

Sentencia T-856/07

DERECHO A LA INTIMIDAD DE ENFERMO DE SIDA-
Protección por parte de la Corte Constitucional

RESERVA DE IDENTIDAD-Protección del derecho a la intimidad

ACCION DE TUTELA-Hecho superado antes de iniciarse proceso/**ACCION DE TUTELA-**Hecho superado cuando está en trámite la revisión

CORTE CONSTITUCIONAL-Pronunciamiento aún en casos de carencia actual de objeto por su función de unificar la jurisprudencia y determinar el alcance de los derechos fundamentales

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Desarrollo jurisprudencial sobre la vinculación como beneficiario del compañero permanente de pareja homosexual

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD-Obligación de afiliar como beneficiarios a los compañeros permanentes de los cotizantes sin importar cuál sea su sexo, a partir de la adopción de la Sentencia C-521 de 2007

Podría argumentarse que la negativa de la entidad promotora de salud a la afiliación, al igual que la postura de los jueces de instancia al negar el amparo solicitado por el demandante, estaba justificada por un precedente jurisprudencial, pues en la sentencia SU-623 de 2001 esta Corporación había sostenido que la negativa de afiliación como beneficiario en el régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud de una pareja homosexual no constituía un trato discriminatorio debido a que la regulación legal de la materia –el artículo 163 de la ley 100 de 1993- establecía una diferenciación justificada en la especial protección que había hecho el Legislador de los compañeros y compañeras permanentes por medio de la figura de la unión marital de hecho, reservada a las parejas heterosexuales. Este razonamiento no es válido precisamente porque en la sentencia C-075 de 2007 se extendieron los efectos de la Ley 54 de 1990, es decir, la figura de la unión marital de hecho y la calidad de compañero o compañera permanente a las parejas homosexuales y tal decisión

comenzó a producir sus efectos desde el ocho de febrero de este año. Por lo tanto el argumento esgrimido por la entidad promotora y por los jueces de instancia para negar la solicitud de afiliación era insostenible a la luz de la jurisprudencia constitucional. Por lo tanto debido a que la afiliación del Sr. BBB fue solicitada el siete (07) de marzo de 2007, es decir, un mes después de haberse proferido la sentencia C-075 de 2007, la EPS debió responder de manera afirmativa a tal petición.

ACCION DE TUTELA-Procedencia por inaplicación del precedente judicial contenido en la sentencia C-075/07

Referencia: expediente T-1630988

Acción de tutela instaurada por AAA
contra SALUDCOOP E. P. S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado XXX y el Juzgado YYY.

I. ANTECEDENTES.

El peticionario interpuso acción de tutela contra SALUD COOP E. P. S. porque considera que esta entidad vulneró los derechos fundamentales a

un adecuado nivel de vida, el derecho a la vida en conexidad con la salud y la seguridad social, el derecho a la igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Fundamenta la acción impetrada en los siguientes:

1. Hechos

- 1.1. Afirma que desde hace seis (6) años convive con el Sr. BBB, quien es su compañero permanente y con quien ha mantenido durante todo este tiempo un vínculo afectivo y de solidaridad mutua.
- 1.2. El peticionario está afiliado a la E. P. S. SALUD COOP desde hace aproximadamente tres años como cotizante dentro del régimen contributivo.
- 1.3. Su compañero permanente es portador del virus de inmunodeficiencia adquirida; actualmente se encuentra desempleado y carece de recursos económicos para afiliarse al régimen contributivo.
- 1.4. El siete de marzo del año en curso el actor acudió a las instalaciones de la E. P. S. SALUD COOP con el propósito de afiliar a su compañero permanente al sistema de seguridad social en salud como beneficiario suyo, pero el Administrador de la oficina en la cual pretendió realizar esta diligencia le informó verbalmente que de conformidad con la normatividad vigente no podía afiliar como beneficiario a un compañero permanente del mismo sexo.
- 1.5. Sostiene el Sr. AAA que la negativa de la E. P. S. demandada afecta el derecho a la salud de su compañero, pues no cuentan con recursos económicos que les permitan costear el tratamiento y los medicamentos requeridos por una persona que es portadora del V. I. H.

Considera el actor que la conducta de SALUD COOP E. P. S. contraría derechos consagrados por tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como el derecho a un adecuado nivel de vida señalado en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales –PIDESC- y en el artículo 25 de la Declaración universal de derechos humanos, ya que a su juicio este derecho comprende el acceso de prestaciones en materia de salud necesarias para preservar la existencia. Sostiene igualmente que resulta vulnerado el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida digna, pues el suministro interrumpido de medicamentos es necesario para que su pareja sobreviva. Alega también

la vulneración del derecho a la igualdad pues considera que la negativa de la E. P. S. a afiliarse a su compañero al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, como beneficiario suyo, está basada en un criterio discriminador, cual es la orientación sexual porque si está permitida la afiliación como beneficiario cuando se trata de compañeros permanentes heterosexuales. De lo anterior deriva una vulneración de su derecho al libre desarrollo de la personalidad pues considera que debido a su orientación sexual se le niega una prerrogativa de la cual si gozan las parejas heterosexuales.

El actor finalmente solicita que se respete su derecho a la intimidad y que por lo tanto sean omitidos de la decisión adoptada sus nombres y el expediente quede sometido a estricta reserva.

2. Solicitud de tutela.

Solicita el actor que se ordene a SALUDCOOP E. P. S. afiliar a su compañero permanente como beneficiario al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, y que en tal condición le preste los servicios contemplados en el P. O. S. y le suministre los exámenes, medicamentos y tratamientos que éste último requiere debido a su condición de portador del V. I. H.

3. Pruebas relevantes allegadas al expediente.

Obran las siguientes pruebas dentro del expediente de tutela:

- Declaración extraproceso suscrita por los Sres. AAA y BBB, en la cual manifiestan que conviven en unión libre en forma permanente y continua (folio 2).
- Historia Clínica de BBB (folios 3-5).
- Certificación expedida por SALUD TOTAL E. P. S. sobre el estado de la afiliación de BBB (folio 6).

4. Intervención de la entidad demandada y de terceros vinculados al proceso por el juez de primera instancia.

La E. P. S. SALUD TOTAL fue vinculada al trámite de la acción de tutela por el juez de primera instancia, su representante judicial aportó un escrito en el cual manifiesta que esta entidad prestó los servicios de seguridad social en salud al Sr. BBB mientras estuvo afiliado al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud como cotizante, pero que una vez finalizado el contrato del trabajo en virtud del cual se

realizaban los aportes al sistema, perdió su calidad de afiliado a dicha entidad y en consecuencia ésta dejó de estar obligada a proveerle prestaciones en materia de salud. Aclara por lo tanto que debido a que su afiliación actualmente no está vigente, la entidad prestadora no puede ser condenada a suministrarle medicamentos o tratamientos médicos.

También intervino en el trámite de la acción de tutela SALUDCOOP E. P. S. Su representante legal sostuvo que virtud de la normatividad vigente, específicamente los artículos 34 y 35 del Decreto 806 de 1998, el Sr. BBB no puede ser afiliado al régimen contributivo como beneficiario del demandante, pues las disposiciones en cuestión señalan de manera expresa quienes pueden ser titulares de tal calidad y el compañero permanente del peticionario no encaja dentro de ninguna de las categorías contempladas por estos preceptos. De lo anterior concluye que la entidad prestadora se limitó a cumplir la regulación vigente y que por lo tanto de su conducta no resulta una vulneración de los derechos fundamentales alegados por el demandante. Durante el trámite de la revisión de los fallos de instancia, el apoderado judicial de SALUDCOOP aportó un nuevo escrito en el cual consignaba que la afiliación del Sr. BBB a SALUD TOTAL E. P. S. en el régimen contributivo como cotizante se encontraba vigente desde julio de dos mil siete (2007).

5. Decisiones judicial objeto de revisión.

Mediante sentencia de veintiocho (28) de marzo de de dos mil siete (2007) el Juzgado XXX denegó el amparo solicitado. Consideró el juez de primera instancia que de conformidad con el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, el Sr. BBB no podía ser afiliado como beneficiario del demandante al sistema de seguridad social en salud, pues el precepto legal limita esta posibilidad a los integrantes del grupo familiar dentro del cual están incluidos los compañeros permanentes, sin embargo, los miembros de las parejas homosexuales no tiene tal condición por cuanto esta figura tiene como fundamento el concepto de familia señalado por el artículo 42 de la Constitución *“la cual prevé la protección integral a ésta cuando se forme por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla, su puesto jurídico que no es contrario al principio de seguridad social en salud, en virtud que la pareja homosexual puede acceder a la misma de manera distinta que como beneficiario de su compañero permanente”* . Considera además el a quo, que el Sr. BBB puede ingresar al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud por estar aquejado de una enfermedad

catastrófica, lo que le permitiría recibir los cuidados médicos requeridos debido a su condición de portador del V. I. H.

El Juzgado YYY, por medio de sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil siete (2007) confirmó el fallo de primera instancia. Estimó el a quo que la conducta de la E. P. S. al negar la afiliación se ajustaba al ordenamiento jurídico vigente debido a que no *“existe norma que considere la posibilidad de afiliación de la pareja cuando se trata de compañeros del mismo sexo por lo que la entidad demandada ha obrado en conducta legítima”*. Así mismo, sostuvo que en el caso concreto el demandante interpuso la acción de tutela como agente oficioso de su pareja sin reunir los requisitos establecidos por el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, y por lo tanto el amparo solicitado era improcedente. Finalmente concluyó, al igual que el juez de primera instancia, que el Sr. BBB podía recibir las prestaciones que requería en materia de salud como afiliado al régimen subsidiado o como persona vinculada al sistema de seguridad social en salud, y que por lo tanto no resultaban vulnerados su derecho a la salud en conexidad con la vida digna.

6. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

Mediante auto de veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007) el Magistrado Sustanciador ofició, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, a SALUD TOTAL E. P. S. con el objeto de recabar diversos elementos probatorios necesarios para decidir el caso sometido a examen. Durante el término establecido en la anterior providencia fueron aportados los siguientes documentos:

- ❖ Escrito suscrito por la Directora General de Servicio al cliente de SALUD TOTAL E. P. S. mediante el cual se certifica el estado de la afiliación del Sr. BBB.
- ❖ Copia del Formulario de Ingreso al Sistema General de Seguridad Social en salud del Sr. BBB.
- ❖ Copia del formulario de declaración de estado de salud del Sr. BBB.
- ❖ Copia del formulario de afiliación del Sr. BBB al Fondo de Pensiones y Cesantías.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. La solicitud formulada por el demandante que se mantenga en reserva su identidad y la de su compañero permanente.

En primer lugar esta Sala de revisión atenderá la solicitud formulada por el demandante de que se mantenga en reserva su identidad y la de su compañero permanente debido a que este último es V. I. H. portador, circunstancia que a su juicio puede dar lugar a tratos discriminatorios si esta condición se revela. En numerosas decisiones precedentes esta Corporación ha decidido proteger la identidad de las personas interesadas en una decisión de tutela cuando considera que están en juego intereses de relevancia constitucional –tales como por ejemplo el derecho a la intimidad- que justifican el mantenimiento en reserva de su identidad.

Sobre el particular la Corte ha expresado que:

“...no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos, por lo cual la preocupación de la madre por la posible afectación de su intimidad y la de su hija es perfectamente legítima. Es pues necesario que el juez de tutela, y esta Corte Constitucional, tomen todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la presente acción judicial, lo cual sugiere la conveniencia de la reserva completa de estas actuaciones.....

...Sin embargo, los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional revisa eventualmente las acciones de tutela

con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional...”¹ (subrayado por fuera del texto original).

Por las anteriores consideraciones, en la presente Sentencia se suprimen los datos que permitan identificar al peticionario y a su compañero permanente así, como la referencia al lugar de los hechos y a los jueces de tutela que decidieron el caso en primera y segunda instancia. En esa medida, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas con la decisión, esto es, por el peticionario y el representante del SALUDCOOP EPS el cual, como es obvio, estos últimos se encuentra obligados a mantener y proteger esa confidencialidad.

Ahora bien, en consideración al principio de publicidad que rige los procesos judiciales (artículo 228 de la Constitución Política), es inevitable hacer pública la presente providencia, pues en ella se manifiesta la doctrina constitucional fundamental en esta materia. Sin embargo, en este caso, su divulgación se encuentra limitada por las medidas previamente adoptadas destinadas a proteger la intimidad del peticionario y su compañero.

3. El asunto objeto de revisión, la carencia actual de objeto y la supuesta improcedencia del amparo impetrado.

El peticionario, afiliado al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud como cotizante activo, interpuso acción de tutela contra SALUD COOP E. P. S. porque considera que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales al negarse a afiliar a su compañero permanente –quien al momento de interponer la acción de tutela estaba desempleado- como beneficiario suyo. Alega, además de otros derechos fundamentales, específicamente la vulneración del derecho a la igualdad pues sostiene que la entidad promotora permite la afiliación como beneficiario de los compañeros permanentes heterosexuales.

¹ Sentencia SU-337 de 1999.

La entidad demandada negó la solicitud de afiliación pues consideró que de acuerdo a la normatividad vigente no podía afiliar como beneficiario de un cotizante del régimen contributivo a un compañero permanente del mismo sexo. Los jueces de instancia coincidieron con esta postura y argumentaron que el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 limita esta modalidad de afiliación a los integrantes del grupo familiar dentro del cual están incluidos los compañeros permanentes sin cobijar a los miembros de las parejas homosexuales, debido a que éstos no tiene cabida dentro del concepto de familia señalado por el artículo 42 constitucional.

Sostuvieron además que con la negativa de afiliación no se vulneraban los derechos fundamentales del compañero permanente del peticionario pues éste podía recibir las prestaciones que requería en materia de salud como afiliado al régimen subsidiado o como persona vinculada al sistema de seguridad social en salud. El juez de segunda instancia sostuvo además que la acción impetrada era improcedente porque el demandante interpuso la acción de tutela como agente oficioso de su pareja sin reunir los requisitos establecidos por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Corresponde por lo tanto a esta Sala de revisión decidir si la negativa de una entidad promotora de salud de afiliar como beneficiario al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud al compañero permanente del mismo sexo de un trabajador cotizante vulnera derechos constitucionales fundamentales. No obstante, de las pruebas allegadas durante el trámite de revisión de los fallos de instancia se desprende que el compañero permanente del peticionario se encuentra actualmente afiliado al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud como trabajador cotizante, por lo tanto la acción impetrada carece actualmente de objeto.

En efecto, la acción de tutela ha sido diseñada constitucional y legalmente como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales ante su amenaza o vulneración, de manera tal que cuando ésta cesa o en los eventos de daño consumado, *prima facie* no hay lugar a proferir orden alguna.

Al respecto sostuvo la Sala Quinta de Revisión:

“2- (...) Así, es claro que si la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva de los derechos fundamentales

conculcados o amenazados, la desaparición de los supuestos de hecho en los cuales se fundó la acción -por cesación de la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en el que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse realizado el acto cuya ausencia representaba la vulneración del mismo- o la muerte del accionante cuando la orden solicitada tuviera directa relación con la defensa del derecho a la vida y los derechos a él conexos, hace que se diluya el motivo constitucional en que se basaba la petición elevada conforme a las prescripciones del artículo 86 de la Constitución Nacional y disposiciones reglamentarias. El fenómeno descrito tiene lugar, entonces, cuando el cambio de circunstancias sobreviene antes de dictarse el fallo de primer grado o antes de proferirse el de segundo o la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional² y, en realidad, ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia^{3,4}.

De igual forma, la jurisprudencia⁵ de esta Corporación ha tenido la oportunidad de precisar que desde el punto de vista procesal resulta pertinente establecer una diferencia importante cuando el supuesto de hecho que motiva el proceso de tutela se supera o cesa i) antes de iniciado el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo y ii) estando en curso el trámite de revisión ante esta Corporación:

“i.) Así, pues, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta

² (Cita sentencia T-972 de 2006) Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-033 de 1994.

³ (Cita sentencia T-972 de 2006) Corte Constitucional. Sentencia T-143 de 1994.

⁴ Sentencia T-972 de 006.

⁵ Ver sentencia T-722 de 2003

Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia, tal como se hará en el caso sub-examine.

ii.) Por su parte, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna.

“Por lo tanto, el fallo de segunda instancia acorde a las pruebas y situaciones obrantes en el expediente para esa oportunidad ha debido proteger los derechos del actor que efectivamente estaban siendo vulnerados, razón por la cual se procederá a revocar el fallo de segunda instancia. No se impartirá orden alguna para restablecer los derechos del actor, sólo por cuanto de las pruebas solicitadas por esta Corporación se infiere que la vulneración de los derechos del actor ha cesado al superarse el hecho que dio origen a la presente acción de tutela. De impartirse alguna orden, esta no tendría efecto...”⁶.

Ahora bien, debido a que la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia de revisión de los fallos de tutela, tiene la función de unificar la jurisprudencia y determinar el alcance de los derechos fundamentales, aun en los eventos de carencia actual de objeto debido a la sustracción de materia –como ocurre en el presente caso- hay lugar a proferir un pronunciamiento sobre la cuestión objeto de debate si del análisis del caso sometido a estudio se constata una afectación iusfundamental que no fue subsanada voluntariamente por el demandado o reparada por los jueces de instancia.

Esto es lo que ocurre precisamente en el presente caso, en el cual, a pesar que existe carencia actual de objeto pues la afiliación del Sr. BBB al sistema general de seguridad social en salud se reactivó una vez comenzó nuevamente a laborar, y en esa medida sería improcedente

⁶ Sentencia T-347 de 2002. En el mismo sentido se encuentran las sentencias T-512 de 2002 y T-029, T-048, T-093, T-095 y T-746, todas de 2005.

emitir una orden en cualquier sentido pues de conformidad con la normatividad vigente los trabajadores deben estar afiliados como cotizantes al régimen contributivo y no bajo cualquier otra modalidad, en todo caso hay lugar a pronunciarse sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales del Sr. AAA debido a la negativa de SALUDCOOP EPS de afiliarse a su compañero permanente como beneficiario suyo.

Para resolver este extremo se hará breve referencia a la jurisprudencia constitucional en la materia, sin embargo, previamente ha de examinarse un requisito de procedibilidad que echó en falta el juez de segunda instancia, pues a su juicio la acción impetrada era improcedente porque el demandante actuaba como agente oficioso de su compañero permanente sin que estuvieran presentes los requisitos señalados por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

No comparte esta Sala de revisión esta última apreciación pues el demandante en el escrito de tutela en ningún momento afirma que actúa como agente oficioso de su compañero permanente, sino que impetra la tutela en nombre propio porque considera que se vulneraron sus derechos fundamentales con la negativa de la entidad accionada a afiliarse a su compañero permanente y es claro que le asiste razón, al menos desde su perspectiva argumentativa, porque en definitiva lo que alega es un trato discriminatorio por parte de SALUDCOOP EPS, entidad que le niega la calidad de beneficiario a su pareja por ser del mismo sexo que el accionante. Una vez dilucidado este asunto se abordará la supuesta vulneración del derecho a la igualdad del demandante debido al trato diferente del que fue objeto por parte de la entidad promotora de salud.

4. La jurisprudencia constitucional respecto a la afiliación al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud de los compañeros permanentes del mismo sexo en calidad de beneficiarios de un cotizante.

Esta Corporación se ha pronunciado en distintas oportunidades respecto del derecho de los cotizantes al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud de afiliarse a sus compañeros permanentes del mismo sexo. En el primer pronunciamiento en la materia, la sentencia T-618 de 2000, se concedió el amparo solicitado por una pareja homosexual a uno de cuyos miembros el ISS inicialmente había afiliado como beneficiario de su compañero permanente pero posteriormente había cancelado unilateralmente la afiliación. Consideró la Sala Sexta de revisión que la actuación de la entidad demandada vulneraba los

derechos fundamentales al debido proceso y los principios de buena fe y de dignidad humana de los demandantes⁷.

Sin embargo, ese mismo año, la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-999 sostuvo que la negativa de una entidad promotora de salud a afiliarse como beneficiario al compañero permanente del mismo sexo del cotizante no vulneraba el derecho a la igualdad respecto de las parejas heterosexuales debido a que consideró que la afiliación de los compañeros permanente homosexuales tenía fundamento en la figura de la unión marital de hecho reconocida por el legislador exclusivamente para las parejas heterosexuales. En esa medida afirmó que “[p]or ahora, y teniendo como base el ordenamiento constitucional y legal vigente, no es admisible el argumento en el que se sustenta la violación del derecho a la igualdad de los actores, en tanto se trata de supuestos diferentes, que hacen que su relación no se reconozca como una unión marital de hecho”.

El mismo tópico fue abordado por la Sala Novena de revisión en la sentencia T-1426 de 2000 en la cual se sostuvo que la negativa a la afiliación como beneficiario de un compañero permanente no vulneraba el derecho a la igualdad por cuanto:

“... si la Constitución Política prevé una ampliación gradual de la cobertura, subordinada a la existencia de los recursos que así lo permitan, ha de entenderse que la inclusión del compañero y compañera permanente, en calidad de beneficiarios, al Sistema de Seguridad Social obedeció, en sus inicios, al imperativo constitucional de darle a la persona de distinto sexo, que hace vida marital con el afiliado, el mismo tratamiento que se le veía dando al cónyuge. Y que, la persona del mismo sexo, que hace vida marital con el afiliado, en cuanto no fue constitucionalmente asimilada al cónyuge, no puede acceder al Sistema como beneficiario, porque las normas que rigen la Seguridad Social no lo tienen previsto.

Ahora bien, el principio constitucional de "universalidad", impuesto al Sistema de Seguridad Social por la Constitución Política, ha sido desarrollado por la Ley 100 de 1993 mediante la inclusión de la población en uno de dos regímenes: el

⁷ Sin duda un hecho relevante en este caso era que la persona desvinculada del sistema de seguridad social de salud en virtud de la decisión unilateral del ISS padecía el Síndrome de Inmunodeficiencia Humana y seguía un tratamiento con antirretrovirales el cual no podía ser suspendido.

contributivo o el subsidiado, de tal manera que ninguna persona pueda estar sin protección, como tampoco puede quedar doblemente protegida. Al primero acceden quienes se afilian mediante el pago de una cotización financiada por el afiliado o por éste y el empleador, al segundo se vinculan quienes no están en capacidad de cotizar, a través del pago de una unidad por capitación, subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o del fondo de solidaridad y garantía.

Con fundamento en las anteriores consideraciones se denegó el amparo solicitado, pues se consideró que la negativa de la entidad demandada de afiliar en calidad de beneficiario al compañero del mismo sexo del demandante estaba justificada en la normatividad vigente, la cual a su vez se ajustaba a la Constitución. Esta última sería la postura que prevalecería en la jurisprudencia constitucional, adoptada finalmente en la sentencia SU-623 de 2001⁸.

Empero, la sentencia C-075 de 2007 introdujo una nueva perspectiva al problema pues esta Corporación declaró exequible la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005 “*en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales*”. Por lo tanto a partir de la decisión las parejas homosexuales pueden constituir uniones maritales de hecho cuando hagan “*una comunidad de vida permanente y singular*”. En el mismo orden de ideas para todos los efectos civiles se denominan compañero y compañera permanente a los integrantes de la pareja homosexual que forman parte de la unión marital de hecho.

A la luz de esta decisión la postura hasta ese entonces prevaleciente en el sentido que la negativa a la afiliación en calidad de beneficiario del compañero permanente de un cotizante homosexual se justificaba debido a que el Legislador el régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud había querido amparar específicamente a las parejas heterosexuales en virtud de la figura de la unión marital de hecho perdió asidero, pues esta misma Corporación encontró que la regulación de esta última figura infringía un trato discriminatorio a las parejas homosexuales.

⁸ Con salvamento de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño y Eduardo Montealegre Lynett.

Finalmente en reciente decisión de constitucionalidad, la sentencia C-811 de 2007 se declaró la exequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 *“en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo”*. Para llegar a esta decisión esta Corporación reiteró su jurisprudencia en el sentido que el homosexualismo como una opción de vida legítima, amparada por la Constitución en tanto manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Consideró así mismo que dicha jurisprudencia consagra el principio de no discriminación por razón de la opción sexual y de respeto de la dignidad humana como criterios de protección de los derechos de los homosexuales.

Estimó también la Sala Plena que los argumentos sentados en la sentencia C-075 de 2007 eran aplicables respecto del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, pues esta disposición –al igual que la Ley 54 de 1990– presentaba un déficit de protección que afectaba a los miembros de la pareja del mismo sexo dependientes económicamente de su pareja quienes no tenían posibilidad de ingresar al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo. Situación que ocasionaba un desconocimiento de la dignidad de la persona humana y del principio de igualdad de trato.

Igualmente, la Corte consideró que en el caso de las parejas del mismo sexo resultan aplicables las consideraciones consignadas en la Sentencia C-521 de 2007, mediante la cual la Corporación, al estudiar otro aparte del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, estableció que el acceso de la pareja heterosexual al régimen de salud no exige una convivencia mínima de dos años, sino que puede otorgarse mediante declaración ante juez o notario en la que conste que la pareja efectivamente convive y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia.

La decisión anterior tiene efectos vinculantes a partir del día siguiente de su adopción, según ha sostenido esta Corporación⁹, y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades públicas y los particulares. De lo que se desprende que a partir de la fecha de su adopción las entidades promotoras de salud están obligadas a afiliar como beneficiarios a los compañeros permanentes de los cotizantes sin importar cual sea su sexo, y como corolario de lo anterior a prestarles los servicios de seguridad social en salud en los términos establecidos por las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia.

⁹ Ver sentencia C-973 de 2004.

5. El examen del caso concreto.

De conformidad a lo anotado en el acápite anterior de esta decisión no cabe duda que SALUDCOOP EPS vulneró el derecho fundamental del Sr. AAA al negar la afiliación de su compañero permanente como beneficiario por tratarse de una persona del mismo sexo que el cotizante.

Podría argumentarse que la negativa de la entidad promotora de salud a la afiliación, al igual que la postura de los jueces de instancia al negar el amparo solicitado por el demandante, estaba justificada por un precedente jurisprudencial, pues en la sentencia SU-623 de 2001 esta Corporación había sostenido que la negativa de afiliación como beneficiario en el régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud de una pareja homosexual no constituía un trato discriminatorio debido a que la regulación legal de la materia –el artículo 163 de la ley 100 de 1993- establecía una diferenciación justificada en la especial protección que había hecho el Legislador de los compañeros y compañeras permanentes por medio de la figura de la unión marital de hecho, reservada a las parejas heterosexuales.

No obstante, este razonamiento no es válido precisamente porque en la sentencia C-075 de 2007 se extendieron los efectos de la Ley 54 de 1990, es decir, la figura de la unión marital de hecho y la calidad de compañero o compañera permanente a las parejas homosexuales y tal decisión comenzó a producir sus efectos desde el ocho de febrero de este año. Por lo tanto el argumento esgrimido por la entidad promotora y por los jueces de instancia para negar la solicitud de afiliación era insostenible a la luz de la jurisprudencia constitucional. Por lo tanto debido a que la afiliación del Sr. BBB fue solicitada el siete (07) de marzo de 2007, es decir, un mes después de haberse proferido la sentencia C-075 de 2007, la EPS debió responder de manera afirmativa a tal petición.

Adicionalmente esta Corporación se ha pronunciado ampliamente sobre el efecto vinculante de los precedentes sentados en sentencias de constitucionalidad y sobre la obligatoriedad que tiene tanto los particulares como las autoridades públicas de seguirlos¹⁰, por lo tanto la negativa de SALUDCOOP EPS configuró no sólo una vulneración del derecho fundamental a la igualdad de los Sres. AAA y BBB sino también un desconocimiento injustificado del precedente jurisprudencial en la materia sentado por esta Corporación en Sala Plena.

¹⁰ Ver por todas la sentencia T-292 de 2006.

En virtud de las anteriores consideraciones se revocará la decisión emitida por el Juzgado YYY el veintisiete (27) de abril de dos mil siete (2007) y en su lugar se concederá el amparo solicitado por el Sr. AAA, empero, no se proferirá orden alguna contra SALUDCOOP EPS debido a que se ha configurado una carencia actual de objeto por sustracción de materia.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- Proteger el derecho a la intimidad del peticionario y de su compañero permanente, por lo cual sus nombres no podrán ser divulgados y el presente expediente queda bajo estricta reserva y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados. El secretario general de la Corte Constitucional y el secretario del Juzgado que decidió en primera instancia el presente caso, deberán garantizar la estricta reserva.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil siete (2007), proferida por el Juzgado YYY, en la acción de tutela interpuesta por AAA contra SALUDCOOP EPS.

Tercero. DECLARAR la carencia actual de objeto por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General