

Sentencia C-088/01

OBJECION PRESIDENCIAL-Generales y específicas

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY-Protección de toda la población

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY-Trato especial de cierta población

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Normatividad especial/SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Trato especial atendiendo realidad cultural

Tal como lo ha señalado esta Corporación, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, justifica que se dicten disposiciones especiales dirigidas a las comunidades indígenas. Estas normas, en tanto que implican una distinción, deben basarse en razones suficientes que expliquen la diferencia de trato.

DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS-Adopción de medidas eficaces para realización

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Término para vinculación

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDAD INDIGENA-Financiación/REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDAD INDIGENA-Exclusión por capacidad de pago

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDAD INDIGENA-Régimen de beneficios

COMUNIDAD INDIGENA-Protección especial/PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Subsidio alimentario

DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS-Regulación de destinación de recursos

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD INDIGENA-Existencia

POTESTAD REGLAMENTARIA-Competencia

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Alcance

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Vulneración

Referencia: O.P. 039

Objeciones presidenciales al proyecto de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, "mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud."

Magistrada Ponente (E):

Dra. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial la contemplada en los artículos 167 y 241, numeral 8 de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

## S E N T E N C I A

### I. ANTECEDENTES

Mediante oficio recibido por esta Corporación el día dos (2) de diciembre de dos mil (2000), el Presidente del Senado de la República, hizo llegar a la Corte Constitucional el expediente legislativo del proyecto de Ley 067/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema de seguridad social en salud”, objetado parcialmente por el Presidente de la República.

Las Cámaras no aceptaron las objeciones presentadas por el Presidente de la República, e insistieron en la aprobación del proyecto de Ley 067/99 Senado - 193/99 Cámara, en los términos por ellas acordados. El Presidente del Congreso, en cumplimiento del artículo 167 de la Constitución, remitió a esta Corporación el expediente legislativo correspondiente, para que sea la Corte Constitucional quien decida definitivamente sobre las objeciones presentadas por el Presidente de la República, en contra del proyecto de ley de la referencia.

### II. NORMAS OBJETADAS

A continuación, se transcribe el texto de los artículos del proyecto de ley objetado por el Presidente de la República, subrayando en algunos casos, las expresiones impugnadas:

“LEY N<sup>o</sup> \_\_\_

“Por medio de la cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud”

El Congreso de Colombia,

D E C R E T A:

(...)

Capítulo II

#### FORMAS DE VINCULACIÓN

ARTICULO 5<sup>o</sup>. Vinculación. Los miembros de los pueblos indígenas participarán como afiliados al Régimen Subsidiado, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, excepto en los siguientes casos:

1. Que esté vinculado mediante contrato de trabajo,
2. Que sea servidor público,
3. Que goce de pensión de jubilación.

Las tradicionales y legítimas autoridades de cada pueblo indígena, elaborarán un censo y lo mantendrán actualizado, para efectos del otorgamiento de los subsidios. Estos censos deberán ser registrados y verificados por el ente territorial municipal donde tengan asentamiento los pueblos indígenas.

PARAGRAFO 1º. El Ministerio de Salud vinculará a toda la población indígena del país en el término establecido en el artículo 157 literal b, inciso segundo de la Ley 100 de 1993.

PARAGRAFO 2º. La unificación del POS-S al POS del régimen contributivo se efectuará en relación con la totalidad de los servicios de salud en todos los niveles de atención y acorde con las particularidades socioculturales y geográficas de los pueblos indígenas.

#### DEL REGIMEN DE BENEFICIOS

ARTICULO 6º. De los Planes de Beneficios. Los Pueblos Indígenas serán beneficiarios de los planes y programas previstos en la Ley 100 de 1993, así:

1. Plan Obligatorio de Salud.
2. Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (conforme se define en el Acuerdo 72 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud).
3. Plan de Atención Básica.
4. Atención de urgencias.
5. Atención de Accidentes de Tránsito y Eventos Catastróficos,

Las actividades y procedimientos no cubiertos por ninguno de los anteriores Planes y Programas, serán cubiertos con cargo a los recursos del Subsidio a la Oferta en las Instituciones Públicas o las Privadas que tengan contrato con el Estado.

(...)

ARTICULO 8º. Subsidio Alimentario. Debido a las deficiencias nutricionales de los pueblos indígenas, el P.O.S.S. contendrá la obligatoriedad de proveer un subsidio alimentario a las mujeres gestantes y a los menores de cinco años. El Instituto de Bienestar Familiar - o la entidad que haga sus veces - el Programa Revivir de la Red de Solidaridad (o el organismo que asuma esta función), los departamentos y los municipios darán prioridad a los pueblos indígenas, para la asignación de subsidios alimentarios o para la ejecución de proyectos de recuperación nutricional, a partir de esquemas sostenibles de producción.

(...)

## Capítulo IV

### DE LA FINANCIACION

ARTICULO 12. Financiación de la afiliación. La afiliación de los pueblos indígenas al régimen subsidiado se hará con cargo a los recursos provenientes de:

- a. Recursos del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud,
- b. Con aportes al FOSYGA, subcuenta de solidaridad,
- c. Con recursos de los entes territoriales y
- d. Con aportes de los resguardos indígenas.

PARAGRAFO 1°. En aquellos asentamientos del territorio nacional, que no hagan parte de ningún municipio, los recursos departamentales provenientes de la conversión de subsidios de demanda, harán parte de las fuentes de financiación de que trata el presente artículo.

PARAGRAFO 2°. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Podrá fijar el valor de la UPC para los Pueblos Indígenas hasta en un cincuenta por ciento (50%), por encima del valor de la UPC normal, atendiendo criterios de dispersión geográfica, densidad poblacional, dificultad de acceso, perfiles epidemiológicos, traslados de personal y adecuación sociocultural de los servicios de salud.

(...)

ARTICULO 14. Administradoras. Podrán administrar los subsidios de los pueblos indígenas, las entidades autorizadas para tal efecto, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. Las autoridades de pueblos indígenas podrán crear Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud Indígenas (ARSI), las cuales podrán en desarrollo de la presente ley:

- a. Afiliar a indígenas y población en general beneficiarios del régimen subsidiado de Seguridad Social en Salud.
- b. El número mínimo de afiliados con los que podrán operar las Administradoras de Régimen Subsidiado Indígena (ARSI), será concertado entre el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y los Pueblos Indígenas teniendo en cuenta sus especiales condiciones de ubicación geográfica y número de habitantes indígenas en la región, de los cuales por lo menos el sesenta por ciento (60%) deberá pertenecer a pueblos indígenas tradicionalmente reconocidos.
- c. Disponer de un patrimonio mínimo equivalente al valor de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales vigentes por cada cinco mil (5.000) subsidios administrados.

Para efectos del cálculo del capital mínimo a que se refiere el presente artículo, los bienes que se aporten en especie solamente se computarán hasta por un valor que en ningún caso podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del capital mínimo exigido, los cuales serán tomados por el valor en libros.

PARAGRAFO. El Ministerio de Salud reglamentará la modalidad, transformación, funcionamiento y liquidación de las Empresas Solidarias de Salud Indígenas actualmente en funcionamiento en Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud Indígena, en desarrollo de lo previsto en los artículos 24 y 25 de la Ley 21 de 1991, para lo cual contará con un plazo de seis meses, a partir de la expedición de la presente ley. El Gobierno Nacional, reglamentará la administración mediante encargo fiduciario.

(...)

## Capítulo VI

### DE AFILIACIÓN Y MOVILIDAD EN EL SISTEMA

(...)

ARTICULO 17. Escogencia de la administradora. Cada comunidad indígena, por el procedimiento que ella determine, y en acta suscrita por las autoridades propias, seleccionará 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.

Cualquier hecho o conducta manifiesta orientada a distorsionar la voluntad de la comunidad, para la afiliación o el traslado de que trata el presente artículo, invalidará el contrato respectivo y en este evento se contará con 45 días hábiles para el traslado.

(...)

ARTICULO 20. Exención. Los servicios de salud que se presten a los pueblos indígenas estarán exentos del cobro de cuotas moderadoras y copagos.

(...)

## Capítulo VII

### DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 25. De la Contratación con IPS's Públicas. Para efectos de la contratación que de manera obligatoria deben efectuar las administradoras del régimen subsidiado con las IPS's públicas, se entenderá como parte de red pública, a las IPS'S creadas por las autoridades de los Pueblos Indígenas.

PARAGRAFO. Cuando los municipios hayan llevado a cabo el proceso de descentralización en salud, sus Empresas Sociales del Estado-ESE, tendrán preferencia en la contratación de servicios de niveles de complejidad diferentes al prime nivel. Para lo cual los Departamentos y la Nación prestarán el apoyo necesario para el logro de este objetivo.

(...)"

## III. OBJECIONES PRESIDENCIALES

El Presidente de la República presentó objeciones por inconstitucionalidad contra los artículos

5, 6, 8, 12, 14, 17, 20, 25 del proyecto de ley No. 067/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema de seguridad social en salud.”

En primer lugar, considera que los artículos 5, 6, 8 y el párrafo 2 del artículo 12 del referido proyecto de ley, desconocen el principio de igualdad al privilegiar a las comunidades indígenas y discriminar a otros sectores sociales que también presentan una precaria situación socioeconómica. Sostiene, que el artículo 5 objetado excluye únicamente del régimen subsidiado a los miembros de los pueblos indígenas que estén vinculados por contrato de trabajo, sean servidores públicos o gocen de una pensión. Considera que dicha exclusión no es suficiente pues “pueden existir otros con capacidad de pago que por consiguiente estarían en el régimen subsidiado” lo cual, a su juicio, no tiene justificación alguna.

De igual forma, afirma que los artículos 6 y 8 del proyecto establecen en favor de las comunidades indígenas, el derecho a recibir ciertos servicios en salud así como un subsidio obligatorio alimentario para las mujeres indígenas gestantes y los menores de 5 años, los cuales constituyen un privilegio para estas personas frente a los demás afiliados al régimen de seguridad social.

Respecto al párrafo 2 del artículo 12, manifiesta que “al establecer la facultad del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para fijar el valor de la UPC para los pueblos indígenas, hasta en un cincuenta por ciento por encima del valor de la UPC normal, vulnera así mismo el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 Superior por otorgar este beneficio exclusivo para la población indígena.” Expresa que la fijación de dicho valor de la UPC debe ser fijado por dicho Consejo, de acuerdo con el perfil epidemiológico, los riesgos cubiertos y el costo de prestación de los servicios en condiciones medias de calidad y tecnología de los diferentes territorios geográficos y no tomando como criterio el que se trate o no de comunidades indígenas.

De acuerdo con todo lo anterior, concluye que “no existe un principio de razón suficiente que justifique la concesión de este tipo de beneficios a un sector de la sociedad cuando también existen otros grupos de población que se hallan bajo estas mismas circunstancias de inferioridad”, como son los niños menores de un año, los ancianos y las personas sin recursos económicos entre otros. Agrega, que “(...) para no vulnerar el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos a estar afiliados al sistema en forma progresiva, la ampliación propuesta en el proyecto de ley que cobijaría a toda la población indígena, solo podría llevarse a cabo en forma gradual y teniendo como fuente de financiación los recursos que los resguardos indígenas destinen para tal fin, con cargo a sus participaciones en los ingresos corrientes de la Nación o a otro tipo de recursos que allí se generen. La creación de un sistema con los recursos de las contribuciones del régimen general implicaría un desajuste fiscal que el sistema no está en condiciones de afrontar y una disminución en los servicios prestados al resto de la población. De otra parte, se advierte, que la población indígena ya se encuentra incluida, con especial protección, en el Sistema General de Seguridad Social que se basa en los principios de universalidad, unidad, cobertura y la única diferencia radica en la capacidad contributiva y económica del ciudadano.”

Por otro lado, estima que el artículo 14 del proyecto vulnera los principios constitucionales de eficiencia y eficacia consagrados en los artículos 48 y 209 de la Carta Política. Explica que al flexibilizar los requisitos de creación de las aseguradoras indígenas “es probable que las especiales circunstancias económicas de operatividad allí consagradas conduzcan a que no se tenga la solidez suficiente para brindar la cobertura de servicios a todos los afiliados y se pongan en riesgo los recursos del Fondo”. Adicionalmente, considera que el párrafo del artículo 14 desconoce el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución, porque la reglamentación de las empresas solidarias de salud indígena que se defiere al Ministerio de Salud corresponde al Presidente de la República.

Así mismo, sostiene que el artículo 17 del proyecto de ley viola el artículo 209 de la C.P., el cual consagra los principios de la función administrativa, puesto que los procedimientos para seleccionar las entidades administradoras deben fijarlos las autoridades administrativas y no los beneficiarios del régimen subsidiado sin sujetarse a ningún principio o criterio, como lo establece la norma. De igual manera, manifiesta que el artículo 20 del proyecto, al consagrar la exoneración del pago de cuotas moderadoras y copagos en el régimen contributivo a los pueblos indígenas, contraría el principio de solidaridad previsto en el artículo 48 de la Carta Política. Precisa, que la norma objetada olvida que los copagos tienen como finalidad racionalizar la utilización del servicio de salud y ayudar a financiar el Sistema General de Salud.

Finalmente, aduce que el párrafo del artículo 25 desconoce el artículo 158 de la Constitución Política, ya que dispone la preferencia que debe darse a las empresas sociales del Estado del nivel municipal en materia de prestación de servicios de salud, lo cual es un asunto ajeno a la materia principal del proyecto.

#### IV. INSISTENCIA DEL CONGRESO EN LA APROBACIÓN DEL PROYECTO LEY 067/99 Senado – 193/99 Cámara, EN LOS TERMINOS EN QUE FUE REMITIDO AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA PARA SU SANCIÓN

De acuerdo con lo indicado en los respectivos informes sobre las objeciones presidenciales al proyecto de ley No. 067/99 Senado – 193/99 Cámara, las plenarias de cada Cámara coinciden en señalar, que las objeciones presidenciales son infundadas por los siguientes motivos. En primer lugar, manifiestan que la presentación del referido proyecto de ley se fundamentó en la necesidad de que, de acuerdo con las diferencias étnicas, culturales, sociales y económicas de los pueblos indígenas, se diera un trato diferente en la legislación que permitiera la adecuación del sistema de seguridad social en salud para proteger la existencia de estos como “pueblos diferenciados”. En este sentido, consideran que “el trato diferente a los distintos se justifica si se compara al resto de la población nacional con la población indígena y su necesidad de recibir una atención del Estado adecuada a su realidad e identidad cultural. La ubicación geográfica, características epidemiológicas, pesos y tallas, concepción de la enfermedad, existencia de prácticas curativas autóctonas, médicos tradicionales constituyen factores que ameritan una adecuación del sistema de seguridad social que permita la supervivencia de estos pueblos reafirmando su identidad.”

En relación con las objeciones al artículo 5 y 17, aducen las cámaras que con ellas se desconoce que “la comunidad indígena no es una sumatoria de individuos sino un sujeto

colectivo único e indivisible” y que los sistemas económicos indígenas son “economías de subsistencia fundadas en los principios de reciprocidad, solidaridad y comunitariedad.” Precisan, que “por ser la comunidad indígena y sus autoridades un sujeto colectivo, se reúnen dos cualidades simultáneas, la de comunidad con derecho a elegir y la de la autoridad local, de conformidad con los artículos 246 y 330 de la Constitución Política. La afiliación colectiva garantiza, dadas las condiciones de dispersión geográfica de la mayoría de los pueblos indígenas, que se realicen los principios consagrados en el artículo 209 de la C.P.”

De otro lado, consideran que la objeción al artículo 6 no es pertinente, porque lo que hace el artículo es desarrollar el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 que ordena que los planes obligatorios de salud se igualarían antes del año 2001. Igual sucede con las objeciones al artículo 8, ya que el POS-S debe adecuarse a las particularidades culturales de las comunidades indígenas para que se atienda efectivamente la principal causa de mortalidad infantil en esas comunidades, cual es la desnutrición.

Respecto a la objeción al artículo 12 del proyecto, aseguran que actualmente el CNSSS establece una UPC diferencial para algunos territorios de la geografía nacional, por ello, el artículo en mención está fijando un criterio de flexibilidad que permite adecuar el valor real de la UPC a particularidades culturales, geográficas y epidemiológicas propias de los pueblos indígenas. Así mismo, sobre la objeción formulada contra el artículo 14 destacan que el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991 obliga al Estado a facilitar que los pueblos indígenas administren el servicio de salud; por ende, el artículo 48 de la Carta Política no se vulnera, ya que la seguridad social puede ser prestada por entidades públicas o privadas y precisamente la Ley 100 en su artículo 181, señala que las comunidades indígenas pueden organizarse para tal fin. En idéntico sentido, señalan que el artículo 14 no vulnera el artículo 189-11 Superior, porque la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno del cual hacen parte los Ministerios.

Igualmente, sostienen que el artículo 20 desarrolla el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 en cuanto determina que las comunidades indígenas serán afiliadas al régimen subsidiado. Además, anotan que las normas cuestionadas recogen lo previsto en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995, que establece en favor de la población indígena o indigente, la no existencia de cuotas de recuperación.

Por último, a juicio de las Cámaras Legislativas, el artículo 25 guarda unidad de materia con el resto del artículo del proyecto, en el entendido de que se trata de Empresas Sociales del Estado que prestan atención en los territorios indígenas.

## V. INTERVENCION CIUDADANA

Dentro del término concedido a los ciudadanos para intervenir impugnando o defendiendo la constitucionalidad de la norma objetada por el Presidente de la República, no se presentó escrito alguno.

## VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de Nación, al rendir concepto sobre las objeciones que presentara el

Presidente de la República, al proyecto de ley No. 067/99 Senado - 193/99 Cámara, solicitó a la Corte Constitucional, declarar infundadas las objeciones presentadas en contra de este proyecto.

En su criterio, a través del proyecto de ley materia de estudio “se busca reglamentar la participación de los pueblos indígenas en el Sistema de Seguridad Social en Salud, pues aún cuando la Ley 100 de 1993 contiene disposiciones que cubren a las comunidades indígenas dentro del sistema, esas disposiciones no son suficientemente garantistas de la diversidad étnica y cultural que las caracteriza.” En este sentido, estima que los artículos 5, 6, 8 y 12 del proyecto no vulneran el principio de igualdad, pues el trato diferente y privilegiado para las comunidades indígenas en materia de seguridad social en salud, es razonable y se encuentra plenamente justificado porque las referidas comunidades tienen unas características propias totalmente diferentes a las del resto de la población colombiana y se hace necesario proteger a estas para garantizar su existencia y prolongación.

De igual manera, la Vista Fiscal considera que los artículos 14, 17 y 20 del proyecto de ley no desconocen el principio de solidaridad (C.P., art. 48) ni los principios de la función pública. Respecto al artículo 14, afirma que éste “lejos de vulnerar el principio de solidaridad hace posible que las comunidades indígenas tengan acceso al sistema de salud estatal, a través de su propia ARSI, y aunque pueden ser creadas en condiciones más flexibles que las ARS del sistema general de salud ello es razonable porque la población indígena en nuestro país solo representa el 2% del total de la población colombiana, lo cual repercute directamente en la cantidad de subsidios que pueden llegar a administrar. En relación con el artículo 17 del proyecto, indica que al permitir a las comunidades indígenas determinar el procedimiento para seleccionar la ARS a la cual se afiliarán, garantiza los principios de la función pública pues establece un procedimiento previo y claro de selección. Igualmente, destaca que el artículo 20 “armoniza con la especial protección que el constituyente consagró en los preceptos superiores para las comunidades indígenas.”

Finalmente, considera que el principio de unidad de materia tampoco resulta vulnerado por el artículo 25 del proyecto, pues la referencia a las empresas sociales del Estado tiene que ver con la prestación de los servicios de salud a los integrantes de las comunidades indígenas, tema principal del proyecto de ley.

## VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Corresponde a la Corte, en los términos de los artículos 167 y 241-8 de la Constitución Política, decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República, por razones de inconstitucionalidad.

### 2. Objeciones generales a los artículos 5, 6, 8 y al párrafo 2 del artículo 12 del proyecto. Violación del artículo 13 de la Constitución Política

El Gobierno Nacional objetó los artículos 5, 6, 8 y el párrafo 2 del artículo 12 del proyecto de ley, por considerar que violan el artículo 13 de la Constitución. El Gobierno formuló objeciones de carácter general frente a las citadas disposiciones, así como específicas frente

a cada norma. La Corte estudiará en primer término, las objeciones generales, para luego detenerse en las que son específicas.

En concepto del Gobierno, las normas objetadas discriminan en general a otros sectores de la población que son igualmente vulnerables y que, por lo mismo, merecen especial protección. Así mismo, señala que para atender los beneficios que se otorgan a la población indígena se requeriría destinar enormes recursos, en detrimento de la posibilidad de los restantes sectores vulnerables, de acceder al sistema de seguridad social en salud. De otra parte, y con el fin de atender tales obligaciones, el Gobierno Nacional estima que “la creación de un sistema con los recursos de las contribuciones del régimen general implicaría un desajuste fiscal que el sistema no está en condiciones de afrontar y una disminución en los servicios prestados al resto de la población”. En suma, el cumplimiento de la ley únicamente podría llevarse a cabo de manera gradual y con recursos que los resguardos indígenas reciben como participación en los ingresos corrientes de la nación. En todo caso, señala que la Ley 100 de 1993 ya había incluido a las comunidades indígenas entre los beneficiarios del régimen subsidiado (art. 211), quienes debían estar vinculados en el sistema para el año 2000 (art. 157). Además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 216 de la misma ley, las comunidades indígenas y la población rural son destinatarios del 50% de los recursos de subsidio destinados al aumento de la cobertura.

El primer argumento general del Gobierno, consiste en señalar que la protección de los derechos económicos y sociales debe realizarse de manera tal, que no se establezcan distinciones injustificadas entre sectores de la población que por su carácter vulnerable, requieren de idéntica protección.

La Corte comparte prima facie esta postura del Gobierno Nacional. En efecto, el cumplimiento de las obligaciones estatales de respetar, proteger y desarrollar los derechos constitucionales debe realizarse de forma tal, que los resultados que se demanden y las medidas exigibles, cobijen a toda la población que se encuentra en idéntica situación de hecho. Es así como, la adopción de medidas especiales que protejan a la población más vulnerable (art. 13 inciso 3), a fin de garantizar una igualdad real (art. 13 inc. 2), no puede hacerse al margen de la obligación de que exista una igualdad en la ley. Así, la posibilidad de realizar distinciones con el objeto de favorecer a ciertos grupos, no puede involucrar desigualdades entre los grupos favorecidos.

Con todo, tal como lo ha señalado esta Corporación<sup>1</sup>, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural (C.P. art. 7), justifica que se dicten disposiciones especiales dirigidas a las comunidades indígenas. Estas normas, en tanto que implican una distinción, deben basarse en razones suficientes que expliquen la diferencia de trato. En materia de salud, tal como lo pone de presente el Congreso de la República en su insistencia, existen elementos culturales (como la concepción de la enfermedad y su tratamiento) y socioeconómicos (como la existencia de una economía colectiva por oposición al mercado), que de no considerarse en su justa dimensión, hacen más difícil el acceso y disfrute efectivo de los beneficios del sistema de seguridad social en salud. En tales condiciones, resulta justificado que, en términos generales, se establezca un régimen especial de seguridad social en salud para tales comunidades. En todo caso, la Corte ha señalado que la existencia de tales regímenes, por sí mismos, no quebrantan la Constitución<sup>2</sup>. Cabe advertir que esta

compatibilidad general de la existencia del régimen con la Constitución, no implica per se la constitucionalidad de las normas concretas, que exigen un análisis individual, pues las medidas que se adoptan pueden contrariar la Carta Política.

## 2.2 Deber del Estado de adoptar medidas eficaces para realizar los derechos económicos y sociales

El segundo argumento del Gobierno Nacional, se basa en las dificultades financieras que existen para atender las obligaciones derivadas de las normas objetadas. Según el Gobierno, no existen recursos suficientes para cumplir la ley y estima necesario que las comunidades indígenas destinen parte de los montos que reciben por concepto de participación en los ingresos corrientes de la Nación.

Un primer análisis de este argumento llevaría a la Corte a desestimarlos, pues, antes que un razonamiento de carácter constitucional, en el trasfondo existen razones de conveniencia.

En efecto, la suficiencia de recursos no es, en principio, un problema normativo, razón por la cual la Corte carecería de competencia para estudiarlo. Sin embargo, cuando la asunción de nuevas obligaciones o la redefinición de las existentes apareja una reducción del nivel de satisfacción de los derechos constitucionales alcanzado o cuando la estructura financiera adoptada impide la real protección y respeto por tales derechos, se genera una violación de la Constitución, ante lo cual la Corte Constitucional, como guardiana de la misma, no puede permanecer inmóvil.

Tal como se indicó en la sentencia C-1489/2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), con el objeto de que la Corte Constitucional pueda considerar esa situación, se debe probar debida y suficientemente la relación entre los aspectos financieros y la violación de la Constitución. Tales pruebas no existen en esta oportunidad. Por lo tanto, la Corte declarará exequibles, por este aspecto general, las normas objetadas, sin perjuicio de que, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad y aportando las pruebas requeridas, se pueda cuestionar su constitucionalidad por este motivo.

No obstante lo anterior, debe destacarse del argumento del Gobierno la pretensión de que el desarrollo de los derechos económicos y sociales no queden en su mera enunciación simbólica, sino que aparejen una obligación de cumplimiento efectivo. Ello lleva a considerar el siguiente argumento.

## 2.3 Obligación de cumplir la Ley 100 de 1993

El Gobierno aduce que la Ley 100 de 1993 fijó un plazo perentorio para que las comunidades indígenas, así como el resto de la población, estuvieran vinculadas al sistema de seguridad social en salud. De allí, se infiere de la argumentación del Gobierno, que no es necesario un régimen especial, pues de manera gradual, las comunidades indígenas irán ingresando a dicho sistema.

La posición del Gobierno, en torno a la necesidad del régimen, es evidentemente una argumentación de conveniencia, por lo cual la Corte no es competente para pronunciarse respecto de ella. Empero, resulta sorprendente que se traiga a colación la existencia de un derecho de exigencia inmediata a partir del presente año - de todos los colombianos a estar

vinculados al sistema de seguridad social en salud a partir del año 2000 – y al mismo tiempo, calificar de progresivo el derecho a acceder al sistema de seguridad social en salud.

Así como el Ejecutivo reclama del Legislador, que dicte normas en materia de derechos económicos y sociales que sean susceptibles de realizarse (principio de efectividad de los desarrollos legislativos de los derechos constitucionales), el Gobierno tiene el deber de ejecutar las leyes (art. 189 de la C.P.). En este orden de ideas, una vez se ha fijado un término perentorio para lograr un resultado, el Estado incumple su obligación de respeto del derecho de todo colombiano a estar vinculado al sistema de seguridad social a partir del año 2000, si no se adoptan las medidas necesarias para que sea una realidad.

3. Objeciones específicas respecto de los artículos 5, 6, 8 y parágrafo 2 del artículo 12 del proyecto de ley 67/99-Senado y 193/99-Cámara.

### 3.1. Exclusiones del régimen subsidiado en salud para indígenas

El Gobierno acusa el artículo 5, de establecer un trato discriminatorio a favor de las comunidades indígenas y en perjuicio de “otras que igualmente se encuentran en precaria situación socioeconómica”, al excluir a las personas con capacidad de pago de la obligación de vincularse al sistema contributivo. En su insistencia, el Congreso de la República indica que la norma ha tomado en consideración la realidad socioeconómica de tales comunidades, en las cuales no existe acumulación de capital y, por lo mismo, únicamente se puede entender que cuentan con capacidad económica las personas que están en alguno de los casos indicados en la misma disposición: quienes se encuentren vinculados con contrato de trabajo, quienes sean servidores públicos o que gocen de una pensión.

Sea lo primero advertir, la falta de congruencia del argumento del Gobierno. No comprende la Corte cómo permitir que personas con capacidad de pago sean vinculadas al régimen subsidiado “discrimine a otras que igualmente se encuentran en precaria situación socioeconómica”. Únicamente podría presentarse un trato discriminatorio, respecto de otras personas con capacidad de pago que no pueden afiliarse al sistema subsidiado. Con todo, resulta claro que el Gobierno objeta el trato preferencial brindado a los indígenas que ostenten capacidad de pago.

La capacidad de pago es una calificación sobre el quantum del peculio personal. Dicho quantum no es un concepto unívoco, sino que responde a la participación en un modelo económico determinado. En un modelo de producción capitalista sujeto a las leyes del mercado, puede afirmarse que, en términos generales, la capacidad de pago responde a la cantidad de recursos con que cuenta la persona. En una economía que funciona con otras reglas, la capacidad de pago, esto es, la riqueza, se determina de manera distinta.

En este sentido, el reconocimiento de la diversidad cultural, en punto a la financiación del sistema de seguridad social en salud, supone tomar en consideración este distinto modelo económico, a efectos de evitar que, aplicando los parámetros del modelo capitalista, se obligue a personas a aportar al sistema cuando su realidad cultural lo impide. Insistir en ello, además de desconocer dicho principio constitucional, tiene como consecuencia imponer a estas personas una carga exorbitante que torna en fútil el acceso al sistema de seguridad social en salud, en razón del impacto que genera dentro de la comunidad y en su calidad de

vida.

Ahora bien, no encuentra la Corte, que el hecho de no estar previstas en la norma, todas las posibilidades en las que miembros de una comunidad indígena con capacidad de pago deban estar excluidos del régimen subsidiado, desconozca precepto constitucional alguno, pues el Legislador legítimamente podía establecer tales exclusiones basado en las situaciones más frecuentes que pueden presentarse en una de esas comunidades, respecto de personas con recursos para cotizar de manera individual al sistema (Plan Obligatorio de Salud). Ello no significa que, en un futuro, el Congreso no pueda prever otros eventos en los cuales miembros de una comunidad indígena estarían excluidos del régimen subsidiado en salud, en razón de contar con recursos para cotizar al régimen contributivo.

Por lo expuesto, no prospera la objeción formulada por el Presidente de la República en relación con el artículo 5 del proyecto de ley bajo examen.

### 3. 2 Régimen de beneficios en materia de salud

El Gobierno objeta el artículo 6 por establecer, en su concepto, un régimen de beneficios superior al reconocido al resto de la población colombiana en precarias condiciones económicas y sociales.

El artículo objetado, dispone que los pueblos indígenas serán beneficiarios del plan obligatorio de salud, el plan obligatorio de salud subsidiado, el plan de atención básica, la atención inicial de urgencias y la atención de accidentes de tránsito y de eventos catastróficos, en los términos de la ley 100 de 1993.

Para la Corte no es de recibo la objeción formulada por el Presidente de la República respecto del artículo 6 del proyecto y en consecuencia, declarará exequible esta disposición. Tal como lo señala el Congreso en su insistencia, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 obliga al Estado a igualar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud subsidiado antes del año 2001. Así las cosas, se advierte que el contenido normativo del artículo objetado es idéntico al que se desprende de la mencionada disposición de la Ley 100 de 1993 en concordancia con los artículos 157 y 159 de la misma ley, que establecen el acceso de toda persona al Plan Básico de Salud, a la atención inicial de urgencias y a la atención de accidentes y eventos catastróficos. El hecho de que el Gobierno Nacional haya incumplido su deber de igualar ambos planes de salud, no puede fungir como argumento de carácter constitucional.

### 3.3. Subsidio alimentario como parte de la protección especial en salud

El Presidente objeta el artículo 8 del proyecto de ley, con el argumento de que consagra un trato discriminatorio en contra de otras mujeres gestantes y menores de 5 años con problemas de nutrición, quienes no recibirían dicho beneficio a pesar de estar vinculados al sistema de salud. Aduce, además, que se generaría un gasto que debe asumir el régimen subsidiado.

En su insistencia, el Congreso señala que la norma tiene por objeto enfrentar el grave problema de mortalidad infantil entre la población indígena, la cual tiene como causa principal la desnutrición infantil. De esta manera, expresa, se da cumplimiento a normas

internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño) y nacionales (Código del Menor), que consagran la obligación del Estado de garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño.

De ahí que, en resumen, se haya optado por “adecuar las prioridades y el gasto a las condiciones reales de los pueblos indígenas”.

Para la Corte, esta norma debe analizarse dentro del contexto que informa el proyecto de ley bajo examen, pues sin duda resulta acorde con la protección constitucional especial que la Carta ha consagrado en favor de los pueblos indígenas (art. 7 C.P.), la preservación de sus miembros, en particular, de los más débiles, que al padecer de deficiencias nutricionales están expuestos a mayores riesgos en salud. Por tal motivo, nada se opone a que el Legislador establezca como parte de ese plan obligatorio de salud, la provisión de un subsidio alimentario a las mujeres gestantes y menores de 5 años, pues este no es más que una medida de discriminación positiva o inversa a favor de comunidades marginadas de tiempo atrás de los servicios más esenciales. Sobre este tipo de medidas, esta Corporación ha dicho:

“Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. Los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras”.<sup>3</sup>

En este caso, además ha de reiterarse, lo ya observado respecto del artículo 5 del proyecto, en cuanto que bien puede el Congreso, dentro de su discrecionalidad, y en la medida en que se cuente con los recursos para ello, extender en un futuro ese beneficio a otros sectores sociales de los afiliados al régimen subsidiado. Por las mismas razones, se justifica la prioridad en la asignación de tales subsidios, que según se dispone en la norma, deben dar los departamentos y municipios el ICBF y la Red de Solidaridad (o el organismo que asuma esta función) a los pueblos indígenas.

En ese orden, no prospera la objeción del Gobierno respecto del artículo 8, que la Corte declarará exequible.

#### 3.4. UPC diferencial. Objeción al párrafo 2 del artículo 12

En concepto del Gobierno Nacional, autorizar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para fijar el valor de la UPC para indígenas hasta en un 50% por encima de la UPC ordinaria “vulnera así mismo el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 Superior por otorgar este beneficio exclusivo para la población indígena”. Explica, además, que en la

actualidad las zonas que gozan de un UPC diferencial son aquellas en que, precisamente, se concentra la población indígena. Finalmente aduce que no existen recursos suficientes para financiar una UPC en los términos que fija la norma.

En su insistencia, el Congreso señala que en la actualidad algunas regiones tienen fijada una UPC 25% mayor que el resto del país. Si se tiene en cuenta lo anterior y el hecho de que la norma se limita a autorizar un valor superior, no se vislumbra trato desigual alguno.

Como ya lo ha indicado la Corte<sup>4</sup>, el legislador cuenta con una amplia competencia para regular la destinación de recursos para satisfacer los derechos económicos y sociales. El Gobierno acusa la violación de la igualdad, sin embargo, no ofrece elementos de juicio que demuestren que, en materia del valor de la UPC, la posibilidad de reconocimiento de un mayor valor de dicho concepto, tratándose de comunidades indígenas, implique un trato desigual. Obsérvese que la UPC (arts. 182 y 213 de la Ley 100 de 1993) supone un valor que se reconoce a cada empresa que presta servicios en el sistema.

No se ha demostrado que con dicha posibilidad se establece una situación que favorezca, en detrimento de otros sectores vulnerables, el acceso a los servicios de salud. Por lo tanto, no prospera la objeción formulada por este aspecto respecto del párrafo 2 del artículo 12 del proyecto, que se declarará exequible.

#### 4. Objeción al artículo 14 del proyecto. Violación de los artículos 48 y 209 de la Carta

El artículo 14 del proyecto de ley establece un régimen especial para la creación de Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud Indígenas, que podrán afiliar a la población indígena y a la general, como beneficiarios del régimen subsidiado. El literal c) del mismo artículo dispone que el patrimonio mínimo deberá equivaler a “ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales vigentes por cada cinco mil (5.000) subsidios administrados”.

En concepto del Gobierno Nacional, se vulneran los artículos 48 y 209 de la Carta, pues “es altamente probable que las especiales circunstancias económicas de operatividad allí consagradas, conduzcan a que no se tenga la solidez suficiente para brindar cobertura de servicios a todos los afiliados y poner en riesgo los recursos del Fondo”. De esta manera, considera que se pone en peligro el cumplimiento del principio de eficiencia “entendido como la mejor utilización social y económica de los recursos de la administración, técnicos y financieros, disponibles para que los beneficios que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada y oportuna”. Estima, que corresponde al Estado intervenir para fijar los parámetros de acción de estas entidades, para “asegurar el cubrimiento de la totalidad de los riesgos”.

En su insistencia, el Congreso aduce que la norma constituye un desarrollo del artículo 25 del convenio 169 de la OIT, según el cual los servicios de salud deben organizarse en el nivel comunitario, planearse y administrarse en cooperación con las comunidades interesadas, y tener en consideración sus condiciones particulares así como “sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”. De otra parte, explica que la ley ha establecido condiciones más estrictas que las contempladas en el Decreto 2357 de 1995.

Finalmente, afirma que “no tiene razón el Ministerio de Hacienda al pretender aplicar el Decreto 1804, que se hizo para solucionar la insolvencia de las grandes EPS's y aplicarse de

manera general se atentaría contra una forma de economía solidaria como son las ARS's conformadas por las comunidades indígenas, por tal razón no hay motivo para no permitir este tipo de discriminaciones positivas que permiten el acceso de grupos vulnerables en igualdad de condiciones frente al resto de la sociedad nacional a la administración de los recursos del régimen subsidiado".

El artículo 6 del Decreto 2357 de 1995 disponía:

"Las Empresas Solidarias de Salud estarán autorizadas para afiliar a los beneficiarios del régimen subsidiado, con el objetivo de garantizar la prestación del POS-S, cuando acrediten ante la Superintendencia Nacional de Salud un patrimonio equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada cinco mil afiliados. Este patrimonio podrá estar compuesto por los aportes de los asociados, las donaciones y los excedentes que logre capitalizar".

El Decreto 1804 de 1999 (art. 5, num 5) derogó esta disposición, y estableció que toda entidad que administrara recursos del régimen subsidiado debería tener como patrimonio 10.000 salarios mínimos legales mensuales.

Es evidente que la pretensión del legislador es permitir la existencia de administradoras del régimen subsidiado creadas por las comunidades indígenas, al margen de las exigencias generales ha dispuesto el Gobierno Nacional para las restantes.

La objeción presidencial no se apoya en razones constitucionales, sino de mera conveniencia. En efecto, no le corresponde a la Corte Constitucional evaluar, salvo que la acusación se apoye en datos empíricos de los cuales se desprenda claramente la violación de la Constitución, si el capital mínimo exigido a las administradoras formadas por las comunidades indígenas es suficiente para atender debidamente las obligaciones derivadas del contrato de administración de recursos del régimen subsidiado. Por lo tanto, se declarará exequible el artículo 14 del proyecto, salvo el párrafo del mismo, el cual se analiza en el aparte siguiente.

#### 5. Objeción al párrafo del artículo 14 del proyecto de ley. Violación del artículo 189 de la Constitución

El Gobierno Nacional objeta que la disposición le confiera competencia al Ministerio de Salud para reglamentar "la modalidad, transformación, funcionamiento y liquidación de las Empresas Solidarias de Salud Indígenas actualmente en funcionamiento en Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud Indígena", por cuanto la potestad reglamentaria le corresponde al Presidente de la República. El Congreso de la República se limita a señalar que "la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno del cual hacen parte los Ministerios, por lo tanto es infundada la objeción".

La Constitución Política dispone, en el numeral 11 del artículo 189, que corresponde al Presidente de la República "[E]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes". La Corte Constitucional aunque ha señalado que la Carta, dado el esquema difuso de producción de normas, ha reconocido que algunas autoridades puedan desarrollar las leyes<sup>5</sup>, también ha

precisado que tratándose del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional, ésta le corresponde al Presidente de la República:

“6.1. En relación con el inciso tercero del numeral 5 del artículo 3 de la Ley 105 de 1993, que preceptúa que “el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte o sus organismos adscritos, establecerá las condiciones para el otorgamiento de rutas para cada modo de transporte, teniendo en cuenta los estudios técnicos que se elaboren con énfasis en características de la demanda y la oferta”, encuentra la Corte que la expresión “a través del Ministerio de Transporte o sus organismos adscritos”, resulta violatoria del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, pues, como se sabe, la potestad reglamentaria para el efectivo cumplimiento de la ley corresponde al Presidente de la República, quien habrá de ejercerla mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes que resulten necesarios para ello, lo que indica que no puede tal atribución que a él le asigna la Constitución desplazarse a uno de los ministerios, ni a ninguno otro de los organismos del Estado, pues esa potestad se atribuye al Presidente como suprema autoridad administrativa quien, desde luego, al ejercitarla habrá de expedir los decretos necesarios con la firma del Ministro del ramo respectivo.”<sup>6</sup>

Por lo expuesto, la Sala encuentra que el Gobierno tiene razón al objetar esta disposición y en consecuencia, declarará inexecutable el parágrafo del artículo 14 del proyecto.

#### 6. Objeción al artículo 17. Violación del artículo 209 de la Carta.

En concepto del Presidente de la República, el señalamiento del procedimiento previsto en esta norma para seleccionar la entidad administradora de los recursos de sistema subsidiado, a la cual deberán afiliarse los miembros de la comunidad, únicamente puede ser delegado en las autoridades administrativas y no, como lo dispone el precepto objetado, “en los beneficiarios del régimen subsidiado”, como lo son las comunidades indígenas, pues ello desconoce los principios rectores de la función administrativa.

De nuevo, la Corte debe poner de presente, que el legislador ha tenido en cuenta las particularidades que tienen esas comunidades, entre ellas, la forma en que éstas deciden los asuntos comunitarios y la potestad de que están investidas sus autoridades, la cual reconoce la Constitución (art. 330). Nótese que la norma, si bien se refiere a la decisión de cada comunidad indígena al respecto, dispone que ésta debe constar en acta suscrita por sus “autoridades propias”, que en el caso de esos pueblos equivalen a autoridades administrativas. En otras palabras, la forma particular en que funcionan la mayoría de esas 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. Además, la norma prevé que cualquier hecho o conducta que busque distorsionar la voluntad de la comunidad para dicha afiliación, invalidará el contrato respectivo.

No ve la Corte, en que medida, tal decisión puede desconocer los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrados en el artículo 209 del ordenamiento superior. Por consiguiente, no es de recibo la objeción formulada respecto de esta disposición, que se declarará executable.

## 7. Objeción al artículo 20 de la Carta. Violación del artículo 48.

En concepto del Presidente de la República, la exoneración de las comunidades indígenas del pago de cuotas moderadoras y copagos constituye una violación del principio de solidaridad previsto en el artículo 48 de la Constitución. La Corte Constitucional, recuerda, en su sentencia C-089 de 1998, precisó que los pagos moderadores buscan racionalizar el uso del servicio, en tanto que en la sentencia C-542 de 1998 indicó que los copagos buscan “ayudar a financiar el sistema general de salud en desarrollo del principio de solidaridad”.

El Congreso de la República insiste en la sanción del proyecto, señalando que (i) el Decreto 2357 de 1995 había excluido a las comunidades indígenas del pago de cuotas de recuperación y (ii) que el esquema de copagos y cuotas moderadoras, además de aplicarse sólo al régimen contributivo, no puede considerarse en el caso de las comunidades indígenas, por cuanto dichos conceptos se refieren a una capacidad individual de pago, lo cual es ajeno por completo al esquema social de tales comunidades, sometidas a una economía colectiva y no individualista.

En lo relativo al sistema subsidiado de salud, los decretos 2357 de 1995, 1804 de 1999 y 806 de 1998, nada disponen en relación con las cuotas moderadoras y copagos en el sistema subsidiado de salud. Únicamente, el Decreto 2357 de 1995 dispone la existencia de cuotas recuperadoras, de las cuales están excluidas las comunidades indígenas.

La Corte no encuentra prima facie que la exclusión de las comunidades indígenas del pago de cuotas moderadoras y copagos, en las condiciones de afiliación del proyecto (art. 17), viole el principio de solidaridad, en la medida en que dichas figuras no responden al esquema cultural de las comunidades, basado en una economía colectiva, que impide individualizar la capacidad de pago. Con todo debe precisarse que, habida cuenta que el artículo 5 del proyecto excluye a ciertos miembros de la comunidad del régimen subsidiado y los somete al contributivo, tales personas sí están en la obligación de cancelar cuotas moderadoras y realizar copagos, pues, por su pertenencia a dicho régimen, no puede considerarse que existan razones culturales que los eximan del deber general de asistir a la financiación del sistema.

## 8. Objeción al párrafo del artículo 25 del proyecto. Violación del principio de unidad de materia.

El Presidente de la República estima que dicho párrafo no guarda relación directa o material con el objeto del proyecto de ley, en la medida en que se trata de una norma general, inserta en una disposición de alcance restringido. En su insistencia, el Congreso señala que “el artículo guarda unidad de materia con el resto del articulado, en el entendido de que se trata de Empresas Sociales del Estado que prestan atención en los territorios indígenas”. Aduce, que la disposición se acogió por cuanto es “una realidad prístina como la que en territorios indígenas sólo funcionan Empresas Sociales del Estado siendo necesario para lograr una mayor eficiencia que se les prefiera evitando así que se desvíen los recursos hacia otras entidades, con un mayor costo”.

Sobre el principio de unidad de materia, la Corte ha señalado que:

“que “la materia” de una ley debe entenderse “en una acepción amplia, comprensiva de varios asuntos que tienen en ella su necesario referente”<sup>7</sup>. Esta comprensión generosa de la unidad temática de una ley no es caprichosa sino que es una concreción del peso del principio democrático en el ordenamiento colombiano y en la actividad legislativa. En efecto, si la regla de la unidad de materia pretende racionalizar el proceso legislativo y depurar el producto del mismo, al hacer más transparente la aprobación de las leyes y dar coherencia sistemática al ordenamiento<sup>8</sup>, no es congruente interpretar esta exigencia constitucional de manera tal que se obstaculice indebidamente el desarrollo de la actividad legislativa. Por ello esta Corte ha señalado que solamente deben retirarse del ordenamiento “aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma”.<sup>9</sup>”<sup>10</sup>

En el presente caso, se observa que el contenido normativo de la disposición objetada tiene alcances que exceden por completo el objeto de la ley. En efecto, dicho párrafo se refiere en general, a la contratación preferencial por parte de las Empresas Sociales del Estado, ESE de los municipios, de los servicios de salud distintos de los del primer nivel. El Congreso señala que se trata de las Empresas sociales que prestan sus servicios en territorios indígenas. Sin embargo, la norma se aplica para todas las empresas sociales del Estado. De ello se desprende que se ha violado el principio de unidad de materia exigido por los artículos 158 y 161 de la Constitución. En consecuencia, el párrafo del artículo 25 será declarado inexecutable.

#### VIII. DECISION

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

#### RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLES los artículos 5, 6, 8 y el párrafo 2 del artículo 12 del proyecto de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud”.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 14 del proyecto de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud”, excepto el párrafo de la misma disposición que se declara INEXEQUIBLE.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 17 del proyecto de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud”.

Quinto.- Declarar INEXEQUIBLE el párrafo del artículo 25 del proyecto de ley de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, del proyecto de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

FABIO MORON DIAZ Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

EDUARDO MONTELAGRE LYNETT

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (e)

MARTHA V. SACHICA MENDEZ

Magistrada (e)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO Secretario General (e)

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-088/01

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Diversidad cultural (Salvamento parcial de voto)

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY-Razones de raza (Salvamento parcial de voto)

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Razones de raza (Salvamento parcial de voto)

MEDIDAS DE DISCRIMINACION INVERSA O POSITIVA-Carga desproporcionada para sectores discriminados (Salvamento parcial de voto)

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADO-Discriminación en subsidio alimentario (Salvamento parcial de voto)

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDAD INDIGENA-Discriminación en subsidio alimentario (Salvamento parcial de voto)

Con el debido respeto, me permito consignar las razones por las cuales discrepo

parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría, en relación con el proyecto de ley 67/99-Senado y 193/99-Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud”, objetado por el Presidente de la República.

1. La diversidad cultural como fundamento de protección constitucional de acceso al sistema de seguridad social en salud. Artículo 5 del proyecto

Aunque participo de la argumentación que justifica la constitucionalidad de un régimen especial en seguridad social para las comunidades indígenas en el reconocimiento de su diversidad cultural, no así, en el hecho de que se brinde a quienes pertenecen a una etnia distinta.

No considero constitucionalmente admisible, que por el mero hecho de pertenecer a una comunidad indígena, exista el derecho a vincularse al sistema subsidiado. Existen pueblos indígenas que han abandonado formas de economía ancestrales ajenas a las leyes del mercado, para adoptar modelos capitalistas de subsistencia, que como tales, permiten a sus miembros contar con recursos individuales y que por consiguiente, deberían estar sometidos al régimen ordinario de afiliación al sistema. Asumir lo contrario, implica introducir un trato diferenciado basado en razones de raza, criterio sospechoso (C.P. art. 13), que exige una justificación que no se ofrece, pues no se ve cual puede ser la diferencia (distinta de la pertenencia a determinada etnia), entre los pobladores de escasos recursos de una región afectada por ejemplo, por la baja producción agrícola, con los miembros de una comunidad indígena que habita en la misma región. La Corte ya había avanzado en este sentido, al señalar que a “mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”<sup>11</sup>, de lo que se sigue que el trato diferencial se basa, en principio, exclusivamente en la diversidad cultural. Esta postura la confirman posteriores decisiones en las que la Corte ha entendido que ciertas sanciones, propias de ciertas comunidades indígenas, se ajustan a la Constitución, precisamente en cuanto tienen un sentido propio conforme a su realidad cultural<sup>12</sup>.

Si bien es cierto que en la Constitución de 1991, existen fundamentos sólidos para que el Estado en determinadas circunstancias, adopte medidas de discriminación inversa o positiva, también lo es, que tales medidas no pueden, sin contrariar los preceptos constitucionales, representar a su vez una carga desproporcionada para los grupos o sectores discriminados. Así lo ha señalado la Corte, al revisar la ley estatutaria que reguló la participación obligatoria de la mujer en los niveles decisorios del Estado:

“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han

estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales." El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad."13 (Negrilla fuera de texto)

2. Inconstitucionalidad del trato distinto dado a los menores y mujeres gestantes de las comunidades indígenas. Artículo 8 del proyecto objetado.

De igual manera, considero que el Presidente de la República tiene razón, en cuanto aduce, que el establecimiento de un subsidio alimentario para los menores de 5 años y mujeres gestantes de las comunidades indígenas, y la prioridad a estos pueblos en la asignación de subsidios alimentarios, configuran una discriminación frente a los demás niños y madres afiliados al régimen de salud subsidiado.

Tal y como se había puesto de presente en el proyecto de fallo original presentado a consideración de la Sala Plena, la desnutrición y la malnutrición infantil en Colombia, aunque se han reducido en los últimos 30 años, siguen afectando a una porción importante de la población. De acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación<sup>15</sup>, para 1995 se presentaba una desnutrición global en un 8% de los menores de 5 años, mientras que la crónica, en el mismo segmento de la población, alcanzaba el 15%. En su diagnóstico, se indica que:

"No obstante estos avances, las diferencias dentro del país son preocupantes. La desnutrición global en las subregiones Pacífica, Guajira/Cesar/Magdalena y Cauca/Nariño, alcanzan 17%, 15% y 14%, respectivamente. La desnutrición crónica afecta principalmente a las regiones Pacífica y Bogotá con 17% y Atlántica con 15%. Este tipo de desnutrición es mayor en el área rural donde llega a 19%, comparada con 13% en el área urbana".

De otra parte, en relación con la mortalidad infantil relacionada con la malnutrición, el informe señala que:

"Entre 1975 y 1995, la mortalidad infantil bajó de 54 a 28 defunciones por mil nacidos vivos. La mayor mortalidad infantil se registró en la Región Pacífica con 39 por mil, y por zona es mayor en el área rural donde llega a 32 por mil comparada con 26 por mil en el área urbana".

Entre las causas de esta situación, se indica que:

"Los bajos ingresos afectan a más del 50% de la población y, de éstos, el 20% no alcanza a cubrir la totalidad de las necesidades básicas de calorías y nutrientes y por lo tanto se encuentran en inseguridad alimentaria".

Para enfrentar este problema, que afecta a la población más vulnerable<sup>16</sup>, se diseñó un plan nacional de nutrición. Al respecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en respuesta a solicitud que se le hiciera, sobre información de sus actividades relacionadas con la atención de las necesidades de nutrición infantil, indicó que el programa de Bonos

Alimentarios Rurales fue suspendido por dificultades en su financiación. Con todo, señaló que la entidad cuenta, para el año 2001, con diversos programas de atención a las necesidades nutricionales de la población infantil en general, así como algunos especialmente dirigidos a la población indígena. Algunos de estos proyectos se financian con recursos del presupuesto nacional (Ej. Elaboración y adquisición de bienestarina) y otros, mediante convenios con el sector privado. Así, en la descripción de la modalidad 2 -APOYO A FAMILIAS INDÍGENAS EN FORMACIÓN Y DESARROLLO, del subproyecto 4 del programa 131 - se indica, que se destinarán recursos para atender la seguridad alimenticia y nutricional. Similares proyectos existen para la población general y para grupos especialmente vulnerables. Lo anterior muestra la existencia de un problema global que afecta a un porcentaje alto de la población infantil colombiana y la intención del Estado colombiano por asistir en su solución en general y de manera específica, a las familias indígenas.

El artículo 8 del proyecto objetado crea un subsidio alimentario, por conducto del sistema general de seguridad social en salud, a favor de los niños indígenas menores de 5 años y de las mujeres gestantes de esos grupos. Así mismo, indica que el plan de atención básica, en el componente nutricional, deberá brindarse con preferencia a estas comunidades.

Considero que, acorde con la Constitución y los convenios internacionales ratificados por Colombia (a los cuales hace alusión el Congreso al insistir en este proyecto de ley), el Estado debe ser en extremo celoso en la protección de los derechos de los niños y niñas. Tal como lo ha señalado esta Corporación en innumerables ocasiones, los menores constituyen, sin lugar a dudas, la población más vulnerable. En estas condiciones, debe celebrarse la adopción de programas específicos de atención a sus necesidades y, con ello, el debido, respeto por sus derechos constitucionales. No obstante, por la misma razón, el establecimiento de tratos diferenciales, así se trate de medidas de protección positiva sustentadas en la Carta Fundamental, debe justificarse de manera rigurosa.

Personalmente, comparto con el Gobierno Nacional, su apreciación sobre la existencia de un trato discriminatorio frente a otros menores, en iguales o peores condiciones, pues es un hecho notorio la existencia de niños y niñas deambulando por las calles de las grandes ciudades, sin atención alguna, así como, la situación en extremo compleja, a la cual se ven sometidos los niños y niñas y las mujeres gestantes desplazados por la violencia.

Señala la sentencia, de la cual me aparto parcialmente, que el artículo 8 del proyecto de ley configura una medida de discriminación inversa o positiva a favor de las comunidades indígenas. Si bien es cierto que, como lo ha reconocido esta Corporación, a la luz de la Constitución de 1991, "Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables"<sup>17</sup>, también lo es, que la validez de tales medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias, pues en cada caso deberá analizarse si la diferencia de trato que se establece es razonable y proporcionada, de modo que, de no serlo, tales medidas serían inconstitucionales.

Sobre el juicio de proporcionalidad que se debe aplicar en estos casos, ha dicho la Corte:

“Una herramienta que ha utilizado la Corte para determinar cuándo una diferencia en el trato se ajusta o no a la Constitución es el llamado juicio de proporcionalidad. Mediante éste, el juez constitucional debe, en principio, determinar 1) si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución. 2) si el trato diferente es “adecuado” para lograr la finalidad perseguida; 3) si el medio utilizado es “necesario”, en el sentido de que no exista uno menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin perseguido, y 4) si el trato diferenciado es “proporcional stricto sensu”, es decir, que no se sacrifiquen valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato”.<sup>18</sup>

Es evidente que el proyecto de ley tiene por objeto adecuar el sistema de seguridad social en salud a las necesidades particulares de las comunidades indígenas. Sin embargo, en cuanto se refiere a la nutrición, no puede sostenerse que los niños de dichas comunidades requieran una protección mayor o especial respecto de los menores de otras comunidades. Baste con señalar, que, tal como se indicó, en Bogotá y en la región pacífica existe un 17% de población menor a 5 años con desnutrición crónica. Así mismo, aunque factores culturales o condiciones sociales de las comunidades indígenas pueden incidir en los problemas de nutrición, tales factores y condiciones son igualmente predicables de otros sectores de la población colombiana.

En efecto, el Congreso señala que buena parte de las comunidades indígenas están ubicadas en zonas con escasa capacidad productiva, lo que les impide asegurar el adecuado suministro de alimentos. Lo mismo puede predicarse de los niños y niñas de la calle, que carecen en absoluto de la posibilidad de producción de alimentos. De igual manera, la baja fertilidad de la tierra afecta inmensas zonas rurales del país.

La Corte olvida en esta ocasión, que el artículo 43 de la Carta establece como regla constitucional, el deber del Estado de brindar atención nutricional a las madres: “Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Así mismo, el artículo 44 de la Constitución establece que: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada”.

En estas condiciones, no se encuentra que exista una relación directa entre los problemas nutricionales y la condición de indígenas que exija del Estado una protección especial y exclusiva. Los problemas nutricionales de los menores y de las mujeres gestantes se presentan en un gran porcentaje en toda la población colombiana, razón por la cual resulta claro que existe un trato discriminatorio en la norma objetada y por consiguiente, debía haber sido declarada inexecutable.

Por las mismas razones, a mi juicio, resulta inconstitucional, el establecimiento del gasto prioritario por conducto del Plan de Atención Básica previsto en el artículo 8 del proyecto objetado, pues, tal como quedó expuesto, no existe razón constitucional alguna por la cual, los entes territoriales deban atender con prelación sobre otras similares, las necesidades nutricionales de determinadas comunidades. Antes bien, podría sostenerse que existen

grupos que carecen en absoluto de oportunidades de alimentación que, en la lógica del proyecto de ley, deberían atenderse de manera prioritaria. Sin embargo, la atención de las necesidades nutricionales constituye, sin lugar a dudas, el mínimo vital de cualquier menor de edad o mujer gestante. De ahí que no pueda estar sujeta a distinciones sobre la prioridad del gasto.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil uno (2001)

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Magistrada (e)

1 Ver, entre otras, sentencia T-380/93 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-342/94 (MP Antonio Barrera Carbonell), SU-039/97 (MP Antonio Barrera Carbonell) y T-652/98 (MP Carlos Gaviria Díaz).

2 Ver, entre otras, la sentencia C-045/2001 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

3 Sentencia C-371/2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

4 Ver, entre otras, sentencias C-613 de 1996, SU-111 de 1997 y SU-225 de 1998.

5 Sentencia C-350 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Sentencia C-066 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra.

7 Cf sentencia C-025/93. Fundamento Jurídico No 43.

8 C.f. sentencia C-531/95 Fundamento Jurídico No 5. Ver también sentencia C-055/96.

9 Sentencia C-025/93 del 4 de febrero de 1993. Fundamento Jurídico N° 43. Ver igualmente sentencia C-280/96. Fundamento jurídico N° 21.

10 Sentencia C-597 de 1996.

11 Sentencia T-254 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Sentencia T-523 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

13 Sentencia C-371/2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

14 Sobre la distinción suficiente, ver sentencia C-619 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

15 Documento CONPES 2847 de 1996 – PLAN NACIONAL DE NUTRICION Y ALIMENTACION 1996 -2005.

16 Cabe señalar que el 20% de la población colombiana se encuentra bajo la línea de indigencia (1999). Fuente DNP-2001. Indicadores socioeconómicos.

18 Ibidem.