislación civil –, con el objeto de establecer los derechos y deberes de orden patrimonial de los “concubinos”, y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa al bienestar de la familia y que no puede quedar al margen de la protección del Estado (Exposición de motivos. Anales del Congreso N° 79 de agosto 15 de 1988).

En conclusión, la familia protegida por la Constitución es la constituida por vínculos naturales, por la voluntad responsable de un hombre y una mujer de conformarla, ella es objeto de expreso reconocimiento constitucional que se concreta en su protección integral por parte del Estado y la sociedad (C.P. artículos 42 y 43).

La C-507/99 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) indica:

“3.2 Pues bien, esta familia natural, constituida por la voluntad responsable de un hombre y una mujer de convivir juntos, sin mediar lazos contractuales formales, se encuentra expresamente reconocida por la Constitución Política y, al efecto, es objeto de protección integral por parte del Estado y la sociedad. Así lo dispone expresamente el artículo 42 Superior al señalar:

“ARTICULO 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.

“El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

“La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.” (Subrayas fuera de texto)

Precisamente, en la Asamblea Constituyente del 91, durante las discusiones que dieron lugar a la aprobación del artículo 42 citado, se hicieron las siguientes precisiones para justificar y respaldar la protección constitucional de la familia conformada por vínculos naturales:

“No es necesario discutir por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella éste lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia.

“Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres e hijos adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

“Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

“Las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil.

“Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre ‘uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros

permanentes’.

“Debido a cambios de mentalidad, a problemas en la primera unión y al acomodamiento económico y social de las gentes, se ve cómo desde 1900 tiene un incremento sostenido la unión libre. En la generación de la primera década de ese siglo, se encuentra un 10% de las familias en esta situación; en la generación del 40 encontramos un 26%; en la del 50 pasa al 30% y en la de 1960 a 1964 asciende a un 45.5%, según indica la obra “La Nupcialidad en Colombia, evolución y tendencia” de las investigadoras Lucero Zamudio y Norma Rubiano”. (Ponencia para Primer Debate en la Plenaria, Gaceta Constitucional No. 85. Pág. 5.)

3.3 En concordancia con lo anterior, también la jurisprudencia constitucional ha respaldado la unión marital de hecho señalando que ésta “corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, ‘aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales’ debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar”. (Sentencia C-098/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

3.4 Así las cosas, si la propia Carta Política legitima la familia natural, propugnando la inviolabilidad de su honra, su dignidad e intimidad, y sienta las bases para lograr la absoluta igualdad en sus derechos y deberes (C.P. art. 42),”

Lo anterior no tiene la menor duda.

Dentro de este contexto, el Artículo 163 de la Ley 100/93 dice:

“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.”

Nótese que la norma se relaciona en cierta forma con la familia nuclear (más allá de los padres y los hijos), pero no es el lazo familiar el único factor que motiva la cobertura porque si fuere así los hijos tendrían que ser beneficiarios por toda la vida y los padres del cotizante no quedarían excluidos cuando reciben pensión. Luego también se conjuga para efectos de calificar quién es o no beneficiario lo siguiente:

Por un lado, el equilibrio financiero de la EPS para que no se afecte con un elevado número de beneficiarios, de ahí que se establece la regla contenida en el artículo 163 de la ley 100 de 1993 como un control . Y por el otro lado, establece un derecho a competencia del cotizante, en cuanto en ejercicio del principio de solidaridad acude a señalar como beneficiario a una o varias personas que unidos por lazos familiares están en situación de dependencia económica respecto del cotizante.

Lo anterior se compagina con el artículo 5° del Convenio 24 de la OIT que ordena:

“La legislación nacional podrá autorizar o prescribir la asistencia médica a los miembros de la familia del asegurado que vivan en su casa y estén a su cargo y determinará las condiciones en que esta asistencia pueda concederse”.¹⁶

Es decir, que otra razón fundamental para la cobertura es la dependencia, respaldada en el principio de solidaridad. Y así puede pensarse porque el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, habla de “otros miembros dependientes”:

“Art. 40.- otros miembros dependientes. 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 incluirlos 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.

Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios.

PAR.- La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades.”

6. Dignidad, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la intimidad, la honra y el buen nombre

Como estos derechos han sido esgrimidos en la solicitud de tutela, se hará referencia a ellos.

Sobre la dignidad se reitera jurisprudencia así:

“El derecho a la dignidad impregna todo el ámbito de la Carta. Ya esta Corte Constitucional ha expresado su alcance en los siguientes términos

“Según el artículo 1o. de la Constitución, Colombia es una República fundada, entre otros valores, en el respeto a la dignidad humana. Y de conformidad con el inciso final del artículo 53, la ley no puede menoscabar la libertad y la dignidad humanas.

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿qué es la dignidad humana?

Según Kant, “...el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin.” Y partiendo del supuesto de que el hombre es un fin en sí mismo, enuncia este imperativo categórico: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio.” (“Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, y otros escritos, Ed. Porrúa S.A., México 1990, pág. 44).

En relación con la teoría de Kant sobre la persona, afirma Recasens Siches:

“En este sentido dice que los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismo, es decir, algo que no debe ser empleado como mero medio, algo que, por consiguiente, encierra albedrío. La persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad. Personalidad es “libertad e independencia del mecanismo de toda la naturaleza”. Conviene, pues, subrayar que en Kant el concepto de persona surge a la

luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v.gr., la racionalidad, la indivisibilidad, la identidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto al de la realidad, subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo, y que cabalmente por eso posee DIGNIDAD, a diferencia de todos los demás, de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen PRECIO. Y ello es así, porque la persona es el sujeto de la ley moral autónoma, que es lo único que no tiene un valor solamente relativo, o sea un precio, sino que tiene un valor en sí misma y constituye así un autofín...” (“Filosofía del Derecho” y “Estudios de Filosofía del Derecho”, Giorgio Del Vecchio y Luis Recasens Siches, UTEHA, México 1946, Tomo I, pág. 353).

El hombre, en síntesis, tiene dignidad porque es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él.”¹⁷

En otra sentencia se consignó:

“La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones.

La naturaleza de principio que ostenta la dignidad humana, impide que su desconocimiento pueda ser alegado de manera principal y única como causa de la acción de tutela. Sin embargo, ella se resiente cada vez que una acción u omisión de una autoridad pública viola o pone en peligro un derecho fundamental. Además del quebrantamiento de un derecho fundamental, el accionante de la tutela puede invocar – como ocurre en el presente caso – el agravio infligido a su dignidad humana, y así el Juez podrá apreciar en su fallo tanto la conculcación del derecho como la profanación a la dignidad.¹⁸

En la T-123/94:

“La dignidad humana exige pues que al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y

totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal.”¹⁹

Sobre libre desarrollo de la personalidad, la honra, el derecho a la intimidad y buen nombre, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado:

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad afirma la autonomía de cada ser humano como individuo único e irrepetible, cuyas tendencias y naturales inclinaciones merecen respeto en tanto no impliquen daño a otros o a la colectividad” (T-037/95).”

“Con en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, se busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.²⁰ Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social.

Por su parte, los derechos a la intimidad y al buen nombre también contribuyen con el proceso de desarrollo individual del ser, en cuanto están estrechamente ligados al principio de la dignidad humana e involucrados en el proceso de reconocimiento de la libertad, la autonomía y la conservación personales. Estos derechos buscan proteger el entorno más entrañable de la persona y de su familia, habilitándola para exigir respeto público y privado a sus actuaciones, decisiones, necesidades y comportamientos, que son de su resorte exclusivo e íntimo.²¹

En realidad, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y al buen nombre, forman parte esencial del ser humano, pues permiten su reconocimiento e individualización social, por lo que cualquier limitación de los mismos debe obedecer a verdaderos intereses constitucionales que, en ningún caso, podrán llegar a afectar su núcleo esencial, entendiendo por tal “aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona.”²²

Sobre el particular, dijo esta Corporación:

“El derecho a la autonomía personal, al igual que los demás derechos consagrados en la Carta, no es absoluto. Esta idea la contiene el artículo 16 al consagrar :’...sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico’. Estas dos limitaciones no pueden desconocer el núcleo esencial que es el mínimo vital de este derecho, siguiendo a Häberle, se denomina ‘contenido esencial’ al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas’”. (Sentencia T-542/92 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En la C-098/96 se indica:

“ 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. Admitir que el Estado pueda interferir y dirigir el proceso humano libre de adquisición e interiorización de una determinada identidad sexual, conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente. El ser no puede sacrificarse por una razón de Estado, en un campo que no incumbe a éste y que no causa daño a terceros. 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.

Dice la C-507/99:

“5.2 Sobre la base de tales propósitos, tal como lo ha reconocido esta Corporación en abundante jurisprudencia, debe reiterarse que una de las características de la Carta Política de 1991 consiste en haber reservado un amplio margen a la defensa y protección del fuero interno de las personas. A través del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P. art. 16) y de los derechos a la intimidad y al buen nombre (C.P: art. 15), “[e]l Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal

de la no-injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social.”²³

Podría haber muchas otras citas sobre estos derechos, pero el asunto es dilucidar si en la presente tutela se puede afirmar que hubo o no violación de ellos, lo cual se hará a continuación.

CASO CONCRETO

Como el derecho de AA a vincular como su beneficiario a NN obtuvo inicialmente respuesta positiva y luego hubo expulsión del sistema sin juicio previo, también se le violó a AA el debido proceso.

El tema de si el término “compañero permanente”, se predica de personas del mismo sexo, para efectos de que pueda ser beneficiario de la seguridad social en salud, tiene un obstáculo procesal en la tutela: el análisis que se haga del artículo 163 de la ley 100 de 1993 y del artículo 40 del decreto 806 de 1998 es un complejo estudio jurídico que corresponde decidirlo a quien llegare a tramitar la acción de lesividad, si es que esta se presentare. Luego, si no va a haber campo a un perjuicio irremediable porque al prosperar la violación al debido proceso se retrotraen las cosas al instante en el cual NN tenía el acceso a la seguridad social, entonces el tema escapa al juez de tutela.

En cuanto al llamado a prevención pedido en la tutela, no puede hacerse por la consideración indicada en el párrafo anterior.

Respecto a los derechos a la intimidad, honra, diversidad cultural, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, no se ve por ningún lado que los Seguros Sociales los hubieran violado. Por el contrario, le concedieron a NN inicialmente el derecho de beneficiario a sabiendas y precisamente teniendo como elemento de juicio que AA y NN son homosexuales. Si posteriormente modificaron su criterio fue con fundamento en una interpretación jurídica sobre la proyección de la caracterización “familia”, no por otra razón. Luego, por estos aspectos no puede prosperar la tutela.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE lo ordenado en las sentencias objeto de revisión en cuanto concedieron la tutela en favor de NN.

Segundo. ORDENAR que se protejan los derechos al debido proceso y la buena fe del señor NN y de AA y en consecuencia queda sin efecto la anulación de la afiliación al sistema de seguridad social de NN como beneficiario de AA y, por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales prestará la atención médica correspondiente y dará los medicamentos que el médico tratante indique al mencionado señor NN, siempre y cuando no haya decisión judicial en contrario dentro del juicio contencioso-administrativo o juicio ordinario correspondiente.

Tercero. Por Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

- 1 SU-562/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- 2 Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.
- 3 Ib. p. 66
- 4 Ib. p. 67
- 5 Jean Rivero, Derecho Administrativo, p. 80 y ss
- 6 La Doctrina del Acto Propio, un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo -Bosch Casa Editorial Barcelona. 1963.
- 7 Ver el capítulo “La doctrina de los actos propios en el derecho administrativo”, en el libro “Derecho constitucional y administrativo en la constitución política de Colombia” de GASPAR CABALLERO, Editorial Diké y Ediciones Rosaristas, pags. 127 y ss.
- 8 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- 9 M.P. Julio César Uribe
- 10 Su razonamiento se refiere a actos de la administración, aparece en su Tratado de derecho administrativo T. II, p. 607, pero se puede extender a la teoría del respeto al acto propio.
- 11 Ibidem, p. 607
- 12 Instituciones de derecho procesal laboral, Antonio Baylos y otros, p. 354
- 13 Cfr. sentencia SU-111 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 14 Ver T-114/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- 15 Salvo en el caso de los niños que según el art. 44 C.N. es derecho fundamental.
- 16 En el mismo contexto de ir mas allá de la familia como padre, madre e hijos, está la

legislación española que en el artículo 100 de la Ley General de Seguridad Social dice que tienen derecho a ella los trabajadores por cuenta ajena, los pensionados, los beneficiarios: cónyuges, descendientes, hermanos menores de 26 años o éstos sin limitación de edad, cuando son inválidos absolutos. Así mismo pueden serlo los ascendientes y sus cónyuges y los acogidos de hecho si previamente se acuerda con el INSS.

17T-542/93, Ponente: Dr. Jorge Arango.

18T-401/92, Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes.

19 Sentencia T-123/94, Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo.

20 Sentencia T-542/92, M.P. doctor Alejandro Martínez Caballero

21 Cfr., entre otras, la Sentencia T- 261/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

23 Sentencia T-097/94, M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.