

Sentencia C-063/10

AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LA POBLACION INDIGENA DESPLAZADA- Reconocimiento desde el momento de inscripción en el Registro Único de Desplazados

UNIVERSALIDAD Y ESPECIFICIDAD EN LOS DERECHOS HUMANOS-Relación con el principio de diversidad étnica y cultural

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Alcance

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-No deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos

La jurisprudencia ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Ciertamente, cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos

COMUNIDADES INDIGENAS-Derechos fundamentales de los cuales son titulares

La Corte ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C.P., artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (C.P., artículos 1º y 7º) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C.P., artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL- Mecanismo para solucionar antinomias presentadas con el sistema general de derechos fundamentales consagrados en la constitución/**PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-**Límites/**COMUNIDAD INDIGENA-**Límites a la autonomía

La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones. Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70). En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según la Corte, sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y 330). En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, "resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía. Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que

se encuentren referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Carácter sustancial/**PRINCIPIO DE PARTICIPACION DEMOCRATICA**-Aplicación en armonía con el principio de diversidad étnica y cultural

Resulta imperativo entender la aplicación del principio de participación democrática en armonía con el de diversidad étnica y cultural; sólo de esta forma podrá comprenderse el sustento constitucional de procedimientos como la consulta previa a comunidades indígenas en aquellos temas que los afecten directamente. En efecto, garantizar el respeto y promoción de la diversidad étnica y cultural implica la creación de mecanismos que permitan la manifestación de los pareceres, intereses, prioridades, alternativas, etc. de las comunidades culturales que integran la sociedad colombiana y, así mismo, tener en cuenta de forma efectiva estos pareceres al momento del diseño de políticas públicas que afecten a las distintas comunidades culturales que integran la sociedad colombiana. De esta forma la consulta previa resulta la afortunada concreción de dos principios axiales al Estado social cuya construcción previó la Constitución de 1991 y que en este preciso tema deben entenderse con un criterio de complementariedad obligatoria para una real efectividad del contenido constitucional que los mismos involucran

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Contenido y alcance/**DEBER DE CONSULTA DE LAS MEDIDAS QUE SEAN SUSCEPTIBLES DE AFECTAR DIRECTAMENTE A LOS PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES**-Es consecuencia directa del derecho que les asiste de decidir las prioridades en su desarrollo y preservación de la cultura/**COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES**-Deberes del Estado para preservar y garantizar espacios suficientes y adecuados de participación en decisiones que las afectan/**CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT**-Instrumento determinante para que los grupos indígenas y tribales participen en las decisiones que los afectan

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Importancia

La importancia de la Consulta a las comunidades indígenas, en cuanto concreción de los principios de pluralismo, diversidad cultural y mecanismo de reafirmación identitaria, innato a un grupo cultural dentro de una sociedad, la convierte en elemento determinante de la identificación de la Comunidad y, en consecuencia, adquiere el carácter de derecho fundamental de las comunidades indígenas que, a su vez, ayuda a la realización de otros derechos determinantes para éstas, como pueden ser los de subsistencia como grupo diferenciado, identidad cultural y propiedad –especialmente entendida en relación con su territorio-.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS- Implicaciones

Las implicaciones de la Consulta previa como mecanismo para la realización de derechos fundamentales de las Comunidades resalta la importancia que debe darse al procedimiento por el cuál ésta se lleva a cabo. Por esta razón el segundo numeral del art. 6º del Convenio se detiene expresamente en este punto al manifestar que Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias

**CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-
Eventos en que debe realizarse/CONVENIO 169 DE LA
ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT-
Consulta contemplada en el artículo 6º deberá surtirse en los
términos previstos en la Constitución y en la Ley/CONSULTA
PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Corresponde los
operadores jurídicos determinar para cada caso si una medida de
carácter legal o administrativo afecta directamente a una comunidad
indígena**

**OMISION DEL DEBER DE CONSULTA A LAS
COMUNIDADES INDIGENAS Y TRIBALES-Consecuencias
constitucionales**

La importancia de la Consulta determina a su vez las consecuencias de obviar dicho proceso o, incluso, de realizarlo de forma incompleta, fuera de oportunidad o de manera parcial. En estos casos no es un procedimiento vacío, sin sentido ni repercusión sustancial el que se ha obviado. Su indebida realización o su absoluta omisión traerán consecuencias constitucionales y, sobre todo, iusfundamentales dentro del proceso de determinación de la política pública estatal o de la toma de decisión por parte de la administración, por cuanto se estaría dejando

de lado la concreción de principios fundamentales en el actuar de un Estado fundado en la toma de decisiones mediante procedimientos democráticos que, por tanto, posibiliten una participación que garantice la inclusión de los distintos grupos culturales que integran la sociedad, honrando de esta forma el principio de diversidad cultural

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT-Hace parte del bloque de constitucionalidad

**CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-
Características**

Respecto de la Consulta puede decirse: i. Que es fruto del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio. ii) Que la misma resulta ser la concreción de muchos principios esenciales a cualquier orden estatal con pretensiones de avance en el camino de la democracia y, por consiguiente, con pretensiones de ser reconocido como democrático. iii) El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a su través se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas. iv) Tan importante es su significación sustancial, como el procedimiento por el cual se lleve a cabo, ya que al realizarlo se están protegiendo principios constitucionales y derechos fundamentales. v) Su realización resulta obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la comunidad se vea directamente afectada por la disposición normativa, ya sea ésta de naturaleza legal o administrativa. vi) Cuando una comunidad se ve afectada de la misma forma e intensidad que el resto de la población, no se está ante un caso que requiera la realización de consulta previa. vii) La no realización de la consulta afecta principios y derechos fundamentales esenciales en un Estado social y democrático como el colombiano, por lo tanto su omisión tendrá efectos en la aplicación y en la exequibilidad de la respectiva disposición.

**SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL EN SALUD DE
COMUNIDADES INDIGENAS-Regulación**

**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE
COMUNIDADES INDIGENAS-Objeto y contenido**

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDADES INDIGENAS-Aspectos determinantes de la ley 691 de 2001

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDADES INDIGENAS-Características

Respecto del régimen de protección social en salud previsto para las comunidades indígenas debe destacarse: i. El mismo responde a una concepción plural respecto del servicio de salud, que impone a los operadores jurídicos que lo desarrollen la necesidad de hacer consideraciones respecto del entorno natural, el cuadro de enfermedades, la base alimentaria, los procedimientos de curación tradicionales, los medicamentos para tal efecto utilizados y demás elementos que diferencien a las comunidades indígenas de la sociedad mayoritaria. ii. En esta medida se ha avanzado en la implementación de un sistema de aseguramiento en salud que responda a las condiciones de vida de las comunidades en materias como subsidio a la prestación del servicio, afiliación conjunta de toda la comunidad, prelación respecto de otros sectores poblacionales, participación de sus autoridades legítimas y tradicionales en la toma de decisiones, etc. iii. El sistema de seguridad social en salud de las poblaciones deberá prever un plan obligatorio de salud adaptado a las necesidades que cada comunidad tenga, atendiendo aspectos propios de la comunidad como son su cuadro epidemiológico, sus procedimientos de curación y los medicamentos que la comunidad emplea

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Derecho de libre elección

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDADES INDIGENAS-Alcance distinto de otros sectores de la población

AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LA POBLACION DESPLAZADA Y DESMOVILIZADA-No se desprende que tenga como objetivo la regulación específica de una situación que afecte directamente a la población indígena

Para la Corte del análisis del literal acusado no se desprende que este tenga como objetivo la regulación específica de una situación que afecte directamente a la población indígena por varias razones: i) El sujeto pasivo directo de la regulación es la población desplazada y

desmovilizada, mas no la población indígena, ii) Al regular la protección en salud de población desplazada y desmovilizada no se hace referencia inmediata a elementos esenciales de la cosmovisión de ninguna comunidad indígena para identificar al sujeto pasivo de dicha regulación. No quiere esto decir que la protección en salud de dicho universo poblacional no afecte a miembros de comunidades indígenas o, incluso, a comunidades indígenas enteras –que se encuentren en situación de desplazamiento-; sin embargo, la disposición acusada no utiliza como parámetro identificador del objeto de regulación elemento alguno que defina social, política o culturalmente a ninguna comunidad indígena, iii) La afectación que la población indígena pueda llegar a experimentar en este específico caso será producto de un elemento que en el análisis lógico resulta previo y de mayor amplitud conceptual que la condición de indígena: el carácter de desplazado, iv) En acuerdo con lo expresado por la segunda razón, la situación de desplazamiento o desmovilización no resulta definitiva de su condición de comunidad indígena. Por esta razón, la situación que se regula por parte de dicho literal –desplazamiento o desmovilización- no es de la esencia de ninguna comunidad indígena, de manera que no resulta posible sostener que se está haciendo referencia de manera velada a un asunto que la afecte directamente a la población indígena en general, v) Un argumento fáctico que refuerza la conclusión obtenida resulta de comprobar el reducido porcentaje que representa la población indígena respecto del universo de población desplazada. No quiere decir la Corte que sean pocas las personas indígenas en esa situación, ni que su número mengüe de forma alguna la tragedia social que el desplazamiento representa para el Estado colombiano. El argumento sostiene que cuando se está entre el 2.28% y el 6.9% de un universo poblacional, no existe argumento para sostener que una referencia a la población desplazada deba entenderse como una referencia directa a la población indígena.

Referencia: expediente D-7755

Demanda de inconstitucionalidad
contra el literal i del artículo 14 de la
ley 1122 de 2007.

Actor: Emigdio Velasco Calambás.

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO.

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Emigdio Velasco Calambás demanda en el literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, *“por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, por considerar que vulnera el artículo 7° de la Constitución y el literal a) numeral 1° del artículo 6°, el artículo 7° y el artículo 25 del Convenio 169 de 1989 de la OIT.

El Magistrado Sustanciador, mediante Auto de tres (3) de junio de 2009, admitió la demanda, dispuso su fijación en lista y simultáneamente corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó oficiar al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de la Protección Social, al Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH y a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, así como invitar a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC-, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJusticia- y a las Facultades de Derecho de las Universidades Andes, Externado, Javeriana, Libre, Nacional, Jorge Tadeo Lozano, Tecnológica del Chocó, Autónoma, de Antioquia, Santo Tomás, del Cauca, Rosario y de Cartagena a que intervinieran impugnando o defendiendo la disposición acusada.

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

II.- DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada y se subraya el aparte acusado, conforme a su publicación en el Diario Oficial:

“LEY 1122 DE 2007

(enero 9)

Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007

Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

“ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

“Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

“A partir de la vigencia de la presente ley el Sistema tendrá las siguientes reglas adicionales para su operación:

“i) La afiliación inicial de la población de desplazados y desmovilizados cuyo financiamiento en su totalidad esté a cargo del Fosyga se hará a una Entidad Promotora de Salud de naturaleza pública del orden nacional, sin perjuicio de que preserve el derecho a la libre elección en el siguiente período de traslado. El Gobierno Nacional reglamentará la afiliación de esta población cuando en el respectivo municipio no exista dicha oferta;”

III. LA DEMANDA

El ciudadano Emigdio Velasco Calambás acusa la inconstitucionalidad de la totalidad del literal i) del artículo 14 de 2007, por considerar que vulnera el artículo 7 de la Carta Política y los artículos 6, 7 y 25 del Convenio 169 de 1989.

Arguye el accionante que el literal i) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 al obligar a que la población desplazada se afilie necesariamente a la EPS pública de ámbito nacional incurre en una omisión de naturaleza inconstitucional, pues consagra una norma que afecta a la población indígena desplazada sin haber realizado el procedimiento de consulta previa prevista por el artículo 6° del Convenio 169, obviando la realización de uno de los principales requisitos constitucionales en materia de normatividad que afecta a las comunidades indígenas, la consulta previa, y, por consiguiente, vulnerando uno de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que se encuentran en situación de desplazamiento.

Afirma que el carácter general del aparte demandado, en cuanto se aplica sin distingo a la población desplazada, no riñe con la afectación directa que dicha disposición tiene en ámbitos propios de la población indígena desplazada, ya que limita la autonomía de escoger la empresa prestadora de salud a la cual desean afiliarse. Esto en cuanto “los pueblos indígenas han creado sus instituciones para que los atiendan de acuerdo a su particular concepción en salud”, lo que no puede ser desconocido por el Gobierno al estructurar el sistema general de prestación del servicio de salud.

De igual forma considera que la exigencia del literal i) vulnera el principio de diversidad étnica y cultural en cuanto la obligación de afiliarse a una EPS determinada y distinta a sus necesidades culturales menoscaba su derecho de ser tratado de acuerdo a su particular cosmovisión, garantía que se debe mantener incluso en su condición de desplazamiento pues es concreción del principio previsto por el artículo séptimo de la Constitución.

Finalmente, entiende que se vulnera el artículo 25 del Convenio 169 de 1989 porque el Gobierno no garantizaría los instrumentos que permitan la puesta en marcha de servicios de salud adecuados para las poblaciones indígenas en situación de desplazamiento, en cuanto éstos no estarían bajo la responsabilidad y el control de estas comunidades, y podrían no tener en cuenta sus específicas condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales.

IV. INTERVENCIONES

1.- Intervención del Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social solicitó que se declare exequible la disposición acusada, por considerar que con ella no se afecta a la población indígena en situación de desplazamiento.

Luego de enumerar las variadas manifestaciones que en nuestro ordenamiento se presentan del principio de diversidad étnica y cultural, y de recalcar que las mismas se dirigen a la protección de las distintas manifestaciones de la especial cosmovisión de los pueblos indígenas, el escrito del Ministerio hace una relación de las disposiciones legales que regulan la prestación del servicio de salud a las poblaciones indígenas. Así menciona la ley 21 de 1991, que prevé la ampliación gradual y progresiva a los pueblos interesados y su aplicación sin discriminación alguna; el artículo 181 de la ley 100 de 1993 que, entre los tipos de organizaciones que promueven la salud, menciona las EPS indígenas; la ley 691 de 2001 que reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema general de seguridad social en Colombia, dedicándose a cuestiones como su acceso y la participación de los pueblos indígenas en los servicios de salud; y, finalmente, la ley 1122 de 2007, que previó la afiliación al sistema general de salud de la población desplazada.

Con base en la reseña normativa mencionada el Ministerio concluye que el literal demandado garantiza la efectiva prestación del servicio de salud a la población en situación de desplazamiento sin generar discriminación alguna, garantizando su cobertura en cualquier parte del territorio por medio de la EPS pública de cobertura nacional. Adicionalmente, no vulnera el derecho a la libre escogencia en la medida que la vinculación a la EPS pública se da únicamente al inicio de la situación de desplazamiento, permitiendo que dicha población, dentro de los períodos de traslados definidos por los reglamentos, escoja la EPS de su preferencia.

2. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

El Dr. Fernando Gómez Mejía, actuando a nombre del Ministerio del Interior y de Justicia, solicitó se declarara la exequibilidad de la disposición acusada.

De acuerdo con su análisis sólo resulta obligatoria la realización de la consulta previa en aquellos casos en que una comunidad o varias de ellas sean afectadas de forma *directa*; agrega que, en sentencia C-030 de 2008, la Corte Constitucional concluyó que la consulta sería obligatoria en los casos de disposiciones legales o administrativas que sean susceptibles de afectar a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas

disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.

En el presente caso la disposición acusada no está afectando de forma directa a comunidad indígena alguna, pues la misma está dirigida a la población desplazada, máxime si se tiene en cuenta que el porcentaje de población indígena desplazada equivale a menos del 3% del total de ésta¹. Adicionalmente, luego del período inicial de afiliación, se reconoce el derecho a afiliarse a la EPS que consideren más conveniente de acuerdo con sus necesidades.

3. Intervención de la Defensoría del Pueblo

En su escrito el Defensor del pueblo inicia haciendo un recuento de la normatividad que desde 1990 existe en Colombia para prestar el servicio de salud a las comunidades indígenas. De esta forma crea un contexto normativo que finaliza con la regulación vigente, es decir la ley 691 de 2001, cuerpo normativo concebido exclusivamente para regular la prestación del servicio de salud a las comunidades indígenas.

Respecto del caso en concreto el escrito hace referencia a tres asuntos: i. la vigencia de la ley 691 de 2001 y su eventual derogación o modificación por la ley 1122 de 2007; ii. la necesidad de llevar a cabo el proceso de consulta previa en el trámite legislativo que condujo a la expedición de la ley 1122 de 2007; y iii. determinar si la situación existente corresponde a una omisión legislativa con los efectos que de ella se derivan.

Al analizar el primer asunto, la Defensoría estudia las condiciones exigidas para la aplicación de la ley 691 de 2001 y concluye que la misma está destinada a regular el Sistema de Seguridad Social en Salud de comunidades indígenas asentadas en territorios propios y regidas por autoridades tradicionales. En palabras de la Defensoría *“la Ley 691, especialmente el artículo 4º, parte de la base de que los pueblos indígenas que cobija esta ley como destinatarios del Sistema de Seguridad Social Especial Indígena deberán estar asentados en unos territorios que son suyos y gobernados por unas autoridades tradicionales, donde la afiliación de los pueblos indígenas al Sistema de seguridad Social Especial Indígena es un acto colectivo de la comunidad más no individual, en los términos del artículo 17. De hecho, tales*

¹ De acuerdo a la intervención del Ministerio del Interior y de Justicia, según la cual a 31 de mayo de 2009 la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional estableció que el porcentaje de indígenas entre la población desplazada era 2.28% -folio 104-.

características determinan que este Sistema de Seguridad Social Especial se encuentre íntegramente ligado al concepto de territorio que subyace a la existencia de los resguardos”². Por el contrario, la disposición acusada tiene como sujeto a la población indígena desplazada, situación en la cual ambos elementos están ausentes, presentándose una situación fáctica completamente diferente a la prevista por la primera disposición.

Refiriéndose a la obligatoriedad o no de la consulta el documento recordó que ésta es preceptiva únicamente en los casos en que una disposición afecte “*directamente*” a comunidades indígenas o afrodescendientes; en los demás eventos “*el compromiso de los Estados se remite a la promoción de oportunidades de participación, al menos equivalente a las que están al alcance de los otros sectores de la población, en los términos de los artículos 2º y 79 CP*”³. Sobre esta base conceptual analiza el impacto que el desplazamiento forzado por el conflicto interno ha tenido en la población indígena –para lo cual utiliza datos y conclusiones obtenidos y presentados en el 2008 por CODHES e incluidos en el Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional⁴-, concluyendo que en el presente caso la directa repercusión de las medidas sobre el sistema de protección social en salud sobre la población indígena desplazada hacía necesaria la realización de la consulta previa. Al respecto expresa “*Sin lugar a dudas, los efectos de la aplicación de la normatividad citada comprometen la atención en salud de las comunidades indígenas desplazadas, puesto que se trata de la prestación de un servicio de carácter indiferenciado, ajeno a las caras particularidades de los pueblos indígenas, cuya atención se debe garantizar a efectos de posibilitar su supervivencia. No cabe duda que la aplicación del Sistema Especial en Salud a grupos y pueblos desarraigados que circundan indiscriminadamente la geografía nacional en busca de seguridad y tranquilidad perdidas constituye un reto para la política pública; pero la omisión de su satisfacción puede, bien por el contrario a la finalidad perseguida, profundizar y perpetuar el desarraigo cultural, económico y social ya impulsado por los actores del conflicto. De lo anterior se colige que la respuesta estatal a un problema de salud pública a favor de un grupo poblacional que ya era víctima de tradicional y profunda discriminación, compromete el diseño de políticas públicas que atiendan los derechos y deberes de las comunidades étnicas, no sólo indígenas, circunstancia que por su carácter central a la*

² Documento de intervención en expediente D-7755, p. 11 –folio 61-.

³ Documento de intervención en expediente D-7755, p. 13 –folio 63-.

⁴ Boletín n. 74 del 25 de septiembre de 2008 de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES- citado en la intervención de la Defensoría del Pueblo en el presente proceso, p. 16 –folio 66-.

supervivencia, más allá que la permanencia de gran número de pueblos, resultaba inevitable la consulta previa con las autoridades indígenas”⁵.

Por esta razón concluye que en el presente caso se presenta una omisión legislativa relativa, en este sentido manifiesta que *“teniendo en cuenta la ausencia de consulta previa a las comunidades indígenas en las materias previstas en el literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, y que esa normativa regula situaciones distintas a las previstas en la Ley 691 de 2001, necesariamente la decisión debe conducir a la declaratoria de la omisión legislativa relativa planteada por el accionante, [...]”⁶.*

Por las razones anotadas la Defensoría apoya las pretensiones de la demanda y coadyuva la acción de inconstitucionalidad incoada.

4. Intervención de la Universidad del Cauca

La Dra. Kenny Elizabeth Campo Sarzosa, en nombre de la Universidad del Cauca, hace un resumen del significado que la consulta previa tiene para las comunidades indígenas y la importancia de valorarla en conjunto con los demás principios constitucionales existentes en nuestro ordenamiento.

Tras realizar algunas reflexiones sobre el número de personas en situación de desplazamiento y el porcentaje de población indígena de ellos -6.89%⁷-, sostiene que en este caso concreto, aunque la medida afecta de manera directa a las comunidades indígenas en situación de desplazamiento, la declaratoria de inexecutable de la disposición demandada conllevaría a una desprotección total de la población desplazada en lo relativo a la prestación del servicio de salud, lo que implicaría un perjuicio mayor que el beneficio obtenido al expulsar del ordenamiento una norma que, debiendo haber cumplido el proceso, no fue sometida a consulta previa. En palabras de la directora del departamento de Derecho público *“[l]a especial situación de indefensión y vulnerabilidad de la población desplazada y desmovilizada demanda una regulación expedita como la prevista en el literal i) del artículo 14 de la ley 1122 que facilite su oportuno regreso al sistema de salud, sin perjuicio del derecho de cada afiliado de elegir otra EPS en el siguiente período, tal como lo prevé la misma norma. El peso ponderado del derecho de la población desplazada al sistema en salud mediante la*

⁵ Documento de intervención en expediente D-7755, p. 19 –folio 69-.

⁶ Documento de intervención en expediente D-7755, p. 21 –folio 71-.

⁷ De acuerdo con el informe de la Comisión de seguimiento de las Políticas Públicas sobre el desplazamiento forzado, publicado el 12 de marzo de 2009 –folio 138-.

afiliación inicial a una EPS de naturaleza pública del orden nacional precede en este caso, al derecho de los pueblos indígenas a que la norma que los afecta directamente sea objeto de consulta previa y por lo tanto, por ese aspecto, la norma demandada es constitucional y así debe declararlo la Corte Constitucional”⁸.

Respecto de una posible omisión relativa por parte de la disposición acusada concluye la Dra. Campo que, en efecto, la no previsión de las especiales elementos que, acorde del principio de diversidad étnica y cultural, debieron tenerse en cuenta al prever el sistema de seguridad social en salud para la población indígena, resulta motivo suficiente para considerar que se presentó un trato contrario a preceptos constitucionales respecto de una parte del grupo afectado por el literal i. del artículo 14 de la ley 1122 de 2007. De manera que apoya la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición acusada, en el entendido que *“los ciudadanos desplazados que se reconozcan como pertenecientes a una comunidad indígena, podrán optar para la afiliación inicial entre una EPS pública del orden nacional o una EPSI que tenga contrato vigente con la ARSI que administre los subsidios estatales a la comunidad a la que pertenece el ciudadano indígena desplazado, sin perjuicio del derecho a la libre elección en el siguiente período de traslado”*.⁹

En resumen, la Dra. Campos considera que en este caso la consulta previa era un paso obligatorio en el procedimiento de formación de la ley, pero que, pese a su no realización, no procede la declaratoria de inexecutable del literal acusado debido al grave perjuicio que generaría en la atención en salud de la población desplazada. Respecto del otro cargo, considera que sí se presentó una omisión legislativa de carácter relativo y que la misma debe ser subsanada por medio de una sentencia de constitucionalidad condicionada por parte de la Corte Constitucional, en el sentido de permitir que la población indígena desplazada escoja entre la EPS pública de carácter nacional o una EPS-S indígena.

5. Intervención del Ministerio de Hacienda

Por medio de apoderado el Ministerio de Hacienda presentó escrito en el que rechaza las peticiones de la demanda. Los argumentos utilizados por el apoderado del Ministerio se basan en una interpretación de la disposición acusada distinta de aquella que hace el actor.

⁸ Documento de intervención en expediente D-7755, p. 7 –folio 119-.

⁹ Documento de intervención en expediente D-7755, p. 13 –folio 124-.

Respecto del cargo concerniente a la no realización de la consulta previa arguye que el precepto demandado no se refiere a la población indígena en especial; por el contrario hace referencia a una situación –la de desplazamiento- que ha sido considerada por la Corte como una situación objetiva, para la cual la ley 1122 de 2007 prevé un “*mecanismo ‘ciego’ de protección excepcional de la población desplazada*”. Así, en cuanto no regula condiciones especiales de la población indígena, sino prevé una protección excepcional ante una situación extraordinaria que *per se* implica una condición –el ser desplazado-, es erróneo considerar que en su procedimiento de creación era necesaria la realización de una consulta previa.

Respecto del segundo cargo, considera el Ministerio que si bien el literal acusado impone la afiliación de la población desplazada a la EPS de carácter nacional, dicha previsión debe entenderse como “a prevención”, pues, interpretada sistemáticamente con el régimen establecido por la ley 691 de 2001, se concluye que la población desplazada en la que concurra la condición de indígena podrá escoger entre la protección excepcional brindada por la ley 1122 de 2007 o por el régimen especial previsto para estas comunidades por la ley 691 de 2001, respecto del cual existen garantías especiales para su protección, como son la garantía respecto de su fuente de financiación y la prioridad en la afiliación al régimen subsidiado. Al respecto manifiesta el apoderado del Ministerio “*En este sentido, estaríamos en el caso extremo de aceptarse alguna omisión del Legislador al no prever un régimen para las personas en quienes converjan la condición de desplazados e indígenas sería una omisión legislativa absoluta (sic). Sin embargo, dada la regulación vigente, los indígenas, que tienen prelación sobre otros grupos de población vulnerable como ha quedado estipulado en diversos acuerdos del CNSSS, entre ellos el acuerdo 244, debe procederse a su afiliación según el régimen especial vigente para los pueblos indígenas y no mediante este programa excepcional de afiliación de desplazados previstos en la norma acusada de la Ley 1122 de 2007*”.

De acuerdo con la interpretación del Ministerio de Hacienda, un análisis sistemático de la regulación existente guía a la conclusión que a la población indígena en condición de desplazamiento se le permite escoger entre afiliarse a la EPS que prevé el literal i del art. 14 de la ley 1122 o a una EPS-S indígena que funcione de acuerdo a los lineamientos dados por la ley 691 de 2001.

6. Intervenciones extemporáneas

La facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás sede Bogotá presentó intervención fuera del período de fijación en lista, razón por la cual no será tenida en cuenta para efectos de este proceso.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El concepto fiscal inicia haciendo hincapié en el carácter plural con que el artículo segundo constitucional define al Estado colombiano, lo cual encuentra plena armonía con el principio de diversidad étnica y cultural previsto en el séptimo artículo de la Constitución. El reconocimiento constitucional guarda armonía con la identidad que como sujeto plural, titular de derechos y obligaciones, son exponentes de una cultura común que las diferencia de otros grupos rurales que habitan el territorio colombiano¹⁰.

La autonomía indígena, como lo ha afirmado la jurisprudencia constitucional, resulta una expresión clara y contundente de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, al punto que ha motivado el reconocimiento expreso de los “derechos especiales” que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica –art. 72 Constitución-.

Explica el concepto del procurador cómo esta autonomía viene respaldada y es protegida por distintas disposiciones del Convenio 169 de la OIT, cuerpo normativo que consagra en su octavo artículo que “ ‘*al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, garantizando a dichos pueblos el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8 num. 1º y 2º)*’”.

Concluye que la autonomía reconocida resulta uno de los vehículos para concretar la protección y respeto a su diversidad étnica y cultural.

Continúa el concepto resaltando que una de las manifestaciones de dicha autonomía se concretó en la ley 691 de 2001, por medio de la cual se reguló la participación de los grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este sentido, el artículo 17 del mencionado cuerpo normativo consagra el principio de la libre escogencia de la

¹⁰ En este sentido menciona las sentencias S-383 de 2003 y T-634 de 1999

administradora de régimen subsidiado –en armonía con lo previsto por el art. 157 de la ley 100 de 1993, que expresamente incluye a estas comunidades como afiliadas al régimen subsidiado de seguridad social en salud-, determinando que “compete a cada comunidad indígena decidir sobre la selección o el traslado de administradora de régimen subsidiado –ARS-, mediante el procedimiento que ella establezca y en acta firmada por sus propias autoridades”. Esta opción fue avalada por la Corte Constitucional que al respecto manifestó *“la forma particular en que funcionan estas comunidades, requiere que sean ellas mismas las que establezcan el procedimiento de escogencia de la ARS a la que se afiliarán sus miembros, pues son las que mejor conocen sus necesidades en materia de salud”*.

Sirve lo anterior de fundamento para que la vista fiscal concluya que *“el derecho de las comunidades indígenas para escoger de forma libre e independiente la institución que administrará los recursos del régimen subsidiado de salud del cual son destinatarios, es trasunto de su autonomía y debe ser abordado a partir de la facultad expresa de conservar su integridad y unidad socio cultural”*.

Por esta razón la Procuraduría General de la Nación entiende que en este caso resulta evidente el desconocimiento por parte del legislador de la autonomía garantizada por la Constitución a las comunidades indígenas, pues al obligarlas a que, cuando se encuentren en condición de desplazamiento, se afilien a una EPS que no consulte o atienda sus creencias, costumbres y tradiciones propias “supone un arbitrario sometimiento a un sistema de salud que les resulta ajeno, extraño a sus convicciones íntimas y, en esa medida, ilegítimo”. En este orden de ideas solicita que se condicione la exequibilidad del literal i) del artículo 14 de la ley 1122 en el entendido que en la afiliación inicial de que trata garantice a los indígenas que integran la población de desplazados la libre elección de una EPS conforme con las costumbres, creencias, tradiciones y saberes comunitarios que integran su específica cosmovisión.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer el asunto de la referencia, pues se trata de una demanda interpuesta contra una norma que hace parte de una ley de la República.

2. Hermenéutica de la disposición acusada, cargos de la demanda y planteamiento del problema jurídico

2.1. Sentido del literal i) del art. 14 de la ley 1122 de 2007

El precepto acusado es el literal i) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, el cual prevé

“i) La afiliación inicial de la población de desplazados y desmovilizados cuyo financiamiento en su totalidad esté a cargo del Fosyga se hará a una Entidad Promotora de Salud de naturaleza pública del orden nacional, sin perjuicio de que preserve el derecho a la libre elección en el siguiente período de traslado. El Gobierno Nacional reglamentará la afiliación de esta población cuando en el respectivo municipio no exista dicha oferta;”

De su lectura se deducen distintos elementos que van integrando el sentido de la disposición, algunos de los cuales, a su vez, tienen su contenido determinado por otras normas que regulan el tema, razón por la cual resulta adecuada su mención en orden a su total comprensión.

En primer lugar debe decirse que, en ejercicio de las facultades otorgadas por los artículos 172 y 212 de la ley 100 y el parágrafo 2º del art. 3º de la ley 1122 de 2007, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del Acuerdo 415 de 2009, desarrolló el régimen de la afiliación al sistema de salud subsidiado.

La regulación del tema inicia con el artículo 14 del mencionado Acuerdo. Según su texto, la afiliación al régimen de seguridad social en salud se dará sólo por una vez, sea al régimen contributivo o al subsidiado; respecto de la afiliación al régimen subsidiado, el art. 15 prevé que será el proceso por el cual la población elegible se afilia al Régimen de Seguridad Social en Salud y escoge libremente una EPS-S; el proceso de libre escogencia de la EPS-S se garantiza por medio de las condiciones previstas en el art. 18, entre las que se cuenta la información sobre las EPS-S que funcionan en el respectivo municipio, la difusión de las obligaciones generales de las EPS-S para con sus afiliados –carta de desempeño- y el resultado de la evaluación de desempeño llevada a cabo por los organismos de control y vigilancia, obligaciones que estarán a cargo de las entidades territoriales responsables del funcionamiento del régimen subsidiado de salud; la regla general de libertad en la afiliación es exceptuada por las previsiones del art. 22 respecto de las poblaciones especiales, entre las cuales se cuenta la población desplazada, norma que

reitera lo previsto en el literal demandado sobre el deber de realizar la afiliación inicial de esta población en la EPS-S de carácter nacional;

Para comprender lo relativo al traslado de un afiliado de una EPS-S a otra también del régimen subsidiado es presupuesto necesario tener presente lo establecido por el art. 53 del Acuerdo, según el cual los contratos que realicen las entidades territoriales para la prestación del servicio tendrán vigencia de un año, iniciando su período de vigencia el 1 de abril de cada año y finalizándolo el 31 de marzo siguiente. A este lapso de tiempo se denomina período de contratación. Siguiendo con lo establecido en el Acuerdo, el art. 17, que determina como regla general que una vez afiliada a una EPS-S la persona debe permanecer en ella como mínimo un año calendario antes de poder solicitar el traslado a otra EPS-S, excepto situaciones excepcionales previstas en el mismo acuerdo que no son relevantes para el caso en estudio; esto es confirmado por el art. 34, disposición que señala los meses de enero y febrero como el tiempo en que el afiliado puede manifestar a la EPS-S su intención de realizar un traslado; una vez realizado el procedimiento de traslado previsto en el art. 35, éste se hace efectivo a partir del primer día del nuevo período de contratación, esto es el 1° de abril siguiente.

De lo hasta ahora anotado, concluye la Corte que el literal acusado prevé la afiliación de la población desplazada a la EPS-S de carácter público del orden nacional, siendo posible el cambio de esta EPS-S mediante el procedimiento previsto en el Acuerdo, siempre que éste se realice durante los meses de enero y febrero que prosigan al cumplimiento del año de afiliación.

Habiéndose aclarado el sentido que, respecto de la obligación de afiliación inicial debe darse al literal i), procederá la Corte al análisis de la demanda.

2.2. Análisis de los cargos presentados en la demanda

Como se explicó al inicio, el demandante sostiene que el literal i. del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 afecta directamente a las comunidades indígenas que se encuentren en situación de desplazamiento, por cuanto impone su afiliación a un régimen de salud distinto a aquel especialmente creado para ellas por la ley 691 de 2001 y normas que la reglamentan. Ante esta situación el demandante señala la ocurrencia de una omisión legislativa, pues el legislador habría obviado que el régimen de seguridad social en salud prevé que las comunidades indígenas se afilien colectivamente a las EPS-S indígenas, posibilidad que no se incluyó en el literal demandado, vulnerando normas parámetro de control

constitucional de la ley 1122 de 2007. El mencionado precepto sería inconstitucional por contrariar los mandatos de normas incluidas en el bloque de constitucionalidad –arts. 6, 7, 8 y 25 del Convenio 169 de la OIT-, indirectamente los artículos de la Constitución que sustentan la existencia del bloque de constitucionalidad y el artículo 7° de la Constitución, en el que consagra el principio de diversidad étnica y cultural.

De la lectura de la demanda de inconstitucionalidad presentada, la Corte encuentra que las razones expuestas configuran dos cargos en contra de literal i) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007:

- i. El incumplimiento del deber de consulta que el numeral 1. del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT obliga realizar a los Gobiernos cuando una norma legislativa afecte directamente a las comunidades indígenas.
- ii. La vulneración del principio de diversidad étnica y cultural consagrado en el artículo 7° de la Constitución y de los numerales 1 y 2 del artículo 7° del Convenio 169 de 1989, por desconocer la condición particular de los pueblos indígenas a decidir “*sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, así como a contar con su participación y consentimiento*”.

2.3. Problemas jurídicos a resolver

A partir de los cargos expuestos, se concluye que son dos los problemas jurídicos que el presente caso plantea ante la Corte Constitucional:

- a. ¿En desarrollo del proceso de creación legislativa del literal i) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 debió realizarse el procedimiento de consulta a las instancias representativas de las comunidades indígenas afectadas por sus efectos?
- b. En caso de concluir que no, ¿dicha disposición desconoce el principio de diversidad étnica y la condición particular de los pueblos indígenas de decidir los asuntos relativos a su desarrollo por no prever la posibilidad que las personas desplazadas pertenecientes a comunidades indígenas puedan afiliarse, desde el inicio, a una EPS-S que preste el servicio de salud de acuerdo con su específica concepción de la salud?

Siendo estos los dos problemas jurídicos a resolver por parte de la Sala, la sentencia hará referencia: i.) al concepto de universalidad en la teoría de los derechos humanos y su relación con el principio de diversidad étnica y cultural; ii.) al procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas; iii.) al sistema general de protección social en salud previsto para las comunidades indígenas; iv.) al derecho de libre elección de EPS garantizado en el sistema general de seguridad social en salud; y v.) se solucionarán los problemas jurídicos que planteados en la demanda.

3. Consideraciones para el caso en concreto

3.1. Universalidad y especificidad en los derechos humanos y su relación con el principio de diversidad étnica y cultural

Una noción característica de los derechos humanos es la universalidad de los mismos, es decir, la posibilidad de aplicarlos a todos los hombres y mujeres más allá de criterios temporales y espaciales. Esto en razón a que los derechos humanos son manifestación directa de la dignidad que está íntimamente relacionada con el concepto de ser humano.

Los derechos de los grupos indígenas son uno de aquellos casos en donde el concepto de universalidad se denota como insuficiente para dar solución a las necesidades de protección existentes. No se trata ahora de un evento de oposición radical a las ideas de dignidad que propugnan los derechos humanos; tampoco de un particularismo tan especial que obligue a replantear el principio nuclear de los estos derechos. Simplemente, los sistemas pluriculturales han puesto de presente que la protección que es inherente a los derechos humanos exige el reconocimiento de un contenido especial, que sea acorde con una forma de vida que tiene su propio concepto acerca de ideales como la dignidad y la solidaridad.

Son los mismos ideales, con un contenido no muy distante y una especial aplicación, los que resultan un reto ineludible para el principio de universalidad como elemento central del Estado social. En este tipo de Estado la idea de universalidad no debe implicar homogeneidad, entendiendo por ésta una aplicación de derechos humanos fundados en principios y contenidos idénticos para grupos poblacionales diversos. Por el contrario, la universalidad debe concretar el principio de dignidad humana, reconociendo la posibilidad de aplicaciones diversas fundamentadas en, como en el caso de los indígenas, una especial

cosmovisión que implica expresiones culturales, religiosas, políticas, organizativas diferentes a las de la cultura mayoritaria¹¹.

En este marco conceptual y jurídico es donde se encuentra el principio de diversidad étnica y cultural. Como se indicó anteriormente, este principio -consagrado en el artículo 7º- es fruto de una visión propia de un Estado que a partir de una base de organización y funcionamiento democrático tiene como elemento definitorio el carácter social que debe guiar la definición de sus actuaciones, especialmente a través de la determinación de su política pública. Este principio se encuentra en consonancia con otras disposiciones constitucionales, como son el artículo 8º que impone la obligación de proteger la riqueza cultural de la nación; el artículo 9º que garantiza el respeto a la autodeterminación de los pueblos; el artículo 10º que reconoce el carácter de lenguas oficiales dentro del territorio colombiano a las habladas por los distintos grupos étnicos; el artículo 68 que reconoce el derecho a la etnoeducación o educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los grupos étnicos; el artículo 70 que establece que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la identidad nacional; y el artículo 72 que impone el deber de protección sobre el patrimonio cultural de la nación y la regulación de los derechos especiales que puedan tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica¹².

Consideraciones respecto de la concreción de este principio podemos encontrar en la sentencia SU-510 de 1998, en donde la Corte determinó

“44. El anotado principio otorga a las comunidades indígenas, entendidas éstas como *los conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales* (Decreto 2001 de 1988, artículo 2º), un *status* especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios (C.P., artículo 246). Igualmente, la Carta les confiere el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres (C.P., artículo 330); consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes (C.P.,

¹¹ Boisson Jacques señala la impertinencia de invisibilizar las diferencias culturales, puesto que: “las diferencias culturales expresan la riqueza de las respuestas que el hombre ha hallado para adaptar a sus necesidades los diferentes medioambientes que ha encontrado en el curso de su historia. La variedad de las formas de culturas es, por lo tanto, el garante de la supervivencia de la especie y como tales deben ser protegidas y su dignidad respetada.” Boisson Jacques, *Introducción: los derechos de los pueblos*, en: Rojas Francisco (edit.), *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*, FLACSO, San José, 1982, p. 17.

¹² En este sentido sentencias T-380 de 1993, C-104 de 1995 y T-349 de 2008.

artículos 171 y 176); y, les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios (C.P., artículos 63 y 329).¹³

“45. Adicionalmente, la Corte ha considerado que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales. En este sentido, la Corporación ha manifestado que “[e]l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.”¹⁴

“A este respecto, la jurisprudencia ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Ciertamente, cada comunidad indígena es un verdadero *sujeto colectivo* y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos (C.P., artículo 88).¹⁵

“46. Con base en la anterior doctrina, la Corte ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C.P., artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (C.P., artículos 1° y 7°) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C.P., artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.¹⁶ (Negrillas y subrayas fuera del original)

En este sentido la diversidad étnica y cultural se manifiesta en posibilidades de expresión, mantenimiento e, incluso, profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio de nuestro Estado. Por eso resultan de vital importancia para su concreción elementos como la educación, las garantías para el uso de su lengua, sus manifestaciones religiosas y, en general, todas aquellas tradiciones que los identifican de la sociedad mayoritaria. En esa medida son estos elementos los que deben protegerse en cuanto actuación de un principio fundamental del Estado que aspira construirse a partir de los parámetros trazados por la Constitución.

La autonomía garantizada por el principio de identidad étnica y cultural eventualmente puede contraponerse a elementos del sistema jurídico

¹³ ST-188/93; ST-007/95; SC-104/95; ST-349/96; ST-496/96; SU-039/97.

¹⁴ ST-380/93.

¹⁵ ST-380/93; ST-001/94.

¹⁶ ST-380/93; SC-058/94; ST-349/96; ST-496/96; SU-039/97.

establecidos para regular las relaciones de la sociedad mayoritaria, que tengan un carácter igualmente fundamental desde el punto de vista constitucional. Por esta razón las manifestaciones de la diversidad étnica y cultural deben tener un espacio garantizado que resulte armónico con los demás elementos integrantes del sistema constitucional que, como se anotó, son igualmente fundamentales dentro de dicho Estado. Por esta razón, aunque la diversidad étnica y cultural implique apertura y pluralidad, no debe entenderse como la base legitimadora de un relativismo jurídico, que niegue sentido a los principios y derechos fundamentales previstos en la Carta. La diversidad protegida por la Constitución es aquella incapaz de anular los elementos básicos sobre los cuales está construido el Estado colombiano. La sentencia T-349 de 2008, citando la decisión SU-510 de 1998, analiza el mecanismo que, acorde con nuestro ordenamiento constitucional, se erige como adecuado para solucionar los casos en que se presenten antinomias entre principios o entre principios y derechos fundamentales. En este sentido estableció

“Ahora bien, en cuanto a la forma de resolver la tensión que puede presentarse entre los derechos de las comunidades indígenas y el sistema general de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, el fallo en cita explicó lo siguiente:

‘48. La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.¹⁷ Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).¹⁸

‘En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según

¹⁷ ST-254/94; SC-139/96; ST-349/96; ST-496/96.

¹⁸ ST-523/97.

la Corte, "sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural",¹⁹ afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y 330).

‘En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última,²⁰ como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste.²¹ En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, "resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía."²²

‘49. Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos "a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre."²³ –subrayado incorporado en el texto citado-

Este es el marco en el que debe entenderse la realización del principio de diversidad étnica y cultural y que debe servir como parámetro para determinar eventuales desconocimientos o vulneraciones al mismo por parte de los operadores jurídicos, especialmente cuando del diseño de políticas públicas se trata.

3.2. El procedimiento de Consulta Previa

3.2.1. El carácter sustancial de la Consulta previa

¹⁹ ST-349/96; ST-523/97.

²⁰ ST-428/92; SC-139/96.

²¹ Según la ST-254/94, las disposiciones constitucionales que permiten derivar la anterior conclusión resultan complementadas por los artículos 8° y 9° del Convenio N° 169 de la O.I.T. (Ley 21 de 1991), conforme a los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar y a conservar sus usos y costumbres, "siempre que éstos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos."

²² ST-349/96.

²³ ST-349/96.

El Estado social previsto en la Constitución de 1991 involucra distintos elementos de naturaleza principal que, a la vez que sirven como trazas fundamentales en el desarrollo del modelo estatal, deben guiar en entendimiento y, por consiguiente, la aplicación práctica de las disposiciones constitucionales e *infra* constitucionales. Dentro de los principios incluidos en la Constitución se encuentra el principio democrático, que es mencionado en el artículo primero como una de las características de identidad del Estado colombiano.

Al decir que nuestro Estado es democrático se está haciendo un planteamiento determinante dentro del proceso de toma de decisiones políticas, pues garantiza que los mismos respondan a parámetros de inclusión y posibilidad de manifestación de opiniones por parte de las distintas comunidades o grupos que integran la sociedad colombiana. Esta idea se refuerza cuando el artículo 3 de la Constitución establece que los ciudadanos ejercerán la soberanía por medio de sus representantes, pero también, de forma directa a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución. Por esta razón el principio democrático debe entenderse complementado por el pluralismo político, que implica la previsión de mecanismos que conduzcan a la inclusión *real* de todos los miembros que integran la sociedad colombiana; lógicamente el nivel de democraticidad de un determinado mecanismo de decisión no estará determinado por el nivel de participación alcanzado, sino por las posibilidades de la misma que el sistema de decisión política garantiza a los diferentes integrantes de la sociedad. En este sentido para que una decisión actúe y respete el principio democrático deberá garantizarse la posibilidad de expresión y participación en su determinación a los miembros de la sociedad.

No obstante la amplia y profunda significación que tiene el principio democrático dentro de las decisiones tomadas en el Estado social, éste no puede interpretarse o aplicarse de forma aislada. Al contrario, su riqueza y carácter esencial se aumentan y profundizan en los casos concretos al interpretarlo en conjunto con otros principios del entramado constitucional con los cuales se encuentra esencialmente conectado, siendo la aplicación específica de esta red de principios constitucionales la que construye caso a caso el Estado social previsto por la Constitución de 1991.

Para el tema que ahora ocupa a la Corte resulta imperativo entender la aplicación del principio de participación democrática en armonía con el de diversidad étnica y cultural; sólo de esta forma podrá comprenderse el sustento constitucional de procedimientos como la consulta previa a comunidades indígenas en aquellos temas que los afecten directamente.

En efecto, garantizar el respeto y promoción de la diversidad étnica y cultural implica la creación de mecanismos que permitan la manifestación de los pareceres, intereses, prioridades, alternativas, etc. de las comunidades culturales que integran la sociedad colombiana y, así mismo, tener en cuenta de forma efectiva estos pareceres al momento del diseño de políticas públicas que afecten a las distintas comunidades culturales que integran la sociedad colombiana.

De esta forma la consulta previa resulta la afortunada concreción de dos principios axiales al Estado social cuya construcción previó la Constitución de 1991 y que en este preciso tema deben entenderse con un criterio de complementariedad obligatoria para una real efectividad del contenido constitucional que los mismos involucran.

En este sentido manifestó la Corte en ocasión anterior

“El carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Como se anotó, el Estado constitucional tiene entre sus propósitos la preservación de su carácter multiétnico y pluricultural. En ese sentido, la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones disímiles de la vida social y política. A su vez, acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad; por lo tanto, deben ser protegidas.

“Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Así, el artículo 7º C.P. incorpora dentro de los principios fundamentales de la Constitución, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. De igual modo, el artículo 330 C.P. dispone que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres. En suma, la Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales.”²⁴

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009.

La Consulta previa es uno de los frutos del replanteamiento en la relación de las culturas mayoritarias con los grupos indígenas y tribales, que dejó de basarse en un criterio asimilacionista, para adoptar el reconocimiento, la promoción y la garantía de la identidad cultural como eje central de un Estado social y democrático, lo que se manifestó no sólo en instrumentos normativos nacionales, sino también internacionales de esencia pluralista e inclusiva.

Dentro de este contexto de reconocimiento y garantismo se enmarca el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que en sus considerandos es claro en reconocer como sus objetivos centrales la reafirmación de la identidad de comunidades indígenas y tribales y el derecho que, como pueblo, les asiste de ser partícipes en la determinación de su desarrollo económico, social, cultural y político, el cual está indefectiblemente ligado al de la población de los Estados en que habitan.

La consulta previa prevista en el art. 6º del Convenio es fruto directo de este espíritu y elemento de concreción de los principios que inspiraron la creación del Convenio, pues ésta se constituye en un instrumento determinante para que los grupos indígenas y tribales participen en las decisiones que los afecten directamente y, en esa medida, sean actores principales en el permanente proceso de conformación y reafirmación de su identidad, garantía que se encuentra inescindiblemente ligada a su subsistencia como pueblo diferenciado. En este sentido ha manifestado la Corte que *“el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado.”*²⁵.

La Consulta resulta una actuación de especial relevancia dentro de los procesos decisorios del Estado, en cuanto se constituye como instrumento idóneo para proteger o garantizar el adecuado reconocimiento de derechos, verbigracia, el de propiedad, que se relaciona con un elemento esencial de su cultura como es el territorio, que por su especial significación se relaciona de manera esencial con otros derechos, como puede ser el de subsistencia de la propia comunidad. Por esta razón los temas sobre los que se realice la Consulta previa, el procedimiento por el que debe llevarse a cabo, la información

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-030/08

que se transmita en desarrollo del proceso, los objetivos trazados con la misma, la forma de concreción del principio de buena fe, entre otros elementos, deben establecerse a partir de una interpretación que tome en cuenta la cosmovisión de dichas comunidades; sólo partiendo del reconocimiento de la pluralidad de visiones involucradas se podrá asegurar una protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas o tribales, por medio de la cual se tomen en cuenta sus particularidades propias, tanto desde el punto de vista social, como desde aspectos económicos y culturales²⁶. En este sentido manifestó la Corte en sentencia C-030 de 2008

“En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura²⁷ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.²⁸

Además del papel de la Consulta previa que ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ésta ha recalcado el carácter de procedimiento conducente a la información adecuada y de buena fe y la exigencia de que la misma sea un procedimiento que esté acorde con las costumbres y tradiciones de la comunidad consultada. En este sentido consagró “(...)Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.”²⁹

La importancia de la Consulta a las comunidades indígenas, en cuanto concreción de los principios de pluralismo, diversidad cultural y

²⁶ En este sentido se expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 63.

²⁷ Sentencia C-208 de 2007.

²⁸ Ibid.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 133.

mecanismo de reafirmación identitaria, innato a un grupo cultural dentro de una sociedad, la convierte en elemento determinante de la identificación de la Comunidad y, en consecuencia, adquiere el carácter de derecho fundamental de las comunidades indígenas que, a su vez, ayuda a la realización de otros derechos determinantes para éstas, como pueden ser los de subsistencia como grupo diferenciado, identidad cultural y propiedad –especialmente entendida en relación con su territorio-.

Las implicaciones de la Consulta previa como mecanismo para la realización de derechos fundamentales de las Comunidades resalta la importancia que debe darse al procedimiento por el cuál ésta se lleva a cabo. Por esta razón el segundo numeral del art. 6º del Convenio se detiene expresamente en este punto al manifestar que *“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, (...)”*.

Es claro que los procedimientos que cada Estado determine como los más adecuados deberán ser tributarios del principio a cuya concreción se aspira: el de participación. Por lo tanto, no es éste un proceso de simple notificación informativa de decisiones ya tomadas por instancias estatales. Nada más lejos del verdadero sentido de la Consulta previa. Ésta se constituye en el puente que vincula el parecer de la Comunidad como grupo y el proceso de decisión estatal, por esta razón la misma debe brindar todas las condiciones para la real y efectiva participación de las Comunidades afectadas de forma directa en caso de ser tomada la decisión. Esto implica que este proceso se realice en una órbita donde se aprecie la buena fe de la representación estatal y que el mismo esté acorde con prácticas tradicionales de las diversas comunidades indígenas o tribales.

Serán éstos elementos los que ambienten la búsqueda de un consenso entre el Estado –sea cual sea la institución que lo representa- y la Comunidad, resultando ser el mecanismo propicio de concreción del principio de participación en el proceso de toma de decisiones o determinación de políticas públicas con las connotaciones mencionadas. Será pues el acuerdo, el buscar puntos de encuentro, el acortar distancias conceptuales o argumentativas dentro del proceso de discusión lo que motive la concepción del proceso de Consulta previa. Por eso, todos sus elementos apuntan a crear el contexto preciso para que entre las partes involucradas se presente lo más parecido a un diálogo de posiciones abiertas, que permita encontrar lugares comunes de satisfacción mutua entre visiones del mundo que, no obstante las diferencias, buscan

desarrollarse armónicamente dentro de los parámetros constitucionales de un Estado social y democrático.

3.2.2. *Eventos en que debe realizarse la Consulta previa*

Establecido el profundo significado que implica la consulta previa a las comunidades indígenas para la concreción de principios constitucionales esenciales dentro del Estado social, como son el democrático, el pluralismo político y el de participación, es necesario determinar cuándo resulta obligatoria la realización de este procedimiento. En este sentido, el literal a. del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT establece que el Gobierno de cada Estado debe realizarla cuando se quieran implementar medidas –legales o administrativas– que afecten de forma directa a una o varias de las comunidades indígenas que habitan dentro de su territorio.

Corresponderá a los operadores jurídicos encargados de aplicar las disposiciones constitucionales y del Convenio 169 de 1989 determinar para cada caso en concreto si una medida de carácter legal o administrativo afecta *directamente* a una comunidad indígena. Para esta tarea la jurisprudencia constitucional ha establecido lineamientos o parámetros orientativos, los cuales pueden encontrarse en la sentencia C-030 de 2008, en donde se manifestó:

“4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

“No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual

desborda el alcance del convenio 169.

... “Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de que la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

... “Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de

manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica .

(...) De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades. –subrayado ausente en texto original-

La regulación que sobre el tema estableció el art. 6º del Convenio y el análisis de la jurisprudencia constitucional arroja como resultado que la consulta previa será un mecanismo que realice el derecho de participación plural y democrática de las comunidades indígenas en la determinación de políticas públicas en aquellos específicos casos en que una decisión vaya a afectarles directamente. *Contrario sensu*, no será obligatoria la realización de este procedimiento en los casos en que la afectación de la comunidad indígena no tenga estas específicas características. Esto no significa que cuando la afectación no sea directa las comunidades indígenas carezcan por completo de mecanismos que garanticen su derecho de participación en dichas decisiones, sino que éstas se podrán involucrar a través de otros mecanismos como la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; la posibilidad de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, puedan conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias³⁰; y en las posibilidades abiertas por las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de

³⁰ En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

No queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soporten las consecuencias de una medida legal o administrativa.

3.2.3. *Consecuencias de la no realización de la Consulta previa*

La importancia de la Consulta determina a su vez las consecuencias de obviar dicho proceso o, incluso, de realizarlo de forma incompleta, fuera de oportunidad o de manera parcial. En estos casos no es un procedimiento vacío, sin sentido ni repercusión sustancial el que se ha obviado. Su indebida realización o su absoluta omisión traerán consecuencias constitucionales y, sobre todo, iusfundamentales dentro del proceso de determinación de la política pública estatal o de la toma de decisión por parte de la administración, por cuanto se estaría dejando de lado la concreción de principios fundamentales en el actuar de un Estado fundado en la toma de decisiones mediante procedimientos democráticos que, por tanto, posibiliten una participación que garantice la inclusión de los distintos grupos culturales que integran la sociedad, honrando de esta forma el principio de diversidad cultural.

El carácter sustancial de la consulta es la que justifica que el Convenio 169 de 1989, que³¹ la prevé en su artículo 6º, haya sido considerada por la jurisprudencia de la Corte como una de las normas que integra el bloque de constitucionalidad, de lo que es buen ejemplo la sentencia C-401 de 2005 en la que estableció

“Así, pues, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan. De esta manera, los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica. Así lo hizo, por ejemplo, en las sentencias que se mencionaron atrás acerca del convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, y de los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.”

No otra es la razón para que la ausencia de Consulta o su realización deficiente origine i. la vulneración de un derecho fundamental que

³¹ Ratificado recientemente en la sentencia C-615 de 2009.

impida la aplicación de la medida respecto de la comunidad indígena directamente afectada; ii. o la declaratoria de inexecutable de la disposición si se está en el escenario de un control abstracto de constitucionalidad; iii. o la exequibilidad condicionada a que dicha medida, en cuanto omitió el deber de consulta, no pueda ser aplicada a las comunidades indígenas que se verían directamente afectadas por sus efectos.

En conclusión, será cada caso el que determine la consecuencia que deba adoptarse al momento de llevarse a cabo la protección de un derecho fundamental en concreto –sede de acción de tutela- o en desarrollo del examen de exequibilidad de una disposición –sede de de acción pública de inconstitucionalidad-³².

A manera de resumen respecto de la Consulta puede decirse:

- i. Que es fruto del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio.
- ii. Que la misma resulta ser la concreción de muchos principios esenciales a cualquier orden estatal con pretensiones de avance en el camino de la democracia y, por consiguiente, con pretensiones de ser reconocido como democrático.
- iii. El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a su través se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas.
- iv. Tan importante es su significación sustancial, como el procedimiento por el cual se lleve a cabo, ya que al realizarlo se están protegiendo principios constitucionales y derechos fundamentales.
- v. Su realización resulta obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la comunidad se vea *directamente* afectada por la disposición normativa, ya sea ésta de naturaleza legal o administrativa.
- vi. Cuando una comunidad se ve afectada de la misma forma e intensidad que el resto de la población, no se está ante un caso que requiera la realización de consulta previa.

³² En este sentido sentencias C-030 y C-461 de 2008, y C-175 de 2009.

- vii. La no realización de la consulta afecta principios y derechos fundamentales esenciales en un Estado social y democrático como el colombiano, por lo tanto su omisión tendrá efectos en la aplicación y en la exequibilidad de la respectiva disposición.

De esta forma se resalta el carácter esencial que tiene la Consulta previa dentro de nuestro Estado.

3.3. El sistema de protección social en salud previsto para las comunidades indígenas

En desarrollo del principio fundamental de diversidad étnica y cultural y de normas que integran el bloque de constitucionalidad³³, como el artículo 8 y 25 del Convenio 169, en nuestro sistema jurídico se han desarrollado una serie de disposiciones que tienen como objetivo garantizar el acceso al servicio de salud a las comunidades indígenas, de una manera que sea respetuosa y acorde con sus tradiciones o costumbres.

El primer cuerpo normativo que debe mencionarse es la propia ley 100 de 1993, norma que establece los parámetros de desarrollo del sistema general de seguridad social, la cual en el numeral 2 del literal A del artículo 157 prevé que las comunidades indígenas se afilien al sistema de seguridad social en salud a través del régimen subsidiado y en el literal g del artículo 181 consagra la posibilidad de que comunidades indígenas creen EPS para atender la prestación del plan obligatorio de salud de las cual son beneficiarias.

Las previsiones de la ley 100 fueron complementadas por la ley 691 de 2001, que contiene un grupo amplio de disposiciones que tienen por objeto proteger el derecho a la salud de los pueblos indígenas, garantizando también su identidad cultural de tal forma que se asegure su supervivencia social y cultural. Respecto del contenido de esta ley se manifestó en la sentencia C-864 de 2008 que el principio de diversidad étnica y cultural es tomado como parámetro para su aplicación, “en virtud del cual la participación de los pueblos indígenas en el Sistema General de Seguridad Social observará el respeto al estilo de vida de los destinatarios de la dicha Ley, y tomará en consideración sus especificidades culturales y ambientales de manera que le permita un desarrollo armónico. (Art. 3º) En desarrollo del mencionado principio de diversidad étnica y cultural, el artículo 4º indica que las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas destinatarios de la ley formarán

³³ En este sentido sentencia C-401 de 2005 y C-615 de 2009.

parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud en su territorio.”
–subrayado presente en texto citado–

Continuando la descripción de los aspectos determinantes de la ley 691 de 2001 la sentencia C-864 de 2008 consagra “[e]n el mismo orden de ideas, (i) el artículo 7° prescribe que el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado para estos pueblos debe ser adecuado a las necesidades de los mismos; (ii) en similar sentido el artículo 10° dispone que las acciones del Plan de Atención Básica aplicable a los pueblos indígenas debe ajustarse a los preceptos, cosmovisión y valores tradicionales de dichos pueblos, de tal manera que la aplicación de los recursos garantice su permanencia cultural y su asimilación comunitaria. Agrega que este Plan de Atención Básica podrá ser formulado por los pueblos indígenas en sus planos de vida o desarrollo, y que en su ejecución se dará prioridad a la contratación con las autoridades de dichos pueblos; (iii) en este mismo orden de ideas, es decir tratando de hacer efectivo el principio de diversidad étnica y cultural, el artículo 14 permite que las autoridades de los pueblos indígenas creen Administradoras Indígenas de Salud (ARSI); (iv) así mismo, conforme al artículo 21, los planes y programas de servicios de salud aplicables a los pueblos indígenas deben tener en cuenta el saber y las prácticas indígenas, basados en criterios del pluralismo médico, complementariedad terapéutica e interculturalista, en garantía de lo cual el artículo 22 señala que toda acción en salud para los pueblos indígenas se concertará con las autoridades respectivas, y el artículo 9° prescribe que tanto el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, POS, como el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, POS-S, deben adecuarse a las necesidades de estos pueblos; (v) en este mismo orden de ideas, el artículo 10° dispone que Plan de Atención Básica será gratuito y obligatorio y se aplicará a los pueblos indígenas y a sus miembros con rigurosa observancia de los principios de diversidad étnica y cultural y de concertación. De esta forma, las acciones en salud deben respetar los contextos socioculturales, particularidades y por tanto, deben incluir actividades y procedimientos de medicina tradicional indígena, buscando favorecer la integridad cultural de tales pueblos.”

Debe destacarse el sistema de administración y de afiliación al Sistema de Seguridad Social Indígena previsto por la ley, el cual que parte de la base de la cosmovisión y la organización política, cultural y social de los pueblos indígenas. En relación con la forma de administración del Sistema de Seguridad Social Indígena, los artículos 14 y siguientes de la Ley 691 de 2001 disponen que las entidades autorizadas para el efecto y las autoridades de los Pueblos Indígenas podrán crear Administradoras

Indígenas de Salud (ARSI) –hoy EPS-S indígenas-, a las cuales se podrá afiliar a los indígenas y a la población en general. Para la escogencia de la EPS indígena que ha de prestar servicios a los beneficiarios de este sistema especial, la Ley dispone que ello sea establecido en forma colectiva, por el procedimiento que cada comunidad determine y en acta suscrita por las autoridades propias, seleccionando la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado a la cual deberá afiliarse o trasladarse la totalidad de los miembros de la respectiva comunidad.

Inicialmente, las previsiones de la ley 691 de 2001 fueron desarrolladas por el Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad social en Salud. Este cuerpo normativo contenía las condiciones especiales por medio de las cuales se concretaría la implementación en salud del sistema especial previsto para la población indígena. Así en el artículo 6° incluía requisitos específicos de afiliación al régimen subsidiado, teniendo en cuenta la posible carencia de documentos de identificación de las comunidades indígenas; los criterios de priorización establecidos por el artículo 7° preveían un lugar especial a la población de comunidades indígenas, la cual tenía preferencia sobre la población desplazada de las áreas urbanas; el numeral 2° del artículo 14 consagraba que la escogencia de las ARS –hoy EPS-S indígena- se hiciera por parte de sus autoridades legítimas y tradicionales, en concordancia con el artículo 14 de la ley 691 de 2001; finalmente, el artículo 53 les garantizaba la posibilidad de elección de la ARS –hoy EPS-S- en los casos de terminación del contrato por ocurrencia de una situación extraordinaria.

Actualmente es el acuerdo 415 de 2009 del Consejo nacional de Seguridad Social en Salud el cuerpo normativo que determina la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este sentido, prevé en el numeral 5° del artículo 6° medidas especiales para establecer el censo de la población indígena, con posibilidades de participación de las autoridades tradicionales; el parágrafo 1° del artículo 22 contiene medidas especiales para su proceso de afiliación; el parágrafo del artículo 50 garantiza la posibilidad de escogencia de EPS-S en los casos de afiliación en circunstancias extraordinarias; el artículo 77 garantiza la existencia de, por lo menos, una EPS-S indígena por región; respecto de la priorización en el régimen de transición el artículo 84 establece que la población indígena tiene prioridad sobre la población urbana y rural que se encuentre en el respectivo municipio, lo cual les garantiza unas mayores posibilidades de atención en este régimen.

Otra garantía del sistema es incluida por el artículo 8° del decreto 330 de 2001, norma que obliga a las EPS indígenas a atender las directrices y orientaciones dadas por las autoridades tradicionales indígenas, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Finalmente, debe mencionarse el acuerdo 326 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se adoptaron lineamientos para la organización y funcionamiento del régimen subsidiado para los pueblos indígenas, norma que incluyó la orden de adecuación del plan obligatorio de salud del régimen subsidiado a las necesidades y cosmovisión de los pueblos indígenas. Al respecto consagró

“Artículo 7°. Adecuación del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado para los Pueblos Indígenas. En concordancia con la Ley 691 de 2001, en el marco de los modelos de salud interculturales indígenas, el Ministerio de la Protección Social realizará los estudios para la adecuación del Plan Obligatorio de Salud Indígena, el cual deberá contemplar los siguientes aspectos:

1. Acciones de medicina tradicional, entendida esta como los conocimientos, prácticas, rituales, conceptos y procesos de salud integral que ancestralmente han realizado los pueblos indígenas como modelo de vida colectiva, enmarcado dentro de la cosmovisión de cada pueblo. Estas acciones se desarrollarán de acuerdo con las particularidades de cada pueblo.
2. Adecuación sociocultural de los servicios de salud no indígena, que son los servicios y actividades en salud necesarios y complementarias, adecuadas a las condiciones sociales, culturales, organizativas, ambientales, poblacionales y de cosmología, que garantizan la oportunidad, accesibilidad, calidad y efectividad del POS dirigidos a los pueblos indígenas.
3. Promoción y prevención en salud indígena, que son los planes, procesos y acciones en educación en salud indígena dentro de los procesos organizativos propios de cada pueblo.
4. Subsidios y/o autonomía alimentaria, son las estrategias y acciones orientadas a la recuperación y el fortalecimiento de los sistemas de producción sostenibles, consumo de alimentos propios y acceso a otras fuentes de alimento ligadas a las formas organizativas, que contribuyen directamente al mejoramiento de condiciones nutricionales, de salud y de vida de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta lo que señala el artículo 8° de la Ley 691 referente al subsidio alimentario para mujeres gestantes y los niños menores de 5 años.

Para la elaboración de los términos de referencia para contratar dichos estudios, el Ministerio de la Protección Social deberá contar con la participación de los delegados de las autoridades indígenas.

Estos estudios deberán tener en cuenta lo señalado por el parágrafo 2°, del artículo 165 de la Ley 100 de 1993 y para su realización el

Ministerio de la Protección Social contará con un año a partir de la definición de los términos de referencia”

La necesidad de una visión específica en materia de salud cuando a comunidades indígenas se hace referencia fue destacada por la sentencia T-760 de 2009, la cual, si bien no hace referencia específica al POS indígena, en su parte motiva consagra que “(...) *la noción de salud no es unívoca y absoluta. En un [E]stado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia.*”

En resumen, respecto del régimen de protección social en salud previsto para las comunidades indígenas debe destacarse:

- i. El mismo responde a una concepción plural respecto del servicio de salud, que impone a los operadores jurídicos que lo desarrollen la necesidad de hacer consideraciones respecto del entorno natural, el cuadro de enfermedades, la base alimentaria, los procedimientos de curación tradicionales, los medicamentos para tal efecto utilizados y demás elementos que diferencien a las comunidades indígenas de la sociedad mayoritaria.
- ii. En esta medida se ha avanzado en la implementación de un sistema de aseguramiento en salud que responda a las condiciones de vida de las comunidades en materias como subsidio a la prestación del servicio, afiliación conjunta de toda la comunidad, prelación respecto de otros sectores poblacionales, participación de sus autoridades legítimas y tradicionales en la toma de decisiones, etc.
- iii. El sistema de seguridad social en salud de las poblaciones deberá prever un plan obligatorio de salud adaptado a las necesidades que cada comunidad tenga, atendiendo aspectos propios de la comunidad como son su cuadro epidemiológico, sus procedimientos de curación y los medicamentos que la comunidad emplea.

Es esta la forma en que se ha previsto por parte del legislador y del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que se desarrolle y fortalezca la especificidad de la protección en salud a las comunidades indígenas, la cual avanza en el camino por honrar el principio de diversidad étnica y cultural en el diseño y ejecución de la política pública de salud respecto de este sector de la población.

3.4. El derecho de libre elección en el sistema general de seguridad social en salud

Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, garantizan a todos los habitantes del país el derecho irrenunciable a la Seguridad Social y el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Así mismo, establecen que el Estado debe organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, establecer las políticas para la prestación de este servicio por las entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.

La Ley 100 de 1993, dentro del marco constitucional mencionado, organizó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuyo objeto es “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”³⁴. Dentro de los principios rectores que orientan el SGSSS, cabe destacar el que el legislador llamó de “libre escogencia”, consagrado en el numeral 4° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993:

“Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios”.
(Subrayado fuera del texto original).

Este principio encuentra su soporte constitucional en el respeto a los derechos a la libertad y la autonomía personal como parte integrante del principio de dignidad humana (artículos 1, 13, y 16 de la Constitución Política).

El artículo 156 de la Ley 100 de 1993 establece en su literal g) como característica del Sistema, que los afiliados a éste puedan elegir libremente la Entidad Promotora de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas y las condiciones fijadas por la misma Ley.

Así mismo, el numeral 3 del artículo 159 de la Ley 100 de 1993 dispone en favor de los afiliados al Sistema, los derechos a “la libre escogencia y

³⁴ Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el gobierno nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley”.

La ley 1122 de 2007 protege este derecho en el párrafo 1º del art. 25 al consagrar una excepción al tiempo mínimo de traslado si el derecho a la libertad de escogencia ha sido vulnerado por parte de la EPS-S. Finalmente, valga decir que para el caso que nos ocupa vale la pena resaltar la regulación del acuerdo 415 de 29 de mayo de 2009 expedido por el Consejo General de Seguridad Social en Salud, cuerpo normativo que desarrolla temas relativos al régimen subsidiado. Al referirse a la afiliación al régimen establece como uno de los elementos esenciales la libertad de escogencia de EPS-S. Al respecto consagra

“Artículo 15. De la afiliación en el régimen subsidiado. La afiliación al régimen subsidiado es el proceso mediante el cual la población elegible o elegible priorizada se incorpora al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este proceso la población selecciona libremente una EPS-S y suscribe el formulario único de afiliación y traslado.”

Sobre la regulación del acuerdo 415 de 2009 se profundizará en el numeral 4.3.1. de esta sentencia.

Así, es claro, que la libertad de escogencia es una garantía que goza de una triple connotación, pues es a la vez, principio rector del SGSSS, característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud ya se trate del régimen contributivo o del régimen subsidiado.

Una vez planteados los elementos conceptuales, procede la Sala a resolver el caso concreto

4. Caso Concreto

4.1. Primer cargo: examen sobre la no realización del procedimiento de consulta previa y sus consecuencias en la constitucionalidad de la disposición demandada

El primer cargo sostiene la inexecutable del literal i. del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 por no haberse llevado a cabo el procedimiento de consulta previa dentro del trámite legislativo de la disposición acusada.

El problema jurídico que entra a resolver la Corte será determinar si en desarrollo del proceso de creación legislativa del literal i) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 se afectó directamente a la población indígena que habita el territorio colombiano y, por lo tanto, debió realizarse el procedimiento de consulta a las instancias representativas de las comunidades indígenas afectadas por sus efectos.

Sobre este cargo el Ministerio del Interior y de Justicia considera que la disposición acusada no está afectando de forma directa a comunidad indígena alguna, pues la misma está dirigida a la población desplazada, máxime si se tiene en cuenta que el porcentaje de población indígena desplazada equivale a menos del 3%³⁵ del total de la población; adicionalmente, luego del período inicial de afiliación se reconoce el derecho a afiliarse a la EPS que consideren más conveniente de acuerdo con sus necesidades. La Defensoría del Pueblo considera que la situación planteada corresponde a un caso en donde se debió llevar a cabo la consulta previa en cuanto afecta a una población que históricamente ha sido objeto de discriminación y, por tanto, debe ser destinataria de una especial protección. La Universidad del Cauca consideró que, aunque en el presente caso se ha debido llevar a cabo la consulta previa a las comunidades indígenas, la declaratoria de inexecutable de la norma conllevaría un perjuicio mayor para la población desplazada en general, de manera que en este caso el interés de las comunidades indígenas debe ceder ante el eventual perjuicio que su protección causaría. El concepto del Ministerio Público no hace referencia específica al cargo.

Al respecto debe la Corte recordar que el literal a. del artículo 6º del convenio 169 de 1989 obliga a la realización de la consulta previa únicamente en aquellos casos en que las comunidades indígenas se vean afectadas *directamente* por una decisión del Estado, sea ésta de carácter administrativo o legal, lo que, como no puede ser de otra forma, ha sido enfatizado por parte de la jurisprudencia de esta Corte, como se pone de presente en el numeral 3.2.2. de la presente sentencia. De manera que en este caso, y habiéndose establecido con plena certeza que no se llevó a cabo procedimiento alguno de consulta, corresponde a la Corte determinar si el precepto demandado es de aquellos que afecta *directamente* a las comunidades indígenas ubicadas en nuestro territorio y, por consiguiente, de los que debía ser fruto de un procedimiento de creación que incluyera la realización de dicha consulta.

³⁵ De acuerdo a la intervención del Ministerio del Interior y de Justicia, según la cual a 31 de mayo de 2009 la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional estableció que el porcentaje de indígenas entre la población desplazada era 2.28% -folio 104-.

Para la Corte la afectación directa se presenta cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población. En este sentido se reitera la jurisprudencia C-030 de 2008, ocasión en la que se estableció *“que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”*. Por el contrario, *“cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”*.

En el presente caso el precepto acusado hace parte un cuerpo normativo que modificó el Sistema de Seguridad Social General en Salud y cuyo objeto central –el del precepto acusado– es la afiliación inicial de la población desplazada y desmovilizada a dicho sistema como parte del proceso general de aseguramiento en salud.

El sistema de aseguramiento en salud involucra temas como la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garanticen el acceso efectivo al servicio, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios y la representación del afiliado ante el prestador del servicio y los demás actores, todo esto garantizando en todo momento la autonomía del usuario. Dicha disposición se encuentra inserta en el capítulo IV que trata del aseguramiento general en salud y que regula temas como la integración vertical patrimonial de las EPS –artículo 15–, el porcentaje mínimo que las EPS del régimen subsidiado deben contratar con las ESE públicas –artículo 16–, aseguramiento de alto costo –artículo 19–, prestación del servicio de salud a la población pobre –artículo 20–, movilidad entre regímenes –artículo 21– y afiliación de las entidades públicas al sistema general de riesgos profesionales –artículo 24–, entre otros.

Para la Corte del análisis del literal acusado no se desprende que este tenga como objetivo la regulación específica de una situación que afecte directamente a la población indígena por varias razones:

- i. El sujeto pasivo directo de la regulación es la población desplazada y desmovilizada, mas no la población indígena.
- ii. Al regular la protección en salud de población desplazada y desmovilizada no se hace referencia inmediata a elementos

esenciales de la cosmovisión de ninguna comunidad indígena para identificar al sujeto pasivo de dicha regulación. No quiere esto decir que la protección en salud de dicho universo poblacional no afecte a miembros de comunidades indígenas o, incluso, a comunidades indígenas enteras –que se encuentren en situación de desplazamiento-; sin embargo, la disposición acusada no utiliza como parámetro identificador del objeto de regulación elemento alguno que defina social, política o culturalmente a ninguna comunidad indígena.

- iii. La afectación que la población indígena pueda llegar a experimentar en este específico caso será producto de un elemento que en el análisis lógico resulta previo y de mayor amplitud conceptual que la condición de indígena: el carácter de desplazado.
- iv. En acuerdo con lo expresado por la segunda razón, la situación de desplazamiento o desmovilización no resulta definitiva de su condición de comunidad indígena. Por esta razón, la situación que se regula por parte de dicho literal –desplazamiento o desmovilización- no es de la esencia de ninguna comunidad indígena, de manera que no resulta posible sostener que se está haciendo referencia de manera velada a un asunto que la afecte directamente a la población indígena en general.
- v. Un argumento fáctico que refuerza la conclusión obtenida resulta de comprobar el reducido porcentaje que representa la población indígena respecto del universo de población desplazada. No quiere decir la Corte que sean pocas las personas indígenas en esa situación, ni que su número mengüe de forma alguna la tragedia social que el desplazamiento representa para el Estado colombiano. El argumento sostiene que cuando se está entre el 2.28% y el 6.9%³⁶ de un universo poblacional, no existe argumento para sostener que una referencia a la población desplazada deba entenderse como una referencia directa a la población indígena.

Estas consideraciones llevan a la Corte a concluir que no resultaba preceptivo que en el proceso de creación del literal i. del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 se hubiese llevado a cabo la consulta previa a los

³⁶ La primera cifra, de acuerdo a la intervención del Ministerio del Interior y de Justicia, según la cual a 31 de mayo de 2009 la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional estableció que el porcentaje de indígenas entre la población desplazada era 2.28% -folio 104-. Y, la segunda cifra, de acuerdo con el informe de la Comisión de seguimiento de las Políticas Públicas sobre el desplazamiento forzado, publicado el 12 de marzo de 2009 –folio 138-.

órganos representativos de las comunidades indígenas asentadas en nuestro territorio, razón por la cual el presente cargo no prospera.

4.2. Segundo cargo: examen sobre el presunto desconocimiento del principio de diversidad étnica y cultural

El segundo cargo consiste en el desconocimiento en que habría incurrido el legislador al no aplicar el principio de diversidad étnica y cultural – artículo 7° de la Constitución- y los artículos 7°, 8° y 25° del Convenio 169 de 1989, ignorando así que el sistema jurídico, en desarrollo de la autonomía reconocida, ha previsto un régimen de aseguramiento del servicio de acuerdo a la particular concepción de la salud de las comunidades indígenas. El literal i) del art. 14 de la ley 1122 de 2007 estaría coartando la autonomía comunitaria para decidir colectivamente la empresa promotora a la que quiera afiliarse una comunidad.

El problema jurídico a resolver en este cargo será si dicha disposición incurre en desconocimiento de las normas parámetro antes mencionadas al no prever la posibilidad que las personas desplazadas pertenecientes a comunidades indígenas puedan afiliarse, desde el inicio, a una EPS-S que preste el servicio de acuerdo con su específica concepción de la salud.

Al respecto el Ministerio de la Protección Social manifestó que el sistema previsto por el literal demandado asegura la eficiente prestación del servicio de salud; adicionalmente, anotó que no se vulnera el principio de diversidad étnica y cultural, pues el mismo está garantizado por distintas normas, entre ellas las que prevén la existencia del sistema de seguridad social en salud indígena; finalmente, sostuvo que la autonomía se protege por medio del derecho a la libre escogencia en la medida que la vinculación a la EPS pública se da únicamente al inicio de la situación de desplazamiento, permitiendo que dicha población, dentro de los períodos de traslados definidos por los reglamentos, escoja la EPS de su preferencia. La Defensoría del Pueblo consideró que al regular la prestación del servicio en salud debió tenerse en cuenta el impacto diferencial que generaba en la población indígena desplazada y, por consiguiente, concluye que en el presente caso se presentó una omisión legislativa relativa, de manera que “teniendo en cuenta la ausencia de consulta previa a las comunidades indígenas en las materias previstas en el literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, y que esa normativa regula situaciones distintas a las previstas en la Ley 691 de 2001, necesariamente la decisión debe conducir a la declaratoria de la omisión legislativa relativa planteada por el accionante, [...]”³⁷. La directora del

³⁷ Documento de intervención en expediente D-7755, p. 21 –folio 71-.

departamento de derecho público de la Universidad del Cauca considera que la no previsión de los especiales elementos que respeto del principio de diversidad étnica y cultural deben tenerse en cuenta al regular el sistema de seguridad social en salud para la población indígena, resulta motivo suficiente para considerar que se presentó un trato contrario a preceptos constitucionales por el literal i. del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 y, por esta razón, debe declararse la exequibilidad condicionada de la norma, permitiendo que los miembros de comunidades se afilien, si así lo desean, a una EPS-S indígena.

La Procuraduría General de la Nación considera que en este caso es evidente el desconocimiento por parte del legislador de la autonomía garantizada por la Constitución a las comunidades indígenas, pues al obligarlas a que, cuando se encuentren en condición de desplazamiento, se afilien a una EPS que no consulte o atienda sus creencias, costumbres y tradiciones propias “supone un arbitrario sometimiento a un sistema de salud que les resulta ajeno, extraño a sus convicciones íntimas y, en esa medida, ilegítimo”. En este orden de ideas solicita que se condicione la exequibilidad del literal i) del artículo 14 de la ley 1122 en el entendido que en la afiliación inicial de que trata garantice a los indígenas que integran la población de desplazados la libre elección de una EPS conforme con las costumbres, creencias, tradiciones y saberes comunitarios que integran su específica cosmovisión.

Como se expondrá a continuación, para la Corte la disposición legislativa demandada vulnera el principio de diversidad étnica y cultural previsto como principio fundamental por el artículo 7º de la Constitución al no prever la posibilidad de afiliación a una EPS indígena por parte de la población desplazada.

Aprécia la Corte que se presenta un desconocimiento del principio de diversidad étnica y cultural, ya que el literal acusado no tiene en cuenta las especificidades del sistema de protección en salud previsto para las comunidades indígenas, el cual les brinda posibilidades de acceso a servicios acordes con su cultura, en cuanto responden a la cosmovisión que ellas tienen respecto de la toma de decisiones por parte de la comunidad, a la vinculación comunitaria y no individual, al cuadro epidemiológico que las afecta, el proceso de diagnóstico que utilizan, los procedimientos curativos y los medicamentos empleados en dichos procesos. La vulneración de principios constitucionales se presentaría, como se indica por algunos de los intervinientes, cuando se obliga a que los miembros de comunidades indígenas que hagan parte de la población desplazada se afilien a una EPS que funciona con base en los principios de la medicina de la sociedad mayoritaria y que, por consiguiente,

desconoce o no responde en su totalidad a los principios de la medicina tradicional de dichas comunidades.

Esta situación implica, además, un incumplimiento del deber que el Estado colombiano ha adquirido a nivel internacional para la protección y promoción de la diversidad cultural de la población, entre otras, en materia de salud. Es así como el numeral 2 del artículo 7° del Convenio 169 de 1989 establece que el mejoramiento de las condiciones de salud deberá ser prioritario en la agenda de desarrollo que establezca el Gobierno, la cual, en armonía con el artículo 7° de la Constitución, no puede desconocer las especificidades existentes en esta materia. En armonía con el precepto citado, el artículo 25° consagra que los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario; que estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta, entre otros factores, sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales; y que la prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha destacado cómo las estipulaciones del Convenio 169 de la OIT, establecen dos modalidades de obligaciones a cargo de los Estados signatarios, las cuales se muestran útiles para delimitar sus responsabilidades en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales. El primer grupo de obligaciones, *“referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.”*³⁸ –subrayado ausente en texto original-

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-030/08. En el mismo sentido sentencia C-175 de 2009.

Dicho desconocimiento implica una excepción al sistema de seguridad social en salud previsto para las comunidades indígenas, el cual tiene como base el principio de diversidad étnica y cultural y otras normas integrantes del bloque de la constitucionalidad³⁹, como son los artículos 7 y 25 del Convenio 169 de la OIT. Excepción que para ser legítima deberá concretar la protección o aplicación de un bien constitucional que en este escenario tenga un mayor valor que el principio de diversidad étnica y cultural.

Ahora, ni en la argumentación de quienes defienden la exequibilidad de la norma, ni del análisis sistemático de la misma extrae la Corte elementos que permitan concluir la legitimidad de dicha excepción al principio de diversidad, ni a las normas que lo concretan. Es decir, no aprecia la Corte fundamentos de índole constitucional que se protejan con la regulación demandada y que primen sobre el principio consagrado en el artículo 7° de la Constitución.

Analizando las discusiones del trámite legislativo encuentra la Corte que en el debate en la plenaria del Senado se propuso que la afiliación de la población desplazada se realizase en la EPS pública para fortalecer dicha entidad. Esta propuesta fue presentada por el senador Germán Aguirre en los siguientes términos

“El Partido Liberal en el literal i) del artículo 16 y esto nos lo aprobó también la bancada mayoritaria, logramos una cosa importante y que yo aspiro Ministro que se mantenga esa propuesta, y es que todos los desplazados y desmovilizados vayan directamente a ser parte de una ARS pública y podríamos hablar concretamente de Caprecom, y ustedes saben el número de desplazados y desmovilizados que hay en este momento en Colombia, ahí le estaríamos haciendo una gran ayuda, estaríamos fortaleciendo el sector público, aquí se generan también mecanismos para la atención de enfermedades de alto costo no incluidas en el POS, [...]”⁴⁰

Otro argumento que se tuvo en cuenta fue el expuesto por la senadora Dilian Francisca Toro, que al respecto manifestó

“Portabilidad. La portabilidad del carné eso es algo importante, en las personas desplazadas van a tener portabilidad nacional, van a tener un carné en donde cualquier parte del país van a poder ser atendidos, en primera instancia se dice que lo, estas personas las afiliemos a la EPS pública del Régimen Subsidiado que en este caso es Caprecom y que tiene una cobertura de todo el país, entonces estamos, en el proyecto

³⁹ Como se explica en el numeral 3.2.3. de esta sentencia y se ha reconocido por esta Corte en diversos pronunciamientos, entre ellos sentencias C-401 de 2005 y C-615 de 2009.

⁴⁰ Gaceta del Congreso, siete de febrero de 2007, n. 39, Acta n. 31 -Debate en Plenaria del Senado de la República-, 26 de noviembre de 2006.

viene de que estas personas se van a afiliar a Caprecom, que sería la EPS pública del Régimen Subsidiado.”⁴¹

En armonía con lo expuesto, el literal i) fue aprobado por la plenaria del Senado bajo estos criterios de la siguiente forma

“i) La afiliación inicial de la población de desplazados y desmovilizados cuyo financiamiento en su totalidad a cargo del Fosyga, se hará a una entidad promotora de salud de naturaleza pública del orden nacional, sin perjuicio de que preserve el derecho a la libre elección en el siguiente período de traslado. El Gobierno Nacional reglamentará la afiliación de esta población cuando en el respectivo municipio no exista dicha oferta.”⁴²

En la plenaria de la Cámara de Representantes el criterio fue el mismo, es decir, el fortalecimiento del sector público y con ese objetivo se aprobó la propuesta del informe de ponencia para el segundo debate, que en este específico punto resultaba idéntica a la del Senado⁴³. El texto aprobado fue el siguiente

“i) La afiliación inicial de la población de desplazados y desmovilizados cuyo financiamiento en su totalidad esté a cargo del Fosyga se hará a una entidad promotora de salud de naturaleza pública del orden nacional, sin perjuicio de que preserve el derecho a la libre elección en el siguiente período de traslado. El Gobierno Nacional reglamentará la afiliación de esta población cuando en el respectivo municipio no exista dicha oferta.”⁴⁴

Aunque los textos definitivos del proyecto de ley que fueron aprobados por Senado y Cámara de Representantes debieron ser conciliados, el literal en cuestión no fue objeto de conciliación por tratarse de un texto idéntico.

De esta breve reseña se puede concluir que son dos los elementos que aporta la discusión legislativa: la intención de fortalecer las instituciones del sector público que integran la red que presta el servicio de salud, no simplemente a la EPS pública de carácter nacional, sino, además, a las ESE que deben contratar con dicha entidad –art. 16 del 1122 de 2007-; y el ánimo de garantizar de esta forma la llamada ‘portabilidad’ que

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Gaceta del Congreso, 12 de diciembre de 2007, n. 656, Texto definitivo aprobado por el Senado de la República.

⁴³ Gaceta del Congreso, 26 de enero de 2007, n. 10, Acta 29 –Debate en Plenaria de la Cámara de Representantes-, 04 de diciembre de 2006.

⁴⁴ Gaceta del Congreso, 29 de diciembre de 2006, n. 697, texto definitivo aprobado por la Cámara de Representantes.

implica la posibilidad de ser atendido en la mayor parte del territorio nacional.

Estos argumentos, sin embargo, no pueden servir de fundamento a la negación del principio de diversidad étnica y cultural, ni de los artículos 7°, 8° y 25° del Convenio 169 de 1989 que lo desarrollan y resultan aplicables al campo de la salud. En efecto, difícilmente hubiese podido entenderse como un obstáculo al programa general de apoyo a la EPS-S pública o al objetivo de la portabilidad el haber previsto una regulación especial en el cubrimiento en salud para la población indígena en situación de desplazamiento. El argumento salta a la vista del operador jurídico, pues la población indígena en situación de desplazamiento no supera el 6.90% del total de dicha grupo -2.28% de acuerdo con las cifras de Acción Social-, por lo que reconocer la posibilidad de afiliación a otras EPS-S, siempre que éstas fueran indígenas, claramente no tendría la magnitud para impedir el fortalecimiento de la EPS del sector público de carácter nacional, ni el cumplimiento de la exigencia de la portabilidad.

Adicionalmente, la obligación de afiliación sin prever excepción alguna no contribuye a la consolidación del aseguramiento en salud; ni se demuestra que agilice de forma sustancial la prestación del servicio; ni se comprueba que haga más viable la prestación del servicio en términos económicos o cualitativos; y, en general, no se enuncia beneficio alguno para las comunidades indígenas o para el universo de la población desplazada. Finalmente, los argumentos de las intervenciones que respaldan la constitucionalidad de la norma, apuntan a negar un aspecto evidente, cual es la restricción de las garantías reconocidas por el ordenamiento colombiano a la autonomía por medio de la cual las comunidades indígenas manifiestan en concreto su cultura.

Por lo tanto, concluye la Corte que no se encuentra razón suficiente para que se cercene la posibilidad de afiliación al sistema de protección social en salud previsto por la ley 691 de 2001 cuando las personas pertenecientes a la comunidad indígena hayan sido inscritas en el RUPD y gocen los beneficios del mismo. En efecto, sólo las limitaciones inaceptables a los derechos reconocidos a la mayoría de la población – universalismo- constituyen un obstáculo a la concreción de derechos específicos para las minorías culturales presentes en el territorio del Estado; como en esta ocasión no se está ante dicho escenario, sería intolerable para la minoría una estandarización en la protección prestada, que ignorara sus especificidades culturales y creara garantías contrarias o paralelas a éstas.

Esta situación obliga a la Corte a prever un mecanismo que proteja el principio de diversidad étnica y cultural y el ejercicio de los derechos a éste asociados, sin menoscabar la protección en salud prevista para la población desplazada en general.

Por esta razón, y en armonía con el numeral 1 del artículo 8° del Convenio 169 que consagra la obligación de los Estados de tomar en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al momento de aplicarles la legislación nacional, se declarará la exequibilidad del literal i. del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, en el entendido que la previsión en ella contenida no inhibe la posibilidad que los indígenas en situación de desplazamiento realicen su afiliación inicial a una EPS-S indígena; así mismo, el reconocimiento de esta garantía no origina restricción *adicional* alguna a las previstas por la legislación general para realizar el cambio de EPS-S.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE** el literal i) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007 “*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, en el entendido que a la población indígena desplazada le será reconocida, desde el momento de su inscripción en el Registro Único de Desplazados, la posibilidad de realizar su afiliación inicial al sistema de salud en una EPS-S indígena o en una EPS-S pública de carácter nacional.

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

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Presidente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Impedimento aceptado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Ausente con excusa

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General