

Sentencia C-641/12

REFORMA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-No requería de la consulta previa a las comunidades tribales afrodescendientes, raizales y gitanas o ROM

REFORMA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contenido y alcance

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Examen no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Protección constitucional

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Consulta previa a comunidades indígenas

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Importancia/DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-No se restringe sólo a la explotación de recursos indígenas

CONSULTA PREVIA PREVISTA EN EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Escenarios en que debe materializarse

Según se desprende de lo previsto en los artículos 6° y 7° del Convenio 169, el deber de consulta con las diferentes comunidades tiene dos tipos de escenarios en los que debe materializarse: (i) el relacionado con la acometida de grandes proyectos, incluyendo la construcción de obras de infraestructura (puentes, carreteras, hidroeléctricas u otras semejantes), como también las exploraciones mineras o de otros recursos naturales, entre ellos el petróleo, en territorios ocupados por tales grupos o respecto de los cuales aquéllas tienen una vinculación especial, casos en los cuales la Constitución ordena la previa realización de la consulta, y su omisión puede ocasionar la paralización de tales iniciativas hasta tanto aquélla se realice, además de responsabilidades de otro tipo; (ii) el atinente a la aprobación de iniciativas normativas, a nivel legislativo, administrativo y aún constitucional, casos en los cuales la no realización de la consulta que debiera haberse adelantado puede

acarrear la inexecutable de las medidas así adoptadas.

DERECHO DE LAS COMUNIDADES ETNICAS A LA CONSULTA PREVIA DE DETERMINADAS DECISIONES PUBLICAS Y PRIVADAS-Condiciónes y circunstancias en que deben realizarse a falta de una regulación precisa

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Reglas constitucionales

CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES ETNICAS-Exigencia no sólo incluye medidas administrativas sino también legislativas e incluso que modifiquen la Constitución, siempre que exista una afectación directa o indirecta de sus intereses

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES, PALENQUERAS, PUEBLOS ROM Y DEMAS GRUPOS ETNICOS-Protección constitucional

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT-Hace parte del bloque de constitucionalidad/ CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT-Desarrollo amplio y comprehensivo de los derechos de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales en países independientes

COMUNIDADES NEGRAS-Concepto/COMUNIDADES NEGRAS-Titulares de derechos colectivos similares a los grupos indígenas aunque con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y régimen legal propio

DERECHO A LA IDENTIDAD ETNICA, CULTURAL Y SU INTEGRIDAD DE LOS DIFERENTES GRUPOS ETNICOS-Jurisprudencia constitucional/DERECHO A LA INTEGRIDAD ETNICA Y CULTURAL-Significado

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participación de grupos étnicos

REFORMA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Contiene medidas generales aplicables uniformemente a todos los colombianos y no afecta directamente los intereses de las comunidades étnicas

Referencia: expedientes D-8911 y 8915, acumulados.

Demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1438 de 2011 ("Por medio de la cual se

reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”).

Demandantes: Isaac Rivas Quinto y Aycardo González Gálvez.

Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil doce (2012).

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, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución, los ciudadanos Isaac Rivas Quinto y Aycardo González Gálvez, por separado, demandaron la totalidad de la Ley 1438 de 2011.

Mediante auto de febrero 1 de 2012, el Magistrado sustanciador admitió las demandas de la referencia y ordenó el acopio de algunas pruebas relacionadas con el trámite cumplido en el Congreso por el proyecto que vino a convertirse en la Ley 1438 de 2011. En la misma providencia dispuso que una vez allegado lo solicitado, se fijara en lista el presente proceso y se diera traslado al Procurador General de la Nación para que rindiese su concepto.

También se ordenó comunicar la iniciación del asunto a los señores Presidentes de la República y del Congreso, a los Ministros del Interior, de Justicia y del Derecho, de Hacienda y Crédito Público, de Salud y de la Protección Social, al igual que a las Direcciones de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras y a la de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM, ambas del Ministerio del Interior, a las facultades de derecho en Bogotá de las Universidades Javeriana, Externado de Colombia, del Rosario, Santo Tomás y Nacional de Colombia, a la Directora de la Especialización de Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario y al Director del Grupo de Investigación en Política y Derecho Ambiental de la Universidad Nacional de Colombia, a los Directores de los Departamentos de Antropología de las Universidades de Antioquia, de los Andes y Javeriana, al igual que a la

Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Colegio de Abogados del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, a la Comisión Colombiana de Juristas, al Director de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, al Director del Proceso de Comunidades Negras de Colombia, a la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas CRIMA y al Centro de Cooperación al Indígena CECOIN, con el objeto de que, si lo estimaban pertinente, conceptuaran sobre la exequibilidad de la ley.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, la Corte procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada.

“LEY 1438 DE 2011

(enero 19)

Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

TÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 1º. OBJETO DE LA LEY. Esta ley tiene como objeto el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la

acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país.

Se incluyen disposiciones para establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, en un marco de sostenibilidad financiera.

ARTÍCULO 2º. ORIENTACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estará orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud. Para esto concurrirán acciones de salud pública, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y demás prestaciones que, en el marco de una estrategia de Atención Primaria en Salud, sean necesarias para promover de manera constante la salud de la población. Para lograr este propósito, se unificará el Plan de Beneficios para todos los residentes, se garantizará la universalidad del aseguramiento, la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país y se preservará la sostenibilidad financiera del Sistema, entre otros.

Para dar cumplimiento a lo anterior, el Gobierno Nacional definirá metas e indicadores de resultados en salud que incluyan a todos los niveles de gobierno, instituciones públicas y privadas y demás actores que participan dentro del sistema. Estos indicadores estarán basados en criterios técnicos, que como mínimo incluirán:

2.1 Prevalencia e incidencia en morbilidad y mortalidad materna perinatal e infantil.

2.2 Incidencia de enfermedades de interés en salud pública.

2.3 Incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo.

2.4 Incidencia de enfermedades prevalentes transmisibles incluyendo las inmunoprevenibles.

2.5 Acceso efectivo a los servicios de salud.

Cada cuatro (4) años el Gobierno Nacional hará una evaluación integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud con base en estos indicadores. Cuando esta evaluación muestre que los resultados en salud deficientes, el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud evaluarán y determinarán las medidas a seguir.

ARTÍCULO 3º. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Modifícase el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto: 'Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.1 Universalidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida.

3.2 Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.

3.3 Igualdad. El acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.

3.4 Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia.

3.5 Prevalencia de derechos. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta ley, dentro del Plan de Beneficios.

3.6 Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación.

3.7 Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar el acceso al

Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población.

3.8 Calidad. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada.

3.9 Eficiencia. Es la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población.

3.10 Participación social. Es la intervención de la comunidad en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en conjunto.

3.11 Progresividad. Es la gradualidad en la actualización de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios.

3.12 Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo.

3.14 Transparencia. Las condiciones de prestación de los servicios, la relación entre los distintos actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la definición de políticas en materia de salud, deberán ser públicas, claras y visibles.

3.15 Descentralización administrativa. En la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud la gestión será descentralizada y de ella harán parte las direcciones territoriales de salud.

3.16 Complementariedad y concurrencia. Se propiciará que los actores del sistema en los distintos niveles territoriales se complementen con acciones y recursos en el logro de los fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.17 Corresponsabilidad. Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio.

3.18 Irrenunciabilidad. El derecho a la Seguridad Social en Salud es irrenunciable, no puede renunciarse a él ni total ni parcialmente.

3.19 Intersectorialidad. Es la acción conjunta y coordinada de los diferentes sectores y organizaciones que de manera directa o indirecta, en forma integrada y continua, afectan los determinantes y el estado de salud de la población.

3.20 Prevención. Es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud.

3.21 Continuidad. Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.'

ARTÍCULO 4º. RECTORÍA DEL SECTOR SALUD. La dirección, orientación y conducción del Sector Salud estará en cabeza del Ministerio de la Protección Social, como órgano rector de dicho sector.

ARTÍCULO 5º. COMPETENCIAS DE LOS DISTINTOS NIVELES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Adicionar al artículo 42 de la Ley 715 de 2001 los siguientes numerales:

42.22. Aprobar los Planes Bienales de Inversiones Públicas, para la prestación de los servicios de salud, de los departamentos y distritos, en los términos que determine el Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con la política de prestación de servicios de salud.

42.23. Diseñar indicadores para medir logros en salud, determinar la metodología para su

aplicación, así como la distribución de recursos de conformidad con estos, cuando la ley así lo autorice. Los indicadores deberán medir los logros del Sistema General de Seguridad Social en Salud, frente a todos los actores del sistema.

Modificar los siguientes numerales del artículo 43 y 44, de la Ley 715 del 2001, así:

43.3.4. Formular y ejecutar el Plan de Intervenciones Colectivas departamentales.

43.3.9. Asistir técnicamente y supervisar a los municipios, en la prestación del Plan de Intervenciones Colectivas, y las acciones de salud pública individuales que se realicen en su jurisdicción. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el proceso de asistencia técnica, con recursos financieros, tecnológicos, humanos, gestión de procesos y resultados esperados.

43.4.3. Cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable.

44.3.1. Adoptar, implementar y adaptar las políticas y planes en salud pública de conformidad con las disposiciones del orden nacional y departamental, así como formular, ejecutar y evaluar, los planes de intervenciones colectivas.

Adicionar al artículo 43 y 44 de la Ley 715 de 2001 los siguientes numerales:

43.3.10. Coordinar y controlar la organización y operación de los servicios de salud bajo la estrategia de la Atención Primaria en Salud a nivel departamental y distrital.

44.3.7. Coordinar y controlar la organización y operación de los servicios de salud bajo la estrategia de la Atención Primaria en Salud a nivel municipal.

TÍTULO II.

SALUD PÚBLICA, PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN Y ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD.

CAPÍTULO I.

SALUD PÚBLICA.

ARTÍCULO 6º. PLAN DECENAL PARA LA SALUD PÚBLICA. El Ministerio de la Protección Social

elaborará un Plan Decenal de Salud Pública a través de un proceso amplio de participación social y en el marco de la estrategia de atención primaria en salud, en el cual deben confluir las políticas sectoriales para mejorar el estado de salud de la población, incluyendo la salud mental, garantizando que el proceso de participación social sea eficaz, mediante la promoción de la capacitación de la ciudadanía y de las organizaciones sociales.

El Plan definirá los objetivos, las metas, las acciones, los recursos, los responsables sectoriales, los indicadores de seguimiento, y los mecanismos de evaluación del Plan.

El Ministerio de la Protección Social podrá hacer modificaciones al Plan Decenal de acuerdo con las prioridades en salud según análisis de los eventos de interés en salud pública que se presenten.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El primer Plan Decenal deberá ponerse en vigencia en el año 2012.

ARTÍCULO 7º. COORDINACIÓN INTERSECTORIAL. Para el desarrollo del Plan Decenal de Salud en el marco de la estrategia de atención primaria, concurrirán todas las instancias que hacen parte del Sistema de Protección Social y otros actores, quienes ejecutarán tareas para la intervención sobre los determinantes en salud, en forma coordinada, bajo las directrices, criterios y mecanismos del Consejo Nacional de Política Social (CONPES) y del Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos de coordinación créese una Comisión Intersectorial de Salud Pública que se reunirá cada seis (6) meses para hacer seguimiento a las acciones para el manejo de determinantes en salud, la cual informará al CONPES.

PARÁGRAFO 2o. A nivel de las entidades territoriales esta coordinación se realizará a través de los Consejos Territoriales de Seguridad Social en salud con la participación de las instituciones y organizaciones comprometidas con los determinantes en salud.

ARTÍCULO 8º. OBSERVATORIO NACIONAL DE SALUD. El Ministerio de la Protección Social creará el Observatorio Nacional de Salud, como una dependencia del Instituto Nacional de Salud. El Gobierno Nacional establecerá mediante reglamento las condiciones de organización y operación del observatorio Nacional de Salud, el equipo técnico y humano

para su funcionamiento y apropiará los recursos para su implementación.

ARTÍCULO 9º. FUNCIONES DEL OBSERVATORIO NACIONAL DE SALUD. El Observatorio Nacional de Salud tendrá a su cargo las siguientes funciones:

9.1 El Observatorio Nacional de Salud será el responsable de hacer el monitoreo a los indicadores de salud pública para cada municipio y departamento, y permitirá contar con información desagregada de resultados por Asegurador, Prestador y Ente Territorial. Los resultados y tendencias de impacto alcanzados serán divulgados semestralmente y base para la evaluación de impacto de gestión de resultados de todos los actores del Sistema.

9.2 Realizar el seguimiento a las condiciones de salud de la población colombiana, mediante el análisis de las variables e indicadores que recomienda la práctica sanitaria y la política pública en materia de condiciones de salud y prioridades en investigación y desarrollo en la materia. Dichas variables e indicadores podrán desagregarse por sexo, edad, región, raza y etnia.

9.3 Servir de soporte técnico a las autoridades del país, en materia de análisis de la situación de salud, para la toma de decisiones.

9.4 Realizar directa o indirectamente, evaluaciones periódicas sobre la situación de salud de las regiones de grupos poblacionales especiales, y hacer públicos los resultados.

9.5 Fortalecer el Sistema de Información Epidemiológica, con énfasis en las zonas de frontera.

9.6 Generar espacios de discusión de resultados y construcción de propuestas.

9.7 Formular recomendaciones, propuestas y advertencias de seguimiento al Ministerio de la Protección Social y a la Comisión de Regulación en Salud, o a la entidad que haga sus veces.

9.8 Presentar reportes a las Comisiones Séptimas Conjuntas, de Cámara y Senado, antes de finalizar cada legislatura sobre todas las evaluaciones periódicas que realizaren.

ACCIONES DE SALUD PÚBLICA, ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD Y PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN.

ARTÍCULO 10. USO DE LOS RECURSOS DE PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN. El Gobierno Nacional será responsable de la política de salud pública y de garantizar la ejecución y resultados de las acciones de promoción de la salud y la prevención de la enfermedad como pilares de la estrategia de Atención Primaria en Salud, para lo cual determinará la prioridad en el uso de los recursos que para este fin administren las entidades territoriales y las Entidades Promotoras de Salud.

El Ministerio de la Protección Social y las entidades territoriales establecerán objetivos, metas, indicadores de seguimiento sobre resultados e impactos en la salud pública de las actividades de promoción de salud y la prevención de la enfermedad.

PARÁGRAFO. Lo anterior no excluye la corresponsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud, soportadas por el perfil epidemiológico y desviación del costo.

ARTÍCULO 11. CONTRATACIÓN DE LAS ACCIONES DE SALUD PÚBLICA Y PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN. Las acciones de salud pública y promoción y prevención, serán ejecutadas en el marco de la estrategia de atención primaria en salud, de acuerdo con el Plan Territorial de Salud y se contratarán y ejecutarán de forma articulada. Los recursos de las entidades territoriales a los que se refiere el presente artículo continuarán girándose y manejándose en las Cuentas Maestras de que trata el literal B, del artículo 13 de la Ley 1122 del 2007.

Los gobernadores y alcaldes contratarán las acciones colectivas de salud pública de su competencia con las redes conformadas en el espacio poblacional determinado por el municipio con base en la reglamentación establecida por el Ministerio de la Protección Social, para la prestación de servicios de salud, conforme a la estrategia de Atención Primaria en Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud garantizarán la prestación de las intervenciones de promoción de la salud, detección temprana, protección específica, vigilancia epidemiológica y atención de las enfermedades de interés en salud pública, del Plan de Beneficios con las redes definidas para una población y espacio determinados.

Las redes articuladas por los municipios y la Entidades Promotoras de Salud en los espacios

poblacionales para la prestación de servicios de salud, serán habilitadas por las entidades departamentales o distritales competentes, en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, de acuerdo con la reglamentación que para tal fin establezca el Ministerio de la Protección Social.

La contratación incluirá la cobertura por grupo etario, metas, resultados, indicadores de impacto y seguimiento que se verificarán con los Registros Individuales de Prestación de Servicios (RIPS).

El Gobierno reglamentará la inclusión de programas de educación en salud y promoción de prácticas saludables desde los primeros años escolares, que estarán orientados a generar una cultura en salud de autocuidado en toda la población.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Hasta tanto se verifiquen las condiciones de habilitación de las redes, la contratación de las acciones colectivas de salud pública y las de promoción y prevención, continuará ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes a la promulgación de la presente ley.

CAPÍTULO III

ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD.

ARTÍCULO 12. DE LA ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD. Adóptese la Estrategia de Atención Primaria en Salud que estará constituida por tres componentes integrados e interdependientes: los servicios de salud, la acción intersectorial/transectorial por la salud y la participación social, comunitaria y ciudadana.

La Atención Primaria en Salud es la estrategia de coordinación intersectorial que permite la atención integral e integrada, desde la salud pública, la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la rehabilitación del paciente en todos los niveles de complejidad a fin de garantizar un mayor nivel de bienestar en los usuarios, sin perjuicio de las competencias legales de cada uno de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La atención primaria hace uso de métodos, tecnologías y prácticas científicamente fundamentadas y socialmente aceptadas que contribuyen a la equidad, solidaridad y costo

efectividad de los servicios de salud.

Para el desarrollo de la atención primaria en salud el Ministerio de la Protección Social deberá definir e implementar herramientas para su uso sistemático como los registros de salud electrónicos en todo el territorio nacional y otros instrumentos técnicos.

ARTÍCULO 13. IMPLEMENTACIÓN DE LA ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD. Para implementar la atención primaria en el Sistema General de Seguridad Social en salud se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

13.1 El sistema de Atención Primaria en Salud se regirá por los siguientes principios: universalidad, interculturalidad, igualdad y enfoque diferencial, atención integral e integrada, acción intersectorial por la salud, participación social comunitaria y ciudadanía decisoria y paritaria, calidad, sostenibilidad, eficiencia, transparencia, progresividad e irreversibilidad.

13.2 Énfasis en la promoción de la salud y prevención de la enfermedad.

13.3 Acciones Intersectoriales para impactar los determinantes en salud.

13.4 Cultura del autocuidado.

13.5 Orientación individual, familiar y comunitaria.

13.6 Atención integral, integrada y continua.

13.7 Interculturalidad, que incluye entre otros los elementos de prácticas tradicionales, alternativas y complementarias para la atención en salud.

13.8 Talento humano organizado en equipos multidisciplinarios, motivado, suficiente y cualificado.

13.9 Fortalecimiento de la baja complejidad para mejorar la resolutiveidad.

13.10 Participación activa de la comunidad.

13.11 Enfoque territorial.

ARTÍCULO 14. FORTALECIMIENTO DE LOS SERVICIOS DE BAJA COMPLEJIDAD. El Gobierno

Nacional formulará la política de fortalecimiento de los servicios de baja complejidad para mejorar su capacidad resolutoria, con el fin de que se puedan resolver las demandas más frecuentes en la atención de la salud de la población.

ARTÍCULO 15. EQUIPOS BÁSICOS DE SALUD. El ente territorial, conforme a la reglamentación del Ministerio de la Protección Social, definirá los requisitos óptimos para habilitar la conformación de los Equipos Básicos de Salud, como un concepto funcional y organizativo que permita facilitar el acceso a los servicios de salud en el marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud. Para la financiación y constitución de estos equipos concurrirán el talento humano y recursos interinstitucionales del sector salud destinados a la salud pública y de otros sectores que participan en la atención de los determinantes en salud.

La constitución de equipos básicos implica la reorganización funcional, capacitación y adecuación progresiva del talento humano. Los equipos básicos deberán ser adaptados a las necesidades y requerimientos de la población.

ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LOS EQUIPOS BÁSICOS DE SALUD. Los equipos básicos de salud tendrán entre sus funciones las siguientes:

16.1 Realizar el diagnóstico familiar, de acuerdo con la ficha unificada que se defina a nivel nacional.

16.2 Identificación de riesgo individual, familiar y comunitario de los usuarios por edad, sexo, raza y etnia.

16.3 Informar sobre el portafolio de servicios de la protección social en salud a las familias de acuerdo a sus necesidades y a las políticas y reglamentación de dichos servicios.

16.4 Promover la afiliación al sistema, la identificación plena de las familias, de manera que al identificar una persona no afiliada al sistema se inicie el trámite de afiliación para que puedan acceder a los servicios de protección social.

16.5 Inducir la demanda de servicios de los eventos relacionados con las prioridades en salud pública y aquellos que ocasionen un alto impacto en salud pública.

16.6 Facilitar la prestación de los servicios básicos de salud, educación, prevención,

tratamiento y rehabilitación.

16.7 Suministrar la información que sirva de insumo para la elaboración de la historia clínica y única obligatoria.

TÍTULO III.

ATENCIÓN PREFERENTE Y DIFERENCIAL PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.

ARTÍCULO 17. ATENCIÓN PREFERENTE. El Plan de Beneficios incluirá una parte especial y diferenciada que garantice la efectiva prevención, detección temprana y tratamiento adecuado de enfermedades de los niños, niñas y adolescentes. Se deberá estructurar de acuerdo con los ciclos vitales de nacimiento: prenatal a menores de seis (6) años, de seis (6) a menores de catorce (14) años y de catorce (14) a menores de dieciocho (18) años.

La Comisión de Regulación en Salud o quien haga sus veces definirá y actualizará esta parte especial y diferenciada cada dos años, que contemple prestaciones de servicios de salud para los niños, niñas y adolescentes, garantice la promoción, la efectiva prevención, detección temprana y tratamientos adecuados de enfermedades, atención de emergencias, restablecimiento físico y psicológico de derechos vulnerados y rehabilitación de las habilidades físicas y mentales de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, teniendo en cuenta sus ciclos vitales, el perfil epidemiológico y la carga de la enfermedad.

ARTÍCULO 18. SERVICIOS Y MEDICAMENTOS PARA LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD Y ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS CERTIFICADAS. Los servicios y medicamentos de la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios para los niños, niñas y adolescentes con discapacidades físicas, sensoriales y cognitivas, enfermedades catastróficas y ruinosas que sean certificadas por el médico tratante, serán gratuitos para los niños, niñas y adolescentes de Sisbén 1 y 2.

ARTÍCULO 19. RESTABLECIMIENTO DE LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CUYOS DERECHOS HAN SIDO VULNERADOS. Los servicios para la rehabilitación física y mental de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia física o sexual y todas las formas de maltrato, que estén certificados por la autoridad competente, serán totalmente gratuitos para las víctimas, sin importar el régimen de afiliación. Serán diseñados e implementados

garantizando la atención integral para cada caso, hasta que se certifique médicamente la recuperación de las víctimas.

ARTÍCULO 20. CORRESPONSABILIDAD. El Estado, los padres o representantes legales de los niños, niñas y adolescentes son responsables de su cuidado y de gestionar la atención oportuna e integral a la salud de sus hijos o representados menores, y exigir al Sistema de Seguridad Social en Salud los servicios establecidos en la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios.

El Estado y las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecerán los mecanismos legales, administrativos y presupuestales para dar efectivo y oportuno cumplimiento a la parte especial y diferenciada del Plan de Beneficios y de ofrecer oportuna, efectivamente y con calidad los servicios.

ARTÍCULO 21. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS, MALTRATO O DESCUIDO. Las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud deberán notificar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a las comisarías de familia o, en su defecto, a los inspectores de policía o a las personerías municipales o distritales, los casos en que pueda existir negligencia de los padres o adultos responsables en la atención de los niños, niñas y adolescentes, y además denunciar ante la Fiscalía General de la Nación cuando detecten indicios de maltratos físicos, psicológicos o violencia sexual.

TÍTULO IV.

ASEGURAMIENTO.

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 22. PORTABILIDAD NACIONAL. Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer los planes de beneficios en los dos regímenes, preservando los atributos de continuidad, longitudinalidad, integralidad, y adscripción

individual y familiar a los equipos básicos de salud y redes integradas de servicios.

El acceso a la atención de salud será a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Esta disposición entrará en vigencia a más tardar el primero (1o) de junio del 2013.

ARTÍCULO 23. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.

Los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Lo previsto en este artículo se reglamentará para que el porcentaje máximo de administración entre a regir a más tardar el primero de enero de 2013. El Gobierno Nacional contará con seis (6) meses para hacer las revisiones necesarias con base en estudios técnicos sobre el porcentaje máximo señalado en el presente artículo y podría realizar las modificaciones del caso. Hasta tanto no se defina el Régimen Subsidiado seguirá manejando el 8%.

ARTÍCULO 24. REQUISITOS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para que las Entidades Promotoras de Salud tengan un número mínimo de afiliados que garantice las escalas necesarias para la gestión del riesgo y cuenten con los márgenes de solvencia, la capacidad financiera, técnica y de calidad para operar de manera adecuada.

ARTÍCULO 25. ACTUALIZACIÓN DEL PLAN DE BENEFICIOS. El Plan de Beneficios deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos,

equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios.

Las metodologías utilizadas para definición y actualización del Plan de Beneficios deben ser publicadas y explícitas y consultar la opinión, entre otros, de las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, organizaciones de profesionales de la salud, de los afiliados y las sociedades científicas, o de las organizaciones y entidades que se consideren pertinentes.

El Plan de Beneficios sólo podrá ser actualizado por la autoridad administrativa competente para ello.

ARTÍCULO 26. COMITÉ TÉCNICO-CIENTÍFICO DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD. Para acceder a la provisión de servicios por condiciones particulares, extraordinarios y que se requieren con necesidad, la prescripción del profesional de la salud tratante deberá someterse al Comité Técnico-Científico de la Entidad Promotora de Salud con autonomía de sus miembros, que se pronunciará sobre la insuficiencia de las prestaciones explícitas, la necesidad de la provisión de servicios extraordinarios, en un plazo no superior a dos (2) días calendario desde la solicitud del concepto.

Los Comités Técnicos-Científicos deberán estar integrados o conformados por médicos científicos y tratantes. Bajo ninguna circunstancia el personal administrativo de las Entidades Promotoras de Salud integrará estos comités, así sean médicos.

PARÁGRAFO. La conformación de los Comités Técnico-Científicos debe garantizar la interdisciplinariedad entre los pares especializados del profesional de la salud tratante y la plena autonomía profesional en sus decisiones.

ARTÍCULO 27. CREACIÓN DE LA JUNTA TÉCNICA-CIENTÍFICA DE PARES. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá una lista de médicos especialistas y otros profesionales especializados, para que emitan concepto sobre la pertinencia médica y científica de la prestación ordenada por el profesional de la salud tratante no prevista en el Plan de Beneficios, negada o aceptada por el Comité Técnico-Científico de la Entidad Promotora de Salud; la junta técnica científica de pares tendrá un término de siete (7) días calendario para emitir el concepto respectivo. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá un plazo no mayor a seis (6) meses para la conformación de las Juntas mencionadas en el presente

artículo.

PARÁGRAFO. La conformación de la Junta Técnico-Científica debe garantizar la interdisciplinaria entre los pares especializados del profesional de la salud tratante y la plena autonomía profesional en sus decisiones.

ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

CAPÍTULO II.

ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO.

ARTÍCULO 29. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo.

La Nación podrá colaborar con los municipios, distritos y departamentos, cuando aplique, con la identificación y registro de los beneficiarios del Régimen Subsidiado.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los distritos y los municipios de más de cien mil habitantes (100.000) podrán continuar administrando los recursos del Régimen Subsidiado hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2012, utilizando el instrumento jurídico definido en el

presente artículo.

ARTÍCULO 30. ASEGURAMIENTO EN TERRITORIOS CON POBLACIÓN DISPERSA GEOGRÁFICAMENTE. El Gobierno Nacional definirá los territorios de población dispersa y los mecanismos que permitan mejorar el acceso a los servicios de salud de dichas comunidades y fortalecerá el aseguramiento.

ARTÍCULO 31. MECANISMO DE RECAUDO Y GIRO DE LOS RECURSOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. El Gobierno Nacional diseñará un sistema de administración de recursos y podrá contratar un mecanismo financiero para recaudar y girar directamente los recursos que financian y cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud, incluidos los del Sistema General de Participaciones y los recursos de los que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993. En el caso del esfuerzo propio territorial el mecanismo financiero se podrá contratar con el sistema financiero y/o los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional (Infis).

Habrà una cuenta individual por cada distrito, municipio y departamento, en las cuales se registrarán los valores provenientes de los recursos de que trata el inciso anterior, cuyos titulares son las entidades territoriales, las cuales deberán presupuestarlos y ejecutarlos sin situación de fondos. Para estos efectos, se entenderá que las entidades territoriales comprometen el gasto al determinar los beneficiarios de los subsidios y ejecutan la apropiación mediante los giros que realice la Nación de conformidad con la presente ley.

De la cuenta individual se girarán directamente estos recursos a las Entidades Promotoras de Salud y/o a los prestadores de servicios de salud. El giro a las Entidades Promotoras de Salud se realizará mediante el pago de una Unidad de Pago por Capitación, por cada uno de los afiliados que tenga registrados y validados mediante el instrumento definido para tal fin. En el caso de los prestadores de servicios el giro directo de los recursos, se hará con base en el instrumento definido para tal fin.

PARÁGRAFO 1o. Los departamentos, distritos y municipios podrán girar a su cuenta, en el sistema de pagos establecido por la Nación o a las Entidades Promotoras de Salud, los recursos que cofinancian el Régimen Subsidiado de Salud con recursos correspondientes al esfuerzo propio territorial y las rentas cedidas, los cuales serán girados a las Entidades Promotoras de Salud para afiliar aquellas personas que no han sido cubiertas con los recursos administrados por el sistema de pagos contratado por la Nación y/o a los

prestadores de servicios de salud por pago de servicios que hayan sido capitados.

PARÁGRAFO 2o. Los costos y gastos de la administración, apoyo técnico, auditoría y la remuneración necesaria para financiar el mecanismo previsto en el presente artículo, se pagarán con cargo a los rendimientos financieros de estos o con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, si los primeros no son suficientes.

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional unificará el sistema de administración y pagos de los recursos de los regímenes contributivo y subsidiado mediante el mecanismo financiero que se determine para tal fin.

Los giros de recursos de la Nación y aquellos que determine el reglamento podrán hacerse directamente por la Tesorería General de la Nación o el Fosyga según el caso.

La forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado serán determinadas por el Gobierno Nacional de forma similar al Régimen Contributivo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Término para la liquidación de los contratos. Los Gobernadores o Alcaldes y las Entidades Promotoras de Salud procederán en el término de tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, a liquidar de mutuo acuerdo los contratos suscritos con anterioridad al 1o de abril de 2010. De no realizarse la liquidación dentro de los términos establecidos, la entidad territorial con base en sus soportes y los de la Entidad Promotora de Salud, si los tiene, procederá a la liquidación unilateral dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes al vencimiento del término descrito en el presente artículo.

El incumplimiento de estos términos conllevará el reporte a los organismos de control y a las respectivas sanciones disciplinarias, y el monto del contrato será la cuantía de referencia con la cual se determinará la responsabilidad fiscal del agente del Estado. Del incumplimiento se informará a los organismos de control y vigilancia correspondientes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Deudas por concepto de contratos liquidados. El monto a favor de la Entidad Promotora de Salud contenido en el acta de liquidación de mutuo acuerdo de los contratos de administración del Régimen Subsidiado o en el acto de liquidación unilateral vigente a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley y los que surjan del

cumplimiento de la misma, debe ser girado a la Entidad Promotora de Salud, por la Entidad Territorial, dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición de la presente ley, giro que se realizará directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en el caso en que las Entidades Promotoras de Salud les adeude recursos, el monto restante, si hubiere lugar a ello, se girará a la Empresa Promotora de Salud dentro del mismo plazo.

Los saldos que queden a favor del ente territorial, serán girados por la Entidad Promotora de Salud a las cuentas maestras, dentro del mismo término.

En el evento en que las entidades territoriales no paguen las deudas por contratos liquidados, el Gobierno Nacional en aras de salvaguardar la sostenibilidad del Sistema y la garantía de acceso a los afiliados, descontará de los recursos asignados a ese municipio por regalías, por el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FAEP) u otras fuentes municipales que se dispongan en el nivel nacional, los montos adeudados y serán girados a las Entidades Promotoras de Salud respectivas en los términos establecidos en el presente artículo. El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento para tal fin exigiendo para ello las actas de liquidación donde consten los recursos recaudados.

CAPÍTULO III.

UNIVERSALIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.

ARTÍCULO 32. UNIVERSALIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno Nacional desarrollará mecanismos para garantizar la afiliación.

Cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliado, se procederá de la siguiente forma:

32.1 Si tiene capacidad de pago cancelará el servicio y se le establecerá contacto con la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo de su preferencia.

32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días

hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de los servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud.

Si no tuviera documento de identidad, se tomará el registro dactilar y los datos de identificación, siguiendo el procedimiento establecido por el Ministerio de la Protección Social en coordinación con la Registraduría Nacional del Estado Civil para el trámite de la afiliación.

32.3 Los casos no establecidos en el presente artículo para lograr la universalización del aseguramiento serán reglamentados por el Ministerio de la Protección Social en un término no mayor a un (1) año.

PARÁGRAFO 1o. A quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario.

PARÁGRAFO 2o. Quienes disfruten de los regímenes especiales y de excepción permanecerán en ellos; las entidades administradoras de estos regímenes deberán entregar información periódica que solicite el Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. A partir del primero de enero del 2012 no habrá periodo de carencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 33. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DE PAGO Y DE INGRESOS. Se presume con capacidad de pago y, en consecuencia, están obligados a afiliarse al Régimen Contributivo o podrán ser afiliados oficiosamente:

33.1 Las personas naturales declarantes del impuesto de renta y complementarios, impuesto a las ventas e impuesto de industria y comercio.

33.3 Quienes cumplan con otros indicadores que establezca el Gobierno Nacional.

Lo anterior, sin perjuicio de poder ser clasificado como elegible al subsidio por medio del Sisbén, de acuerdo con las normas sobre la materia.

El Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas. En caso de existir diferencias entre los valores declarados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y los aportes al sistema estos últimos deberán ser ajustados.

ARTÍCULO 34. SUBSIDIO PARCIAL A LA COTIZACIÓN. Las personas elegibles al subsidio parcial a la cotización no afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pagarán sobre un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal vigente y un porcentaje de cotización del 10,5%, o aporte equivalente de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Estas personas tendrán derecho a un subsidio parcial de su cotización al Régimen Subsidiado o al Régimen Contributivo en cuyo caso no incluirá prestaciones económicas. Este subsidio será el 67% de la cotización o del aporte equivalente con cargo a los recursos de la subcuenta de Compensación del Fosyga en el caso de los afiliados al Régimen Contributivo y de la subcuenta de Solidaridad en el caso del Subsidiado. El 33% de la cotización o aporte equivalente deberá ser pagado previamente por el afiliado.

ARTÍCULO 35. PERMANENCIA EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Los afiliados al Régimen Subsidiado podrán permanecer en este cuando obtengan un contrato de trabajo y pasen a estar vinculados laboralmente. En estos casos, los empleadores o los afiliados pagarán los aportes que debería pagar en el Régimen Contributivo a la misma Entidad Promotora de Salud y será compensado mensualmente a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). En este evento, el afiliado tendrá derecho a prestaciones económicas.

Cuando un trabajador temporal o jornalero, cuya asignación mensual no alcance a un salario mínimo legal mensual vigente, no desee ser desvinculado del Régimen Subsidiado en razón de su relación laboral, el patrono deberá aportar al Régimen Subsidiado el equivalente al valor que en proporción al pago que por el trabajador debería aportar al Régimen Contributivo. En este caso no se tendrá derecho a prestaciones económicas.

En caso que el empleador no cumpla con la obligación de pagar la cotización, al concluir la relación laboral el empleador deberá pagar los aportes que adeude al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 36. PLANES DE BENEFICIOS PARCIALES. Al unificar los planes de beneficios no podrán existir planes de beneficios parciales.

CAPÍTULO IV.

PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD.

ARTÍCULO 37. PLANES VOLUNTARIOS DE SALUD. Sustitúyase el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto:

‘Artículo 169. Planes Voluntarios de Salud. Los Planes Voluntarios de Salud podrán incluir coberturas asistenciales relacionadas con los servicios de salud, serán contratados voluntariamente y financiados en su totalidad por el afiliado o las empresas que lo establezcan con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias o el subsidio a la cotización.

La adquisición y permanencia de un Plan Voluntario de Salud implica la afiliación previa y la continuidad mediante el pago de la cotización al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Tales Planes podrán ser:

169.1 Planes de atención complementaria del Plan Obligatorio de Salud emitidos por las Entidades Promotoras de Salud.

169.2 Planes de Medicina Prepagada, de atención prehospitalaria o servicios de ambulancia prepagada, emitidos por entidades de Medicina Prepagada.

169.3 Pólizas de seguros emitidos por compañías de seguros vigiladas por la Superintendencia Financiera.

169.4 Otros planes autorizados por la Superintendencia Financiera y la Superintendencia Nacional de Salud’.

ARTÍCULO 39. CREACIÓN DE PLANES VOLUNTARIOS Y SEGUROS DE SALUD. El Gobierno Nacional estimulará la creación, diseño, autorización y operación de planes voluntarios y seguros de salud tanto individuales como colectivos.

ARTÍCULO 40. COBERTURAS. Los Planes Voluntarios de Salud pueden cubrir total o parcialmente una o varias de las prestaciones derivadas de riesgos de salud tales como: servicios de salud, médicos, odontológicos, pre y poshospitalarios, hospitalarios o de transporte, condiciones diferenciales frente a los planes de beneficios y otras coberturas de contenido asistencial o prestacional. Igualmente podrán cubrir copagos y cuotas moderadoras exigibles en otros planes de beneficios.

ARTÍCULO 41. PROTECCIÓN AL USUARIO. Las entidades habilitadas para emitir planes voluntarios no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial.

Las entidades que ofrezcan planes voluntarios de salud no podrán dar por terminado los contratos ni revocarlos a menos que medie incumplimiento en las obligaciones de la otra parte.

TÍTULO V.

FINANCIAMIENTO.

ARTÍCULO 42. FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES DE SALUD PÚBLICA, ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD Y PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN. Las acciones de salud pública, promoción y prevención en el marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud se financiarán con:

42.1 Los recursos del componente de salud pública del Sistema General de Participaciones que trata Ley 715 de 2001.

42.2 Los recursos de la Unidad de Pago por capitación destinados a promoción y prevención del régimen subsidiado y contributivo que administran las Entidades Promotoras de Salud.

42.3 Los recursos de la subcuenta de promoción y prevención del Fosyga.

42.4 Los recursos de promoción y prevención que destine del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), que se articularán a la estrategia de Atención Primaria en Salud.

42.5 Los recursos que destinen y administren las Aseguradoras de Riesgos Profesionales para la promoción y prevención, que se articularán a la estrategia de Atención Primaria en Salud.

42.6 Recursos del Presupuesto General de la Nación para salud pública.

42.7 Los recursos que del cuarto (1/4) de punto de las contribuciones parafiscales de las Cajas de Compensación Familiar se destinen a atender acciones de promoción y prevención en el marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud. Cuando estos recursos sean utilizados para estos fines, un monto equivalente de los recursos del presente numeral se destinará al Régimen Subsidiado con cargo al numeral 1.

42.8 Otros recursos que destinen las entidades territoriales.

ARTÍCULO 43. RECURSOS DEL FONDO DE RIESGOS PROFESIONALES PARA PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN. Adiciónese un literal d), modifíquese el párrafo y créese un párrafo transitorio al artículo 22 de la Ley 776 de 2002, así:

‘d) Financiar la realización de actividades de promoción y prevención dentro de los programas de Atención Primaria en Salud.

PARÁGRAFO. En ningún caso la aplicación de los recursos del fondo podrá superar el cuarenta por ciento (40%) en el objeto señalado en el literal a), ni el diez por ciento (10%) en el literal c), ni el quince por ciento (15%) en el literal d). Lo restante será utilizado en el literal b).

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Hasta el 15% de los recursos acumulados en el Fondo de Riesgos Profesionales a la entrada en vigencia de la presente ley, podrán ser utilizados, por una única vez, para la financiación de las actividades de prevención dentro de los programas de Atención Primaria en Salud a que hace referencia el literal d) del presente artículo’.

ARTÍCULO 44. RECURSOS PARA ASEGURAMIENTO. El artículo 214 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007 y por el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010, quedará así:

‘Artículo 214. ‘La Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

1. De las entidades territoriales

1. Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, se destinarán al Régimen Subsidiado partiendo como mínimo del sesenta y cinco por ciento (65%) de acuerdo con el plan de transformación concertado entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales hasta llegar al ochenta por ciento (80%) a más tardar en el año 2015. En todo caso el 10% del Sistema General de Participaciones para Salud se destinará a financiar las acciones en salud pública. El porcentaje restante se destinará a financiar prioritariamente la prestación de servicios en aquellos lugares donde solo el Estado está en capacidad de prestar el servicio de salud en condiciones de eficiencia y/o subsidios a la demanda, de acuerdo con los planes financieros y de transformación de recursos que presenten las entidades territoriales, los cuales deberán ser avalados de manera conjunta por los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público.

2. Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Estos recursos se girarán directamente a la cuenta de la entidad territorial en el fondo de financiamiento del régimen subsidiado y se contabilizarán como esfuerzo propio territorial serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinarán por lo menos el 50% a la financiación del Régimen Subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial y no podrán disminuirse serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

4. Los recursos de regalías serán transferidas directamente por la Nación a través del mecanismo de giro directo establecido en la presente ley.

5. Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado.

2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

1. Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.

2. El monto de las Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

3. Recursos del Presupuesto General de la Nación que a partir del monto asignado para el año 2010, que se requieran de manera progresiva para la universalización de la cobertura y la unificación de los planes de beneficios, una vez aplicadas las demás fuentes que financian el Régimen Subsidiado.

4. Las cotizaciones que realizarán los patronos al Fondo de Solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del Régimen Subsidiado, en los términos de la presente ley.

5. Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones.

3. Otros.

1. Recursos definidos por recaudo de IVA definidos en la Ley 1393 de 2010.

2. Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado.

3. Recursos de la contribución parafiscal de las Cajas de Compensación Familiar.'

ARTÍCULO 45. DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS DE LA COTIZACIÓN DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. El Ministerio de la Protección Social definirá hasta el uno punto cinco (1.5) de la cotización, previsto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10

de la Ley 1122 de 2007, que se destinarán a la financiación de la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga.

ARTÍCULO 46. RECURSOS DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. Sin perjuicio de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, se destinará un cuarto (1/4) de punto porcentual de la contribución parafiscal, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las Cajas de Compensación Familiar, a atender acciones de promoción y prevención dentro del marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud y/o en la unificación de los Planes de Beneficios, de forma concertada entre el Gobierno Nacional y las Cajas de Compensación Familiar, conforme al reglamento.

PARÁGRAFO 1o. La asignación prevista en el presente artículo, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, no podrá afectar el cálculo de los recursos que las Cajas de Compensación Familiar deben apropiar para los Fondos para el Subsidio Familiar de Vivienda -FOVIS- y para los programas de infancia y adolescencia.

PARÁGRAFO 2o. Los recursos del cuarto de punto porcentual (1/4) de la contribución parafiscal que trata el presente artículo serán administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar y harán parte de las deducciones previstas en el párrafo del artículo 217 la Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO 47. SEGURO DE SALUD POR DESEMPLEO. Modifíquense los artículos 10 y 11 de la Ley 789 de 2002, los cuales quedarán así:

‘Artículo 10. Régimen de apoyo para desempleados con vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar. Los Jefes cabeza de Hogar y prioritariamente las mujeres que tengan esa condición, que se encuentren en situación de desempleo luego de haber estado vinculados al sistema de Cajas de Compensación Familiar no menos de 1 año dentro de los tres años anteriores a la solicitud de apoyo, tendrán derecho con cargo a los recursos del Fondo para el Fomento del Empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6º de la presente ley a los siguientes beneficios, por una sola vez y hasta que se agoten los recursos del Fondo. La reglamentación establecerá los plazos y condiciones a partir de los cuales se reconocerá este subsidio:

a) Un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se dividirá y

otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud. Los aportes al Sistema de Salud serán prioritarios frente a los otros usos siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado. Para efectos de esta obligación, las cajas destinarán un máximo del cuarenta y cinco por ciento (45%) de los recursos que les corresponde administrar con cargo al fondo para el fomento del empleo y la protección al desempleo;

Artículo 11. Régimen de apoyo para desempleados sin vinculación anterior a Cajas de Compensación Familiar. Con cargo al cinco por ciento (5%) del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6º de la presente ley, las Cajas establecerán un régimen de apoyo y fomento al empleo para jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar, que se concretará en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud. Los aportes al Sistema de Salud serán prioritarios frente a los otros usos siempre que el beneficiario no se encuentre afiliado. Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional. Para acceder a esta prestación, se deberá acreditar falta de capacidad de pago, conforme términos y condiciones que disponga el reglamento en materia de organización y funcionamiento de este beneficio’.

ARTÍCULO 48. IMPUESTO SOCIAL A LAS ARMAS Y MUNICIONES. Modifíquese el artículo 224 de la Ley 100 de 1993, el cual quedará de la siguiente manera:

‘Artículo 224. Impuesto social a las armas y municiones. A partir del 1º de enero de 1996, créase el impuesto social a las armas de fuego que será pagado por quienes las porten en el territorio nacional, y que será cobrado con la expedición o renovación del respectivo permiso y por el término de este. El recaudo de este impuesto se destinará al fondo de solidaridad previsto en el artículo 221| de esta ley. El impuesto tendrá un monto equivalente al 30% de un salario mínimo mensual. Igualmente, créase el impuesto social a las municiones y explosivos, que se cobrará como un impuesto ad valórem con una tasa del 20%. El gobierno reglamentará los mecanismos de pago y el uso de estos recursos: el Plan de Beneficios, los beneficiarios y los procedimientos necesarios para su operación.

PARÁGRAFO. Se exceptúan de este impuesto las armas de fuego y municiones y explosivos que posean las Fuerzas Armadas y de Policía y las entidades de seguridad del Estado’.

ARTÍCULO 49. RECURSOS DESTINADOS PARA EL RÉGIMEN SUBSIDIADO POR DEPARTAMENTOS, DISTRITOS Y MUNICIPIOS. Los montos de recursos que las entidades territoriales venían aportando para financiar la salud en su territorio no podrán disminuir salvo que se acredite, ante el Ministerio de la Protección Social, que está debidamente asegurada el 100% de la población o por insuficiencia financiera.

El pago de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada para toda la población de los niveles 1 y 2 del Sisbén y otra elegible no afiliada al Régimen Contributivo tendrá prioridad sobre cualquier otro gasto en salud. Asegurado el 100% de esta población, podrán destinarse los recursos con esa destinación para financiar cualquier otro concepto de salud.

PARÁGRAFO. A más tardar el primero de enero de 2012, el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) cancelará las obligaciones a su cargo causadas a la fecha de expedición de la presente ley y que cumpla con los requisitos definidos para estos efectos.

ARTÍCULO 50. FONDO DE SALVAMENTO Y GARANTÍAS PARA EL SECTOR SALUD (FONSAET). Créase el Fondo de Garantías para el Sector Salud como un fondo cuenta sin personería jurídica administrado por el Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto será asegurar el pago de las obligaciones que no fuere posible pagar por parte de las Empresas Sociales del Estado, intervenidas por la Superintendencia Nacional de Salud, se financiará hasta el 20% del gasto operacional; en el caso de las Empresas Sociales del Estado liquidadas, se pagará hasta el monto que determine el Ministerio de la Protección Social.

Para financiar este fondo se destinarán los siguientes recursos: hasta el 10% de los recursos que se transfieren para oferta con recursos del Sistema General de Participaciones para Salud y los excedentes de los recursos destinados para salud de la Ley 1393 de 2010.

Este fondo podrá comprar o comercializar la cartera de las entidades intervenidas o en liquidación. También podrá hacer esta operación para evitar la intervención o liquidación.

Para los anteriores efectos los términos y condiciones para la administración del fondo los establecerá el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 1o. La facturación de las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud deberá ajustarse en todos los aspectos a los requisitos fijados por el Estatuto Tributario y la Ley 1231 de 2008.

PARÁGRAFO 2o. El Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet) podrá beneficiar a Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley se encuentran intervenidas para administrar o liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud.

Estas Entidades podrán recibir recursos del Fonsaet por una sola vez, condicionados a la presentación y cumplimiento del Plan de Mejoramiento y Prácticas del Buen Gobierno, acorde con la reglamentación del Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 51. RETENCIÓN EN LA FUENTE DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Establézcase un sistema de retención en la fuente de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y establézcanse los instrumentos para realizar la retención en la fuente para el pago de la cotización en seguridad social en salud, de las personas naturales y empresas unipersonales o sociedades por acciones simplificada, como mecanismo que evite la evasión y la elusión, tomando como base los conceptos constitutivos vigentes del Ingreso Base de Cotización. El agente retenedor girará los recursos al encargado del recaudo de los aportes, de conformidad con el reglamento.

La retención en la fuente prevista en el presente artículo se podrá extender a los demás aportes del sistema de seguridad social.

TÍTULO VI.

DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD.

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 52. CONTRATACIÓN POR CAPITACIÓN. Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:

52.1 Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación.

52.2 La capitación no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo.

52.3 La contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública, se deberá hacer con fundamento en indicadores y evaluación de resultados en salud.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Se podrá hacer contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, sobre la base de indicadores de resultados basados en la estrategia de Atención Primaria en Salud y rendición pública de cuentas, hasta el año 2013.

ARTÍCULO 53. PROHIBICIÓN DE LIMITACIONES AL ACCESO. Están prohibidos aquellos mecanismos de pago, de contratación de servicios, acuerdos o políticas internas que limiten el acceso al servicio de salud o que restrinjan su continuidad, oportunidad, calidad o que propicien la fragmentación en la atención de los usuarios.

ARTÍCULO 54. RESTABLECIMIENTO DE LA SALUD DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA. La prestación de los servicios de salud física y mental para todas las mujeres víctimas de la violencia física o sexual, que estén certificados por la autoridad competente, no generará cobro por concepto de cuotas moderadoras, copagos u otros pagos para el acceso sin importar el régimen de afiliación. La atención por eventos de violencia física o sexual será integral, y los servicios serán prestados hasta que se certifique medicamente la recuperación de las víctimas.

La prestación de servicios a las mujeres víctimas de violencias incluirá la atención psicológica y psiquiátrica y la habitación provisional en los términos de la Ley 1257 de 2008.

ARTÍCULO 55. MULTAS POR INASISTENCIA EN LAS CITAS MÉDICAS. Entrada en vigencia esta ley queda prohibido el cobro de cualquier tipo de multas a los cotizantes y beneficiarios de

los regímenes contributivo y subsidiado, así como la población vinculada, en lo establecido para citas médicas programadas, para lo cual el Ministerio de la Protección Social diseñará un mecanismo idóneo para su respectivo cumplimiento, esto es ser sancionado pedagógicamente, mediante método de recursos capacitación que deberán ser diseñados por las Entidades Promotoras de Salud para tal fin.

ARTÍCULO 56. PAGOS A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007.

El no pago dentro de los plazos causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Se prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de procesos de auditoría previa a la presentación de las facturas por prestación de servicios o cualquier práctica tendiente a impedir la recepción.

Las entidades a que se refiere este artículo, deberán establecer mecanismos que permitan la facturación en línea de los servicios de salud, de acuerdo con los estándares que defina el Ministerio de la Protección Social.

También se entienden por recibidas las facturas que hayan sido enviadas por los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud a través de correo certificado, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1122 de 2007, sin perjuicio del cobro ejecutivo que podrán realizar los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud en caso de no cancelación de los recursos.

ARTÍCULO 57. TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.

Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago.

Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas.

Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago.

ARTÍCULO 58. HABILITACIÓN DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios de salud, las Administradoras de Riesgos Profesionales deberán contar con las condiciones necesarias para prestar un servicio de calidad; para tal fin los reglamentos que el Ministerio de la Protección Social expida, deberán garantizar la verificación de dichas condiciones y su periódica revisión. Las Direcciones Territoriales de Salud deberán garantizar la verificación de los servicios que lo requieran en el plazo que establezca el reglamento. La actividad de habilitación, para ser realizada oportuna y en los términos establecidos, puede ser contratada por las entidades territoriales con terceros especializados en la materia.

PARÁGRAFO. A partir de la vigencia de la presente ley toda nueva Institución Prestadora de Salud para el inicio de actividades y por ende para acceder a contratar servicios de salud deberá tener verificación de condiciones de habilitación expedida por la autoridad

competente, que dispondrá de seis (6) meses desde la presentación de la solicitud para realizar la verificación. La verificación deberá ser previa cuando se trate de servicios de urgencias y servicios de alta complejidad. Los servicios oncológicos deberán tener habilitación y verificación previa por el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

CAPÍTULO II.

REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD.

ARTÍCULO 61. DE LAS REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD. La prestación de servicios de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud se hará a través de las redes integradas de servicios de salud ubicadas en un espacio poblacional determinado.

Las redes de atención que se organicen dispensarán con la suficiencia técnica, administrativa y financiera requerida, los servicios en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación que demande el cumplimiento eficaz de los planes de beneficios.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar, y ofrecer los servicios a sus afiliados de manera integral, continua, coordinada y eficiente, con portabilidad, calidad y oportunidad, a través de las redes.

ARTÍCULO 62. CONFORMACIÓN DE REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD. Las entidades territoriales, municipios, distritos, departamentos y la Nación, según corresponda, en coordinación con las Entidades Promotoras de Salud a través de los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud, organizarán y conformarán las redes integradas incluyendo prestadores públicos, privados y mixtos que presten los servicios de acuerdo con el Plan de Beneficios a su cargo. Las redes se habilitarán de acuerdo con la reglamentación que expida

el Ministerio de la Protección Social, quien podrá delegar en los departamentos y distritos. La implementación de la estrategia de Atención Primaria en Salud consagrada en la presente ley será la guía para la organización y funcionamiento de la red.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud podrán asociarse mediante Uniones Temporales, consorcios u otra figura jurídica con Instituciones Prestadoras de Salud, públicas, privadas o mixtas. En ejercicio de su autonomía determinarán la forma de integración y podrán hacer uso de mecanismos administrativos y financieros que las hagan eficientes, observando los principios de libre competencia.

ARTÍCULO 63. CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA CONFORMACIÓN DE LAS REDES INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD. La reglamentación para la habilitación de las redes integradas de servicios de salud se realizará a partir de los siguientes criterios:

63.1 Población y territorio a cargo, con conocimiento de sus necesidades y preferencias en salud, que defina la oferta de servicios a la demanda real y potencial de la población a atender, tomando en consideración la accesibilidad geográfica, cultural y económica.

63.2 Oferta de servicios de salud existente para la prestación de servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, integrando tanto los servicios de salud individual como los servicios de salud colectiva.

63.3 Modelo de atención primaria en salud centrado en la persona, la familia y la comunidad, teniendo en cuenta las particularidades culturales, raciales y de género.

63.4 Recurso humano suficiente, valorado, competente y comprometido.

63.5 Adecuada estructuración de los servicios de baja complejidad de atención fortalecida y multidisciplinaria que garantice el acceso al sistema, con la capacidad resolutive para atender las demandas más frecuentes en la atención de la salud de la población a cargo.

63.6 Mecanismos efectivos de referencia y contrarreferencia para garantizar la integralidad y continuidad de la atención del usuario en los diferentes niveles de atención y escenarios intramurales y extramurales.

63.7 Red de transporte y comunicaciones.

63.8 Acción intersectorial efectiva.

63.9 Esquemas de participación social amplia.

63.10 Gestión integrada de los sistemas de apoyo administrativo, financiero y logístico.

63.11 Sistema de información único e integral de todos los actores de la red, con desglose de los datos por sexo, edad, lugar de residencia, origen étnico y otras variables pertinentes.

63.12 Financiamiento adecuado y mecanismos de seguimiento y evaluación de resultados.

63.13 Cumplimiento de estándares de habilitación por parte de cada uno de los integrantes de la red conforme al sistema obligatorio de garantía de la calidad.

ARTÍCULO 64. ARTICULACIÓN DE LAS REDES INTEGRADAS. La articulación de la red estará a cargo de las entidades territoriales en coordinación con las Entidades Promotoras de Salud, a través de los Consejos Territoriales de la Seguridad Social en Salud; en el caso de los municipios no certificados la entidad territorial será el departamento, sin vulneración del ejercicio de la autonomía de los actores de las redes existentes en el espacio poblacional determinado, buscará que el servicio de salud se brinde de forma precisa, oportuna y pertinente, para garantizar su calidad, reducir complicaciones, optimizar recursos y lograr resultados clínicos eficaces y costo-efectivos. La función de coordinación será esencialmente un proceso del ámbito clínico y administrativo, teniendo como objetivos y componentes:

64.1 La identificación de la población a atender y la determinación del riesgo en salud.

64.2 La identificación de factores de riesgo y factores protectores.

64.3 Consenso en torno a la implementación de la estrategia de Atención Primaria en Salud.

64.5 El desarrollo de un proceso de vigilancia epidemiológica, que incluya la notificación y la aplicación de medidas que sean de su competencia en la prestación de servicios y en la evaluación de resultados.

64.6 La articulación de la oferta de servicios de los prestadores que la conforman y la información permanente y actualizada a los usuarios sobre los servicios disponibles, en el espacio poblacional determinado.

64.7 La garantía de un punto de primer contacto, que serán los equipos básicos de salud, con capacidad de acceder a la información clínica obtenida en los diferentes escenarios de atención y de proporcionarla a estos mismos.

64.8 La coordinación y desarrollo conjunto de sistemas de gestión e información.

64.9 Las condiciones de acceso y los principales indicadores de calidad que se establezcan en el reglamento técnico de la red.

64.10 La coordinación de esquemas de comunicación electrónica, servicios de telemedicina, asistencia y atención domiciliaria y las demás modalidades que convengan a las condiciones del país y a las buenas prácticas en la materia.

PARÁGRAFO. La coordinación de las redes basadas en el modelo de atención y riesgo poblacional, será reglamentada por el Ministerio de la Protección Social con el acompañamiento de las direcciones territoriales para el cumplimiento de las funciones administrativas y clínicas anteriormente nombradas.

ARTÍCULO 65. ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD MENTAL. Las acciones de salud deben incluir la garantía del ejercicio pleno del derecho a la salud mental de los colombianos y colombianas, mediante atención integral en salud mental para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud y su atención como parte del Plan de Beneficios y la implementación, seguimiento y evaluación de la política nacional de salud mental.

ARTÍCULO 66. ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD A DISCAPACITADOS. Las acciones de salud deben incluir la garantía a la salud del discapacitado, mediante una atención integral y una implementación de una política nacional de salud con un enfoque diferencial con base en un plan de salud del Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 67. SISTEMAS DE EMERGENCIAS MÉDICAS. Con el propósito de responder de manera oportuna a las víctimas de enfermedad, accidentes de tránsito, traumatismos o paros cardiorrespiratorios que requieran atención médica de urgencias, se desarrollará el sistema de emergencias médicas, entendido como un modelo general integrado, que comprende, entre otros los mecanismos para notificar las emergencias médicas, la prestación de servicios pre hospitalarios y de urgencias, las formas de transporte básico y

medicalizado, la atención hospitalaria, el trabajo de los centros reguladores de urgencias y emergencias, los programas educacionales y procesos de vigilancia.

El Ministerio de la Protección Social reglamentará, en el transcurso de un año (1) a partir de la vigencia de la presente ley, el desarrollo y operación del sistema de emergencias médicas, que garantice la articulación de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con sus competencias, incluyendo los casos en los que deberá contarse con personal con entrenamiento básico donde haya alta afluencia de público. Para la operación del sistema se podrán utilizar recursos del programa institucional de fortalecimiento de la Red Nacional de Urgencias.

ARTÍCULO 68. FUNDACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO. Las fundaciones sin ánimo de lucro que venían prestando servicios como parte de la red hospitalaria pública, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y continúan desarrollando esta actividad para los efectos señalados en los artículos 16 y 20 de la Ley 1122 de 2007 sobre la contratación de servicios de salud, las entidades territoriales y las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado les darán a estas instituciones prestadoras de servicios de salud tratamiento de Empresas Sociales del Estado.

Así mismo, dichas fundaciones y las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud podrán acceder a recursos de crédito blandos de tasa compensada y de largo plazo que otorgue el Gobierno Nacional a través de Findeter u otras entidades.

CAPÍTULO III.

INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD PÚBLICAS Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

Las Empresas Sociales del Estado articuladas en red, que demuestren buenos resultados en los indicadores de salud, bajo riesgo fiscal y financiero, y documenten trabajo en el proceso de calidad podrán acceder a créditos condonables y otros estímulos que ofrezca el Gobierno Nacional, en especial para dotación tecnológica y capacitación del talento humano.

ARTÍCULO 70. DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de

complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

PARÁGRAFO 1º. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6ª categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años.

PARÁGRAFO 2º. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel municipal que hagan parte de convenios o planes de desempeño suscritos o que se llegaren a suscribir entre el departamento y la Nación, tendrá además de los miembros ya definidos en el presente artículo, tendrán como miembro de la Junta Directiva al gobernador del departamento o su delegado.

PARÁGRAFO 3º. Cuando en una sesión de Junta Directiva exista empate para la toma de decisiones, el mismo se resolverá con el voto de quien preside la Junta Directiva.

ARTÍCULO 71. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán ser representante legal, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, ni tener participación en el capital de estas en forma directa o a través de su cónyuge,

compañero o compañera permanente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil o participar a través de interpuesta persona, excepto alcaldes y gobernadores, siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa. Esta inhabilidad regirá hasta por un año después de la dejación del cargo.

ARTÍCULO 72. ELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE DIRECTORES O GERENTES DE HOSPITALES. La Junta Directiva de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá aprobar el plan de gestión para ser ejecutado por el Director o Gerente de la entidad, durante el período para el cual ha sido designado y respecto del cual dicho funcionario deberá ser evaluado. Dicho plan contendrá, entre otros aspectos, las metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios, y las metas y compromisos incluidos en convenios suscritos con la Nación o con la entidad territorial si los hubiere, y el reporte de información a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social. El plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social. La evaluación insatisfactoria de dichos planes será causal de retiro del servicio del Director o Gerente para lo cual se deberá adelantar el proceso que establezca en la presente ley. En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes se iniciará un proceso de concurso público para su elección.

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero.

ARTÍCULO 73. PROCEDIMIENTO PARA LA APROBACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para la aprobación del plan de gestión se deberá seguir el siguiente procedimiento:

73.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado deberá presentar a la Junta

Directiva el proyecto de plan de gestión de la misma, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su posesión en el cargo, o para los ya posesionados a los treinta (30) días hábiles siguientes a la expedición de la reglamentación. El proyecto de plan de gestión deberá ajustarse a las condiciones y metodología que defina el Ministerio de la Protección Social.

73.2 La Junta Directiva de la respectiva Empresa Social del Estado deberá aprobar, el plan de gestión dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del plan de gestión.

73.3 El gerente podrá presentar observaciones al plan de gestión aprobado en los 5 días hábiles siguientes a su aprobación, y se resolverá dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

73.4 En caso de que la Junta Directiva no apruebe el proyecto de plan de gestión durante el término aquí establecido, el plan de gestión inicialmente presentado por el Director o Gerente se entenderá aprobado.

ARTÍCULO 74. EVALUACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN DEL DIRECTOR O GERENTE DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN TERRITORIAL. Para la evaluación de los planes de gestión, se deberá dar cumplimiento al siguiente proceso:

74.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá presentar a la Junta Directiva un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, el cual deberá ser presentado a más tardar el 1o de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los contenidos del informe y de la metodología serán definidos por el Ministerio de la Protección Social.

74.2 La Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del informe de gestión.

74.3 Los resultados de la evaluación se harán constar en un acuerdo de la Junta Directiva, debidamente motivado, el cual se notificará al Director o Gerente quien podrá interponer recurso de reposición ante la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a

su notificación.

74.4 La decisión de la Junta Directiva tendrá recurso de reposición ante la misma junta y de apelación en el efecto suspensivo, ante el Superintendente Nacional de Salud, para resolver dichos recursos se contará con un término de quince días (15) hábiles.

74.6 La no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión dentro de los plazos señalados en la presente norma, conllevará a que la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro.

ARTÍCULO 75. METODOLOGÍA DE REPORTE DE INGRESOS, GASTOS Y COSTOS DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD. El Ministerio de la Protección Social en un término no superior a un año establecerá la metodología para la clasificación y reporte de los ingresos que incluirá la cartera total, los gastos y los costos de las Instituciones Prestadoras de Salud públicas, teniendo en cuenta las condiciones que pueden afectar las estructuras de costos. Con base en esta información se construirán razones de costo y gasto que deberán hacer parte de los planes de gestión para evaluar la gestión de los gerentes y de los indicadores de desempeño de las instituciones.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las ESE tendrán un periodo de un año para ajustarse y reportar los indicadores antes definidos.

ARTÍCULO 76. EFICIENCIA Y TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN, ADQUISICIONES Y COMPRAS DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las Empresas Sociales del Estado podrán asociarse entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Para lo anterior la Junta Directiva deberá adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social.

Igualmente, las Empresas Sociales del Estado podrán contratar de manera conjunta sistemas de información, sistema de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías,

de recurso humano y demás funciones administrativas, para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, de forma tal que la gestión resulte más eficiente, con calidad e implique menor costo.

Estas instituciones podrán utilizar mecanismos de subasta inversa para lograr mayor eficiencia en sus adquisiciones.

ARTÍCULO 77. SANEAMIENTO DE CARTERA. El Gobierno Nacional, a partir de la vigencia de la presente ley, pondrá en marcha un Programa para el Saneamiento de cartera de las Empresas Sociales del Estado.

ARTÍCULO 78. PASIVO PRESTACIONAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO E INSTITUCIONES DEL SECTOR SALUD. En concordancia con el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito público y los entes territoriales departamentales firmarán los contratos de concurrencia y cancelarán el pasivo prestacional por concepto de cesantías, reserva para pensiones y pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sustituciones pensionales, causadas en las instituciones del sector salud públicas causadas al finalizar la vigencia de 1993 con cargo a los mayores recursos del monopolio de juegos de suerte y azar y del fondo pensional que se crea en el Proyecto de Ley de Regalías.

PARÁGRAFO. Concédase el plazo mínimo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para que las entidades territoriales y los hospitales públicos le suministren al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la información que le permita suscribir los convenios de concurrencia y emitan los bonos de valor constante respectivos de acuerdo a la concurrencia entre el Gobierno Nacional y el ente territorial departamental. El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo será sancionado como falta gravísima.

Con esto se cumplirá con las Leyes 60 y 100 de 1993 y 715 de 2001 que viabilizan el pago de esta deuda que no es responsabilidad de las ESE, pues ellas no tenían vida jurídica antes de diciembre de 1993. En ese entonces eran financiados y administrados por los departamentos y el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 79. FINANCIACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EN ZONAS ALEJADAS. Se garantizarán los recursos necesarios para financiar la prestación de servicios de salud a través de instituciones públicas en aquellos lugares alejados, con poblaciones dispersas o de difícil acceso, en donde estas sean la única opción de prestación de servicios, y los ingresos por venta de servicios sean insuficientes para garantizar su sostenibilidad en condiciones de eficiencia.

ARTÍCULO 80. DETERMINACIÓN DEL RIESGO DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. El Ministerio de la Protección Social determinará y comunicará a las direcciones departamentales, municipales y distritales de salud, a más tardar el 30 de mayo de cada año, el riesgo de las Empresas Sociales del Estado teniendo en cuenta sus condiciones de mercado, de equilibrio y viabilidad financiero, a partir de sus indicadores financieros, sin perjuicio de la evaluación por indicadores de salud establecida en la presente ley.

Las Empresas Sociales del Estado, atendiendo su situación financiera se clasificarán de acuerdo a la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.

Cuando no se reciba la información utilizada para la categorización del riesgo de una Empresa Social del Estado o se detecte alguna imprecisión en esta y no sea corregida o entregada oportunamente, dicha empresa quedará categorizada en riesgo alto y deberá adoptar un programa de saneamiento fiscal y financiero, sin perjuicio de las investigaciones que se deban adelantar por parte de los organismos de vigilancia y control.

El informe de riesgo hará parte del plan de gestión del gerente de la respectiva entidad a la Junta Directiva y a otras entidades que lo requieran, sin perjuicio de las acciones legales pertinentes.

ARTÍCULO 81. ADOPCIÓN DE PROGRAMA DE SANEAMIENTO FISCAL Y FINANCIERO. Una vez comunicada la información de determinación del riesgo por parte del Ministerio de la Protección Social, dentro de los siguientes sesenta (60) días calendario, las Empresas Sociales del Estado categorizadas en riesgo medio o alto, deberán someterse a un programa de saneamiento fiscal y financiero, con el acompañamiento de la dirección departamental o distrital de salud en las condiciones que determine el Ministerio de la Protección Social.

PARÁGRAFO. Cuando una Empresa Social del Estado no adopte el programa de saneamiento

fiscal y financiero en los términos y condiciones previstos, será causal de intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 82. INCUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE SANEAMIENTO FISCAL. Si con la implementación del programa de saneamiento fiscal y financiero, la Empresa Social del Estado en riesgo alto no logra categorizarse en riesgo medio en los términos definidos en la presente ley, deberá adoptar una o más de las siguientes medidas:

82.1 Acuerdos de reestructuración de pasivos.

82.2 Intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, independientemente de que la Empresa Social del Estado esté adelantando o no programas de saneamiento.

82.3 Liquidación o supresión, o fusión de la entidad.

Generará responsabilidad disciplinaria y fiscal al Gobernador o Alcalde que no den cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.

PARÁGRAFO. En las liquidaciones de Empresas Sociales del Estado que se adelanten por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, se dará aplicación a lo dispuesto en el Decreto-ley 254 de 2000 y en la Ley 1105 de 2006, y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan. Las liquidaciones que se estén adelantando, se ajustarán a lo aquí dispuesto.

ARTÍCULO 83. RECURSOS DE CRÉDITO PARA EL REDISEÑO, MODERNIZACIÓN Y REORGANIZACIÓN DE LOS HOSPITALES DE LA RED PÚBLICA PARA DESARROLLO DE LAS REDES TERRITORIALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. Para la ejecución de los créditos condonables de que trata el parágrafo 3o del artículo 54 de la Ley 715 de 2001, la Nación y las entidades territoriales concurrirán, bajo la modalidad de préstamos condonables, en el financiamiento de los procesos de rediseño, modernización y reorganización de Instituciones Prestadoras de Salud Públicas, mediante convenios de desempeño con las instituciones hospitalarias, que como mínimo garanticen, por parte de la entidad hospitalaria, su sostenibilidad durante diez (10) años, mediante el equilibrio financiero, eficiencia en la prestación de los servicios y su articulación en red.

La asignación de estos recursos de crédito por el Gobierno Nacional permitirá que las

Instituciones Prestadoras de Salud públicas puedan participar del proceso de conformación de redes territoriales de servicios de salud para poder desarrollar la política de Atención Primaria en Salud. Dicha asignación se regirá por los principios de proporcionalidad y equidad territoriales.

ARTÍCULO 84. SANEAMIENTO DE PASIVOS. Con el fin de facilitar los procesos de saneamiento de pasivos, las Empresas Sociales del Estado que hayan adoptado programas de saneamiento fiscal y financiero en virtud de lo dispuesto en la presente ley, que tengan suscrito o suscriban programas o convenios de desempeño en virtud de lo establecido en la Ley 715 de 2001 o estén intervenidas por la Superintendencia Nacional de Salud, podrán iniciar simultáneamente o en cualquier momento durante la vigencia de los mismos, la promoción de acuerdos de reestructuración de pasivos de que tratan las Leyes 550 de 1999 y 1116 de 2006 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

ARTÍCULO 85. SANEAMIENTO DE APORTES PATRONALES. Las Entidades Promotoras de Salud y Entidades Obligadas a compensar o el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, según corresponda, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las entidades administradoras de pensiones tanto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las de ahorro individual con solidaridad y las administradoras de cesantías, incluido el Fondo Nacional de Ahorro, que hubieren recibido o que tengan en su poder recursos por concepto de aportes patronales del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones para Salud, las direcciones territoriales de salud, las Instituciones Prestadoras de Salud Públicas y demás entidades a las que se les hayan asignado recursos para el pago de aportes patronales, contarán con doce (12) meses, para realizar el proceso de saneamiento por concepto de aportes patronales con el procedimiento que determine el Ministerio de la Protección Social. En este proceso de saneamiento podrán concurrir recursos de ambas fuentes.

Los Fondos de Pensiones, Cesantías, Entidades Promotoras de Salud y Administradoras de Riesgos Profesionales de Salud, deberán implementar las acciones administrativas necesarias para que se realice el procedimiento operativo de saneamiento de los aportes patronales con las direcciones territoriales de salud, las instituciones prestadoras de servicio de salud pública y demás entidades a las que se les hayan asignado recursos para el pago de aportes patronales, con oportunidad y eficacia.

Las peticiones de las entidades aportantes relacionadas con el proceso de saneamiento de dichos recursos a las entidades administradoras de los mismos, deben ser entendidas en un plazo no superior a treinta (30) días calendario. En caso de no respuesta se informará del incumplimiento a la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Salud según corresponda, la inspección y vigilancia de la entidad administradora de los aportes patronales, para lo de su competencia.

Si vencido este término de los doce (12) meses dispuestos para concluir el proceso de saneamiento no se hubiere realizado el mismo, las entidades administradoras de aportes patronales girarán los recursos excedentes con el mecanismo financiero que determine el Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de los contratos que se hubieren ejecutado con cargo a estos recursos.

CAPÍTULO IV.

MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS.

ARTÍCULO 86. POLÍTICA FARMACÉUTICA, DE INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. El Ministerio de la Protección Social definirá la política farmacéutica, de insumos y dispositivos médicos a nivel nacional y en su implementación, establecerá y desarrollará mecanismos y estrategias dirigidas a optimizar la utilización de medicamentos, insumos y dispositivos, a evitar las inequidades en el acceso y asegurar la calidad de los mismos, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 87. COMISIÓN NACIONAL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS - CNPMD. En adelante la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos de que trata el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, se denominará Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, y tendrá a su cargo la formulación y la regulación de la política de precios de medicamentos y dispositivos médicos.

ARTÍCULO 88. NEGOCIACIÓN DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DISPOSITIVOS. El Ministerio de la Protección Social establecerá los mecanismos para adelantar negociaciones de precios de medicamentos, insumos y dispositivos.

El Ministerio de la Protección Social establecerá los mecanismos para adelantar

negociaciones que generen precios de referencia de medicamentos y dispositivos de calidad. En el caso que los mismos no operen en la cadena, el Gobierno Nacional podrá acudir a la compra directa. Las instituciones públicas prestadoras del servicio de salud no podrán comprar por encima de los precios de referencia.

ARTÍCULO 89. GARANTÍA DE LA CALIDAD DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. El Invima* garantizará la calidad, eficacia y seguridad de los medicamentos, insumos y dispositivos médicos que se comercialicen en el país de acuerdo con los estándares internacionales de calidad, reglamentación que hará el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El Gobierno Nacional tendrá un (1) año para expedir reglamentación para la aprobación de productos biotecnológicos y biológicos.

ARTÍCULO 90. GARANTÍA DE LA COMPETENCIA. El Gobierno Nacional deberá garantizar la competencia efectiva para la producción, venta, comercialización y distribución de medicamentos, insumos y dispositivos médicos podrá realizar o autorizar la importación paralela de estos, establecer límites al gasto y adelantar las gestiones necesarias para que la población disponga de medicamentos, insumos y dispositivos médicos de buena calidad a precios accesibles.

El Gobierno Nacional, las entidades públicas y privadas podrán realizar compras centralizadas de medicamentos insumos y dispositivos médicos dentro y fuera del país y desarrollar modelos de gestión que permitan disminuir los precios de los medicamentos insumos y dispositivos médicos y facilitar el acceso de la población a estos.

ARTÍCULO 91. CODIFICACIÓN DE INSUMOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. El Ministerio de la Protección Social, expedirá en un plazo máximo de 6 meses, la norma que permita la codificación de los insumos y dispositivos médicos a los cuales el Invima haya otorgado registro sanitario y los que en el futuro autorice.

CAPÍTULO V.

INSTITUTO DE EVALUACIÓN TECNOLÓGICA EN SALUD.

ARTÍCULO 92. INSTITUTO DE EVALUACIÓN TECNOLÓGICA EN SALUD. Autorícese al Ministerio de la Protección Social la creación del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud como una

corporación sin ánimo de lucro de naturaleza mixta, de la cual podrán hacer parte, entre otros, las sociedades científicas y la Academia Nacional de Medicina, esta entidad será responsable de la evaluación de tecnologías en salud basada en la evidencia científica, guías y protocolos sobre procedimientos, medicamentos y tratamiento de acuerdo con los contenidos del Plan de Beneficios, sus orientaciones serán un referente para la definición de planes de beneficios, para los conceptos técnicos de los Comités Científicos y la Junta Técnico Científico y para los prestadores de los servicios de salud

ARTÍCULO 93. OBJETIVOS DEL INSTITUTO DE EVALUACIÓN TECNOLÓGICA EN SALUD. Son objetivos del Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud

93.1 Evaluar las tecnologías en materia de salud, teniendo en cuenta los siguientes aspectos: seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad, utilidad e impacto económico.

93.2 Consultar las evaluaciones de tecnologías con Centros de Evaluación acreditados para la evaluación de tecnologías médicas nacionales e internacionales

93.3 Articular la evaluación de los medios técnicos y de procedimientos para la promoción y atención en salud en sus fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación y su impacto en la reducción de la morbilidad y mortalidad del país, así como el impacto potencial por la adopción de nuevas tecnologías

93.5 Difundir las metodologías empleadas y la información producida

93.6 Los demás que sean necesarios para el desarrollo de su objeto.

ARTÍCULO 94. REFERENTES BASADOS EN EVIDENCIA CIENTÍFICA. Son los estándares, guías, normas técnicas, conjuntos de acciones o protocolos que se adopten para una o más fases de la atención como promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, para la atención de una situación específica de la salud, basados en evidencia científica. Incluyen principalmente las evaluaciones de tecnologías en salud y las guías de atención integral que presentan el conjunto de actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos e insumos o dispositivos que procuran que la atención sea de calidad, segura y costo-efectiva.

ARTÍCULO 95. DE LOS PROTOCOLOS DE ATENCIÓN. La autoridad competente desarrollará como referentes basados en evidencia científica protocolos sobre procedimientos, medicamentos y tratamientos de acuerdo con los contenidos del Plan de Beneficios. Para su elaboración se consultará a los profesionales de la salud, las sociedades científicas, los colegios de profesionales y las facultades de salud.

ARTÍCULO 96. DE LAS GUÍAS DE ATENCIÓN. La autoridad competente desarrollará como referentes basados en evidencia científica guías de atención sobre procedimientos, medicamentos y tratamientos de acuerdo con los contenidos del Plan de Beneficios. Las guías médicas serán desarrolladas por la autoridad competente en coordinación con los profesionales de la salud, las sociedades científicas, los colegios de profesionales y las facultades de salud.

CAPÍTULO VI.

TALENTO HUMANO.

ARTÍCULO 97. DE LA POLÍTICA DE TALENTO HUMANO. El Ministerio de la Protección Social, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud, definirá la política de Talento Humano en Salud que oriente la formación, ejercicio y gestión de las profesiones y ocupaciones del área de la salud, en coherencia con las necesidades de la población colombiana, las características y objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO. La Política de Talento Humano en Salud consultará los postulados de trabajo decente de la OIT.

ARTÍCULO 98. DE LA FORMACIÓN CONTINUA DEL TALENTO HUMANO EN SALUD. El Gobierno Nacional establecerá los lineamientos para poner en marcha un sistema de formación continua para el Talento Humano en Salud, dando prioridad a la implementación de un programa de Atención Primaria para los agentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que deberá implementarse en forma progresiva. Dicho programa contendrá módulos específicos para profesionales, técnicos, tecnólogos, auxiliares de la salud, directivos y ejecutivos de las direcciones territoriales de salud, Entidades Promotoras de Servicios de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios.

Concurrirán para este efecto las entidades territoriales, las sociedades científicas, los centros de formación, superior y media y los empleadores.

ARTÍCULO 99. DE LA PERTINENCIA Y CALIDAD EN LA FORMACIÓN DE TALENTO HUMANO EN SALUD. Modifícase el artículo 13 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así:

‘Artículo 13. De la pertinencia y calidad en la formación de Talento Humano en Salud. Las instituciones y programas de formación del Talento Humano en Salud buscarán el desarrollo de perfiles y competencias que respondan a las características y necesidades en salud de la población colombiana, a los estándares aceptados internacionalmente y a los requerimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fundados en la ética, calidad, pertinencia y responsabilidad social. El Ministerio de la Protección Social desarrollará los mecanismos para definir y actualizar las competencias de cada profesión atendiendo las recomendaciones del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud.

Los programas que requieran adelantar prácticas formativas en servicios asistenciales deberán contar con escenarios de prácticas conformados en el marco de la relación docencia servicio. Esta relación se sustentará en un proyecto educativo de largo plazo compartido entre una institución educativa y una entidad prestadora de servicios, que integrará las actividades asistenciales, académicas, docentes y de investigación.’

ARTÍCULO 100. HOSPITALES UNIVERSITARIOS. El Hospital Universitario es una Institución Prestadora de Salud que proporciona entrenamiento universitario, enfocado principalmente en programas de posgrado, supervisado por autoridades académicas competentes y comprometidas con las funciones de formación, investigación y extensión.

El Hospital Universitario es un escenario de práctica con características especiales por cuanto debe cumplir como mínimo con los siguientes requisitos:

100.1 Estar habilitado y acreditado, de acuerdo con el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad.

100.2 Tener convenios de prácticas formativas, en el marco de la relación docencia servicio, con instituciones de educación superior que cuenten con programas en salud acreditados.

100.3 Diseñar procesos que integren en forma armónica las prácticas formativas, la docencia

y la investigación, a prestación de los servicios asistenciales.

100.4 Contar con servicios que permitan desarrollar los programas docentes preferentemente de posgrado.

100.6 Incluir procesos orientados a la formación investigativa de los estudiantes y contar con publicaciones y otros medios de información propios que permitan la participación y difusión de aportes de sus grupos de investigación.

100.7 Contar con una vinculación de docentes que garanticen la idoneidad y calidad científica, académica e investigativa.

Los Hospitales Universitarios reconocidos conforme a la presente ley, tendrán prioridad en la participación en los proyectos de investigación, docencia y formación continua del Talento Humano financiados con recursos estatales.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. A partir del 1o de enero del año 2016 solo podrán denominarse Hospitales Universitarios, aquellas instituciones que cumplan con los requisitos definidos en este artículo.

ARTÍCULO 101. DE LA FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS DEL ÁREA DE LA SALUD. Modifícase el artículo 30 de la Ley 1164 de 2007, adicionándole los siguientes incisos.

‘Las instituciones que forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud promoverán y facilitarán la formación de especialistas en el área de la salud, conforme a las necesidades de la población y las características del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El Ministerio de la Protección Social definirá las condiciones, requisitos y procedimientos para la oferta, aprobación y asignación de cupos de prácticas formativas de los programas de especialización que impliquen residencia.

Los cupos de residentes de los programas de especialización en salud se aprobarán conforme a las normas que regulan la relación docencia servicio y, en todo caso, deberán corresponder a cargos empleos temporales no sujetos a carrera administrativa creados para tal fin en las Instituciones Prestadoras de Salud.

Se autoriza a las Instituciones Prestadoras de Salud públicas a crear cargos en sus plantas de personal para la formación de residentes, los cuales tendrán carácter temporal y no estarán sujetos a las normas de carrera administrativa. El Estado cofinanciará parte del costo de los cargos de residentes que cursen programas de especialización considerados prioritarios para el país, para lo cual los recursos del presupuesto nacional destinados a financiar el programa de becas crédito establecido en el parágrafo 1o del artículo 193 de la Ley 100 de 1993, se reorientarán a la financiación de los cargos contemplados en el presente artículo, el Gobierno Nacional determinará la contraprestación para estos.

Para las regiones donde no se cuenta con Entidades de Educación Superior, aquellos profesionales de la salud que deseen especializarse podrán recibir becas financiadas con recursos de los entes territoriales y del Gobierno Nacional, suscribiendo convenios para prestar los servicios especializados durante un tiempo no inferior al requerido para la especialización en la región correspondiente. Estos profesionales tendrán prioridad de acceso a las especializaciones.

Para efectos administrativos y asistenciales, a los profesionales de la salud vinculados mediante la modalidad de residentes se les reconocerá conforme al título más alto obtenido y a la autorización para ejercer por la entidad competente.

Los programas de formación en el área de la salud serán aprobados considerando criterios de calidad y pertinencia de los mismos y la evaluación de la relación docencia-servicio y de los escenarios de práctica, según los estándares y procedimientos que definan los Ministerios de la Protección Social y de Educación Nacional, los cuales harán parte integral del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. Para determinar la pertinencia de los nuevos programas de formación en el área de la salud se requerirá concepto del Ministerio de la Protección Social.'

ARTÍCULO 102. MATRÍCULAS DE RESIDENTES. El Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación Nacional establecerán las pautas para la supervisión coordinada a las instituciones de educación superior en lo referente al costo de las matrículas de los residentes de programas de especialización clínica.

ARTÍCULO 103. CONTRATACIÓN DEL PERSONAL MISIONAL PERMANENTE. El personal misional permanente de las Instituciones públicas Prestadoras de Salud no podrá estar vinculado

mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Esta disposición entrará en vigencia a partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013).

ARTÍCULO 104. AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL. Modifícase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así:

‘Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional.

Los profesionales de la salud tienen la responsabilidad permanente de la autorregulación. Cada profesión debe tomar a su cargo la tarea de regular concertadamente la conducta y actividades profesionales de sus pares sobre la base de:

1. El ejercicio profesional responsable, ético y competente, para mayor beneficio de los usuarios.
2. La pertinencia clínica y uso racional de tecnologías, dada la necesidad de la racionalización del gasto en salud, en la medida que los recursos son bienes limitados y de beneficio social.
3. En el contexto de la autonomía se buscará prestar los servicios médicos que requieran los usuarios, aplicando la autorregulación, en el marco de las disposiciones legales.
4. No debe permitirse el uso inadecuado de tecnologías médicas que limite o impida el acceso a los servicios a quienes los requieran.
5. Las actividades profesionales y la conducta de los profesionales de la salud debe estar dentro de los límites de los Códigos de Ética Profesional vigentes. Las asociaciones científicas deben alentar a los profesionales a adoptar conductas éticas para mayor beneficio de sus

pacientes.’

ARTÍCULO 105. AUTONOMÍA PROFESIONAL. Entiéndase por autonomía de los profesionales de la salud, la garantía que el profesional de la salud pueda emitir con toda libertad su opinión profesional con respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes con calidad, aplicando las normas, principios y valores que regulan el ejercicio de su profesión.

ARTÍCULO 106. PROHIBICIÓN DE PREBENDAS O DÁDIVAS A TRABAJADORES EN EL SECTOR DE LA SALUD. <Artículo modificado por el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos, que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO 1o. Las empresas o instituciones que incumplan con lo establecido en el presente artículo serán sancionadas con multas que van de 100 a 500 SMMLV, multa que se duplicará en caso de reincidencia. Estas sanciones serán tenidas en cuenta al momento de evaluar procesos contractuales con el Estado y estarán a cargo de las entidades de Inspección, Vigilancia y Control con respecto a los sujetos vigilados por cada una de ellas.

PARÁGRAFO 2o. Los trabajadores de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud que reciban este tipo de prebendas y/o dádivas, serán investigados por las autoridades competentes. Lo anterior, sin perjuicio de las normas disciplinarias vigentes”.

CAPÍTULO VII.

CALIDAD Y SISTEMAS DE INFORMACIÓN.

ARTÍCULO 107. GARANTÍA DE CALIDAD Y RESULTADOS EN LA ATENCIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE SALUD. En desarrollo del principio de calidad del Sistema General de Seguridad Social de Salud establecido en la presente ley, y en el marco

del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud, se definirá e implementará un plan nacional de mejoramiento de calidad, con clara orientación hacia la obtención de resultados que puedan ser evaluados. Dicho plan contendrá como mínimo:

107.1 La consolidación del componente de habilitación exigible a direcciones territoriales de salud, a los prestadores de servicios de salud, a Entidades Promotoras de Salud y a administradoras de riesgos profesionales, incluyendo el establecimiento de condiciones de habilitación para la conformación y operación de redes de prestación de servicios de salud;

107.2 El establecimiento de incentivos al componente de acreditación aplicable a las instituciones prestadoras de servicios de salud, Entidades Promotoras de Salud y direcciones territoriales de salud, y

107.3 El fortalecimiento del sistema de información para la calidad, a través de indicadores que den cuenta del desempeño y resultados de los prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud, con el fin de que los ciudadanos puedan contar con información objetiva para garantizar al usuario su derecho a la libre elección.

ARTÍCULO 108. INDICADORES EN SALUD. El Ministerio de la Protección Social deberá establecer indicadores de salud, tales como indicadores centinela y trazadores, así como indicadores administrativos que den cuenta del desempeño de las direcciones territoriales de salud, Entidades Promotoras de Salud, Administradoras de Riesgos Profesionales y de las Instituciones Prestadoras de Salud, con el fin de que los ciudadanos puedan contar con información objetiva que permita reducir las asimetrías de información y garantizar al usuario su derecho a la libre elección de los prestadores de servicios y aseguradores.

ARTÍCULO 109. OBLIGATORIEDAD DE AUDIENCIAS PÚBLICAS DE ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Todas las Entidades Promotoras de Salud y Empresas Sociales del Estado del sector salud y las Instituciones Prestadoras de Salud públicas, tienen la obligación de realizar audiencias públicas, por lo menos una vez al año, con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de su gestión. Para ello deberán presentar sus indicadores en salud, gestión financiera, satisfacción de usuarios y administración.

ARTÍCULO 110. INFORME DEL ESTADO ACTUAL DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.

El Gobierno Nacional y la Superintendencia Nacional de Salud, en procura del proceso de transparencia y de publicidad en los servicios, sesenta días (60) después de entrada en vigencia la presente ley, deberán presentar un informe del estado actual de las Entidades Promotoras de Salud donde se dará a conocer aspectos, en relación con al cumplimiento de los giros a los prestadores, recaudo y cumplimiento del Plan de Beneficios.

ARTÍCULO 111. SISTEMA DE EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE DIRECCIONES TERRITORIALES DE SALUD, ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD E INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD. Como resultado de la aplicación de los indicadores, el Ministerio de la Protección Social desarrollará un sistema de evaluación y calificación de las direcciones territoriales de salud, de Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud que permita conocer públicamente a más tardar el primero (1o) de marzo de cada año, como mínimo: número de quejas, gestión de riesgo, programas de prevención y control de enfermedades implementados, resultados en la atención de la enfermedad, prevalencia de enfermedades de interés en salud pública, listas de espera; administración y flujo de recursos.

Deberá también alimentarse de las metas de los planes de desarrollo nacional, y territoriales.

Se definirán igualmente indicadores de calidad en la atención, de calidad técnica y de satisfacción del usuario.

El incumplimiento de las condiciones mínimas de calidad dará lugar a la descertificación en el proceso de habilitación. En el caso de los entes territoriales se notificará a la SNS para que obre de acuerdo a su competencia.

ARTÍCULO 112. ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN. El Ministerio de la Protección Social, a través del Sistema Integrado de Información de la Protección Social (Sispro), articulará el manejo y será el responsable de la administración de la información.

Las bases de datos de afiliados en salud se articularán con las bases de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales, el Sisbén y de las Entidades Promotoras de Salud para identificar a los beneficiarios y su lugar de residencia, entre otras, dicha articulación deberá estar implementada antes del 31 de diciembre de 2012.

La identidad de los usuarios y beneficiarios se verificará mediante procesamiento y consulta de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La historia clínica única electrónica será de obligatoria aplicación antes del 31 de diciembre del año 2013, esta tendrá plena validez probatoria.

ARTÍCULO 113. SISTEMA DE INFORMACIÓN INTEGRADO DEL SECTOR SALUD. El Ministerio de la Protección Social junto con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones definirá y contratará un plan para que en un periodo menor a 3 años se garantice la conectividad de las instituciones vinculadas con el sector de salud en el marco del Plan Nacional de Tecnologías de Información y Comunicaciones – TIC.

ARTÍCULO 114. OBLIGACIÓN DE REPORTAR. Es una obligación de las Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios de salud, de las direcciones territoriales de salud, las empresas farmacéuticas, las cajas de compensación, las administradoras de riesgos profesionales y los demás agentes del sistema, proveer la información solicitada de forma confiable, oportuna y clara dentro de los plazos que se establezcan en el reglamento, con el objetivo de elaborar los indicadores. Es deber de los ciudadanos proveer información veraz y oportuna.

ARTÍCULO 115. INDICADORES DE SALUD SOBRE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud deberán presentar anualmente a la Superintendencia Nacional de Salud información detallada sobre el estado de salud de los menores de edad afiliados.

ARTÍCULO 116. SANCIONES POR LA NO PROVISIÓN DE INFORMACIÓN. Los obligados a reportar que no cumplan con el reporte oportuno, confiable, suficiente y con la calidad mínima aceptable de la información necesaria para la operación del sistema de monitoreo, de los sistemas de información del sector salud, o de las prestaciones de salud (Registros Individuales de Prestación de Servicios), serán reportados ante las autoridades competentes para que impongan las sanciones a que hubiera lugar. En el caso de las Entidades Promotoras de Salud y prestadores de servicios de salud podrá dar lugar a la suspensión de giros, la revocatoria de la certificación de habilitación. En el caso de los entes territoriales se notificará a la Superintendencia Nacional de Salud para que obre de acuerdo a su competencia.

ARTÍCULO 117. ANÁLISIS DE CONDICIONES DE MERCADO A NIVEL REGIONAL. El Gobierno Nacional realizará análisis periódicos de las condiciones de competencia en el mercado de aseguradores y prestadores, así como de las tarifas de prestación de servicios, a nivel territorial.

TÍTULO VII.

INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL.

ARTÍCULO 118. DESCONCENTRACIÓN. Con el fin de tener mayor efectividad en las actividades del sistema de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia Nacional de Salud se desconcentrará y adicionalmente podrá delegar sus funciones a nivel departamental o distrital.

La Superintendencia Nacional de Salud ejecutará sus funciones de manera directa o por convenio interadministrativo con las direcciones departamentales o distritales de salud, acreditadas, en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, las cuales para los efectos de las atribuciones correspondientes responderán funcionalmente ante el Superintendente Nacional de Salud.

Las direcciones departamentales o distritales de salud, presentarán en audiencia pública semestral y en los plazos que la Superintendencia establezca, los informes que esta requiera. El incumplimiento de esta función dará lugar a multas al respectivo Director de hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales y en caso de reincidencia podrá dar lugar a la intervención administrativa.

La Superintendencia Nacional de Salud implementará procedimientos participativos que permitan la operación del sistema de forma articulada, vinculando las personerías, la Defensoría del Pueblo, las contralorías y otras entidades u organismos que cumplan funciones de control.

La Superintendencia Nacional de Salud podrá delegar la facultad sancionatoria para que las entidades del nivel departamental o distrital surtan la primera instancia de los procesos que se adelanten a las entidades e instituciones que presten sus servicios dentro del territorio de su competencia.

PARÁGRAFO. Dadas las funciones que deba asumir la Superintendencia Nacional de Salud definidas por esta ley el Gobierno Nacional adelantará las acciones que le permitan su fortalecimiento y reestructuración.

ARTÍCULO 119. RECURSOS PARA FORTALECER LAS FUNCIONES DE INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL. Los recursos a que se refiere el literal e) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 se destinarán a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerza la inspección, vigilancia y control en las entidades territoriales. El recaudo al que hace referencia el presente inciso, será reglamentado por el Gobierno Nacional, por primera vez, dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Los recursos del régimen subsidiado destinados por los municipios y distritos a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerza la inspección vigilancia y control en las entidades territoriales, se incrementarán del 0.2% al 0.4%, que serán descontados de los recursos que del Sistema General de Participaciones para Salud se destinen a los subsidios a la demanda o de los recursos de la subcuenta de Solidaridad del Fosyga, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Los recursos a que se refiere el inciso 1o del literal e) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 se aplicarán a la auditoría para el cumplimiento del seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados y el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios. Para este efecto la Superintendencia Nacional de Salud, acreditará empresas de interventoría con los cuales contratarán los municipios mediante concurso de méritos. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá vigilancia sobre el proceso y ejecución de esta contratación.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Mientras se reglamentan las funciones de auditoría, las empresas que hoy están prestando el servicio podrán continuar haciéndolo.

ARTÍCULO 120. RECURSOS POR MULTAS. Las multas impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud serán apropiadas en el Presupuesto General de la Nación como recursos adicionales de la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 121. SUJETOS DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Serán sujetos de inspección, vigilancia y control integral de la Superintendencia Nacional de Salud:

121.1 Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud, sin perjuicio de las competencias de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

121.2 Las Direcciones Territoriales de Salud en el ejercicio de las funciones que las mismas desarrollan en el ámbito del sector salud, tales como el aseguramiento, la inspección, vigilancia y control, la prestación de servicios de salud y demás relacionadas con el sector salud.

121.3 Los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos.

121.4 La Comisión de Regulación en Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, o quienes hagan sus veces.

121.5 Los que exploten, produzcan, administren u operen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de loterías, apuestas permanentes y demás modalidades de los juegos de suerte y azar.

121.6 Los que programen, gestionen, recauden, distribuyan, administren, transfieran o asignen los recursos públicos y demás arbitrios rentísticos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

121.7 Las rentas que produzcan cervezas, sifones, refajos, vinos, aperitivos y similares y quienes importen licores, vinos, aperitivos y similares y cervezas.

121.8 Los que exploten, administren u operen, bajo cualquier modalidad, el monopolio rentístico de los licores.

ARTÍCULO 123. CONTROL A LOS DEBERES DE LOS EMPLEADORES Y OTRAS PERSONAS OBLIGADAS A COTIZAR. La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), verificará el cumplimiento de los deberes de los

empleadores y otras personas obligadas a cotizar, en relación con el pago de las cotizaciones a la seguridad social.

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 204 y 210 de la Ley 100 de 1993 por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

ARTÍCULO 124. EJE DE ACCIONES Y MEDIDAS ESPECIALES. El numeral 5 del artículo 37 de la Ley 1122 de 2007, quedará así:

‘5. Eje de acciones y medidas especiales. Su objetivo es adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza y monopolios rentísticos cedidos al sector salud no asignados a otra entidad, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud. Tratándose de liquidaciones voluntarias, la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá inspección, vigilancia y control sobre los derechos de los afiliados y los recursos del sector salud. En casos en que la Superintendencia Nacional de Salud revoque el certificado de autorización o funcionamiento que le otorgue a las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Salud, deberá decidir sobre su liquidación’.

ARTÍCULO 125. CESACIÓN PROVISIONAL. El Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar de manera inmediata, a la entidad competente, la medida cautelar de cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida o la integridad física de los pacientes o el destino de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas señaladas anteriormente se adoptarán mediante acto administrativo motivado y dará lugar al inicio del proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud.

ARTÍCULO 126. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

'e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador'.

Modificar el parágrafo 2o del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

'La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad'.

ARTÍCULO 127. MEDIDAS CAUTELARES EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adicionar un nuevo parágrafo al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 así:

'Parágrafo 3o. La Superintendencia Nacional de Salud, deberá:

1. Ordenar, dentro del proceso judicial, las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.

2. Definir en forma provisional la Entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o

atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de afiliación múltiple y movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para tal efecto, el funcionario competente en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará, antes de emitir su fallo definitivo o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del Comité Técnico-Científico, según sea el caso'.

ARTÍCULO 128. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO. La Superintendencia Nacional de Salud aplicará las multas o la revocatoria de la licencia de funcionamiento realizando un proceso administrativo sancionatorio consistente en la solicitud de explicaciones en un plazo de cinco (5) días hábiles después de recibida la información, la práctica de las pruebas a que hubiere lugar en un plazo máximo de quince (15) días calendario, vencido el término probatorio las partes podrán presentar alegatos de conclusión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. La Superintendencia dispondrá de un término de diez (10) días calendario después del vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión para imponer la sanción u ordenar el archivo de las actuaciones. Si no hubiere lugar a decretar pruebas, se obviará el término correspondiente. La sanción será susceptible de los recursos contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO. Con sujeción a lo anterior y teniendo en cuenta en lo que no se oponga, lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante acto administrativo, desarrollará el procedimiento administrativo sancionatorio, respetando los derechos al debido proceso, defensa, contradicción y doble instancia.

ARTÍCULO 129. NORMAS DE PROCEDIMIENTO INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA. El Gobierno Nacional reglamentará las normas de procedimiento a aplicar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud en los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación, administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud cualquiera sea la denominación que le otorgue el ente territorial en los términos de la ley y los reglamentos.

ARTÍCULO 130. CONDUCTAS QUE VULNERAN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y EL DERECHO A LA SALUD. La Superintendencia Nacional de Salud, impondrá multas en las cuantías señaladas en la presente ley o revocará la licencia de funcionamiento, si a ello hubiere lugar, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quien haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, por incurrir en las siguientes conductas:

130.1 Violar la Ley 1098 de 2006 en lo relativo a la prestación de servicios de salud.

130.2 Aplicar preexistencias a los afiliados por parte de la Entidad Promotora de Salud.

130.3 Impedir u obstaculizar la atención inicial de urgencias.

130.4 Poner en riesgo la vida de las personas de especial protección constitucional.

130.5 No realizar las actividades en salud derivadas de enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, accidentes de tránsito y eventos catastróficos.

130.6 Impedir o atentar en cualquier forma contra el derecho a la afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, por parte del empleador y, en general, por cualquier persona natural o jurídica.

130.7 Incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

130.8 Incumplir con las normas de afiliación por parte de los empleadores, contratistas, entidades que realizan afiliaciones colectivas o trabajadores independientes.

130.9 Incumplir la Ley 972 de 2005.

130.10 Efectuar por un mismo servicio o prestación un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

130.11 Efectuar cobros al Sistema General de Seguridad Social en Salud con datos inexactos o falsos.

130.12 No reportar oportunamente la información que se le solicite por parte del Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, por o por la Comisión de Regulación en Salud o quien haga sus veces.

130.13 Obstruir las Investigaciones e incumplir las obligaciones de información.

130.14 Incumplir con el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 131. VALOR DE LAS MULTAS POR CONDUCTAS QUE VULNERAN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y EL DERECHO A LA SALUD. Además, de las acciones penales, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, las multas a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quienes hagan sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado oscilarán entre diez (10) y doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.

Las multas a las personas jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud se impondrán hasta por una suma equivalente a dos mil quinientos (2.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.

Las multas se aplicarán sin perjuicio de la facultad de revocatoria de la licencia de funcionamiento cuando a ello hubiere lugar.

ARTÍCULO 132. MULTAS POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN APLICABLE AL CONTROL DE

PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS. La Superintendencia de Industria y Comercio impondrá multas hasta de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMLMV) a cualquiera de las entidades, agentes y actores de las cadenas de producción, distribución, comercialización y otras formas de intermediación de medicamentos, dispositivos médicos o bienes del sector salud, sean personas naturales o jurídicas, cuando infrinjan el régimen aplicable al control de precios de medicamentos o dispositivos médicos. Igual sanción se podrá imponer por la omisión, renuencia o inexactitud en el suministro de la información que deba ser reportada periódicamente.

Cuando se infrinja el régimen de control de precios de medicamentos y dispositivos médicos acudiendo a maniobras tendientes a ocultar a través de descuentos o promociones o en cualquier otra forma el precio real de venta, se incrementará la multa de una tercera parte a la mitad.

PARÁGRAFO. El pago de las multas que se impongan a título personal debe hacerse con recursos de su propio patrimonio y, en consecuencia, no se puede imputar al presupuesto de la entidad de la cual dependen, lo que procederá siempre que se pruebe que hubo negligencia por falta del funcionario.

ARTÍCULO 134. DOSIFICACIÓN DE LAS MULTAS. Para efectos de graduar las multas previstas en la presente ley, se tendrán en cuenta los siguientes criterios

134.1 El grado de culpabilidad

134.2 La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, en especial, respecto de personas en debilidad manifiesta o con protección constitucional reforzada.

134.3 Poner en riesgo la vida o la integridad física de la persona.

134.4 En función de la naturaleza del medicamento o dispositivo médico de que se trate, el impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

134.5 El beneficio obtenido por el infractor con la conducta en caso que este pueda ser estimado.

134.6 El grado de colaboración del infractor con la investigación.

134.7 La reincidencia en la conducta infractora.

134.8 La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de Seguridad Social en Salud, al régimen de control de precios de medicamentos o dispositivos médicos.

134.9 Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta y los motivos determinantes del comportamiento.

ARTÍCULO 135. COMPETENCIA DE CONCILIACIÓN. La Superintendencia Nacional de Salud podrá actuar como conciliadora de oficio o a petición de parte en los conflictos que surjan entre el administrador del Fosyga, las Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios, las compañías aseguradoras del SOAT y entidades territoriales.

TÍTULO VIII.

DE LOS USUARIOS DEL SISTEMA.

ARTÍCULO 136. POLÍTICA NACIONAL DE PARTICIPACIÓN SOCIAL. El Ministerio de la Protección Social definirá una política nacional de participación social que tenga como objetivos:

136.1 Fortalecer la capacidad ciudadana para intervenir en el ciclo de las políticas públicas de salud: diseño, ejecución, evaluación y ajuste.

136.2 Promover la cultura de la salud y el autocuidado, modificar los factores de riesgo y estimular los factores protectores de la salud.

136.3 Incentivar la veeduría de recursos del sector salud y el cumplimiento de los planes de beneficios.

136.4 Participar activamente en los ejercicios de definición de política.

136.5 Participar activamente en los ejercicios de presupuestación participativa en salud.

136.6 Defender el derecho de la salud de los ciudadanos y detectar temas cruciales para mejorar los niveles de satisfacción del usuario.

ARTÍCULO 137. DEFENSOR DEL USUARIO DE LA SALUD. Para financiar el Defensor del Usuario

en Salud de que trata el artículo 42 de la Ley 1122 de 2007, la tasa establecida en el artículo 98 de la Ley 488 de 1998, deberá incluir el costo que demanda su organización y funcionamiento.

ARTÍCULO 138. ANTITRÁMITES EN SALUD. El Gobierno Nacional, dentro de los doce (12) meses siguientes a la promulgación de esta ley, deberá adoptar un Sistema Único de Trámites en Salud que incluirá los procedimientos y formatos de la afiliación y el recaudo, así como de la autorización, registro, auditoría, facturación y pago de los servicios de salud.

ARTÍCULO 139. DEBERES Y OBLIGACIONES. Los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud deberán cumplir los siguientes deberes y obligaciones:

139.1 Actuar frente al sistema y sus actores de buena fe.

139.2 Suministrar oportuna y cabalmente la información que se les requiera para efectos del servicio.

139.3 Informar a los responsables y autoridades de todo acto o hecho que afecte el sistema.

139.4 Procurar en forma permanente por el cuidado de la salud personal y de la familia y promover las gestiones del caso para el mantenimiento de las adecuadas condiciones de la salud pública.

139.5 Pagar oportunamente las cotizaciones e impuestos y, en general, concurrir a la financiación del sistema.

139.6 Realizar oportuna y cabalmente los pagos moderadores, compartidos y de recuperación que se definan dentro del sistema.

139.7 Contribuir según su capacidad económica al cubrimiento de las prestaciones y servicios adicionales a favor de los miembros de su familia y de las personas bajo su cuidado.

139.8 Cumplir las citas y atender los requerimientos del personal administrativo y asistencial de salud, así como brindar las explicaciones que ellos les demanden razonablemente en ejecución del servicio.

139.9 Suministrar la información veraz que se le demande y mantener actualizada la información que se requiera dentro del sistema en asuntos administrativos y de salud.

139.10 Participar en las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del sistema

139.11 Hacer un uso racional de los recursos del sistema.

139.13 Hacer uso, bajo criterios de razonabilidad y pertinencia, de los mecanismos de defensa y de las acciones judiciales para el reconocimiento de derechos dentro del sistema.

139.14 Participar en los procesos de diseño y evaluación de las políticas y programas de salud; así como en los ejercicios de presupuestación participativa en salud.

TÍTULO IX.

OTRAS DISPOSICIONES.

ARTÍCULO 140. ENFERMEDADES HUÉRFANAS. Modificase el artículo 2o de la Ley 1392 de 2010, así:

‘Artículo 2o. Denominación de las enfermedades huérfanas. Las enfermedades huérfanas son aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, comprenden, las enfermedades raras, las ultrahuérfanas y olvidadas. Las enfermedades olvidadas son propias de los países en desarrollo y afectan ordinariamente a la población más pobre y no cuentan con tratamientos eficaces o adecuados y accesibles a la población afectada.

PARÁGRAFO. Con el fin de mantener unificada la lista de denominación de las enfermedades huérfanas, el Ministerio de la Protección Social emitirá y actualizará esta lista cada dos años a través de acuerdos con la Comisión de Regulación en Salud (CRES), o el organismo competente’.

ARTÍCULO 141. DE LOS SERVICIOS QUE PRESTAN LAS CUIDADORAS Y LOS CUIDADORES AL INTERIOR DEL HOGAR. Los servicios que prestan las cuidadoras y los cuidadores al interior del hogar relacionados con el autocuidado y mutuo cuidado de la salud de todos los miembros del hogar, serán registrados en las cuentas nacionales de salud de manera

periódica y pública, según los criterios que defina el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Este reconocimiento no implicará gastos por parte del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO. De acuerdo con lo ordenado por la Ley 1413 de 2010, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística hará una encuesta de uso del tiempo que permitirá contabilizar el monto al que hace alusión el artículo anterior.

ARTÍCULO 142. DIFUSIÓN Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA LEY. El Ministerio de la Protección Social, con las entidades adscritas y vinculadas al sector salud, deberá organizar y ejecutar un programa de difusión del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de capacitación a las autoridades locales, las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras, trabajadores y, en general, a los usuarios que integren el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ARTÍCULO 143. PRUEBA DEL ACCIDENTE EN EL SOAT. Para la prueba del accidente de tránsito ante la aseguradora del SOAT, será suficiente la declaración del médico de urgencias sobre este hecho, en el formato que se establezca para el efecto por parte del Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de la intervención de la autoridad de tránsito y de la posibilidad de que la aseguradora del SOAT realice auditorías posteriores.

PARÁGRAFO. SISTEMA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL SOAT. El Gobierno Nacional reglamentará en un término de seis (6) meses, el Sistema de Reconocimiento y pago de la atención de las víctimas de accidentes de tránsito (SOAT), disminuyendo los trámites, reduciendo los agentes intervinientes, racionalizando el proceso de pago y generando eficiencia y celeridad en el flujo de los recursos.

ARTÍCULO 144. DE LA REGLAMENTACIÓN E IMPLEMENTACIÓN. El Gobierno Nacional en un lapso no mayor de un mes a partir de la vigencia de la presente ley, establecerá un cronograma de reglamentación e implementación de la presente ley y la Ley 1164 de 2007, mediante acto administrativo.

El Gobierno Nacional tendrá hasta seis (6) meses a partir de la vigencia de esta ley para reglamentar y aplicar los artículos 26, 29, 31, 50 y 62 de la misma; y de hasta doce (12) meses para el artículo 118.

ARTÍCULO 145. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias, en especial los párrafos de los artículos 171, 172, 175, 215 y 216 numeral 1 de la Ley 100 de 1993, el párrafo del artículo 3º, el literal (c) del artículo 13, los literales (d) y (j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 121 del Decreto-ley 2150 de 1995, el numeral 43.4.2 del artículo 43 y los numerales 44.1.7, 44.2.3 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, así como los artículos relacionados con salud de Ley 1066 de 2006.

El Presidente del honorable Senado de la República,

ARMANDO ALBERTO BENEDETTI VILLANEDA.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

CARLOS ALBERTO ZULUAGA DÍAZ.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 19 de enero de 2011.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

JUAN CARLOS ECHEVERRY GARZÓN.

El Ministro de la Protección Social,

MAURICIO SANTA MARÍA SALAMANCA.”

III. LAS DEMANDAS

3.1. En concreto, el ciudadano Isaac Rivas Quinto (exp. D-8911) afirmó que la Ley 1438 de 2011 desconoció los artículos 9, 93 y 94 de la Constitución, pues no se adelantó la consulta previa e informada a los grupos étnicos, principalmente a las “comunidades negras”, tal como exige el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, que hace parte del bloque de constitucionalidad al ser ratificado por la Ley 21 de 1991.

Explicó que el artículo 6° del Convenio exige que se realice la consulta respectiva a los pueblos interesados, mediante los medios apropiados, cuando se preparen medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, pero que para la adopción de la Ley 1438 de 2011 no se realizó.

Agregó que durante el debate que antecedió a la adopción de dicha ley, el Congreso consideró que no debería realizarse consulta previa a las comunidades indígenas, atendiendo que se expediría una norma especial en materia de salud, pero frente a las comunidades negras se guardó silencio.

Sintetizó que el legislador falló en su ejercicio constitucional al expedir la ley demandada, habida cuenta que debía observar obligatoriamente lo relacionado con la consulta previa con los integrantes de los diferentes grupos étnicos, para el presente caso las comunidades negras, afectando así ese derecho fundamental que les es propio, al igual que su autonomía e identidad cultural.

Planteó que la norma desconoce la facultad de esos grupos a manejar autónomamente un derecho fundamental como la seguridad social y la salud, máxime cuando el Estado debe respetar, conservar y promover los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales de las comunidades negras, “como se desprende de los artículos 24, 25 numerales 1, 2, 3, 4 del citado convenio, que hace parte del bloque de constitucionalidad”¹.

El actor solicitó entonces que se retire del ordenamiento jurídico la Ley 1438 de 2011, al

existir vicios en su formación que desconoce la constitución y conculcan los derechos fundamentales de las comunidades negras.

3.2. El ciudadano Aycardo González Gálvez (exp. D-8915) concuerda en que la Ley 1438 de 2011 es inexecutable, al haber sido aprobada, sin la concertación de las comunidades afrodescendientes e indígenas interesadas.

IV. INTERVENCIONES

4.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En marzo 1º de 2012, este Ministerio intervino mediante una delegada del Ministro, quien solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la ley⁴.

Luego de analizar con detenimiento el contenido normativo de la Ley 1438 de 2011, aseveró que esa norma otorga herramientas al sistema para mejorar la calidad y oportunidad en la prestación de los servicios de salud, pero no establece reglas específicas aplicables a regímenes especiales diferentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ni a grupos étnicos, diferentes a todos los residentes del país⁵.

Afirmó que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT fija el derecho que tienen los pueblos indígenas y tribales a la consulta, siempre que se trate de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente, sin que sea exigible cuando no tengan incidencia efectiva sobre las comunidades⁶.

Una vez reseñó la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la consulta previa, indicó que la Ley 1438 de 2011 no requería agotar de ese procedimiento, habida cuenta que no tiene como objetivo regular de forma específica la prestación de los servicios de salud a las comunidades negras.

En la intervención se sintetizó:

“A partir de la jurisprudencia citada, es posible concluir que la Ley 1438 de 2011 no es violatoria del derecho a la consulta previa toda vez que la misma: (i) es una norma general, que no contiene aspectos específicos que afecten directamente a las comunidades indígenas y tribales (no les impone restricciones ni les confiere beneficios); (ii) la ausencia de

regulación específica dentro de la ley frente a estos grupos no constituye en una omisión frente al deber de consulta; (iii) las comunidades tuvieron la posibilidad en todo caso de acudir a los canales ordinarios de participación previstos para todos los ciudadanos; (iv) la actuación del Estado en el ámbito de sus competencias para regular un asunto general, como lo es la seguridad social en salud no tiene que ser sometido a consulta, considerar lo contrario es exceder el ámbito de aplicación del Convenio 169 de la OIT.”⁷

Planteó que la ley censurada es exequible, pues “no constituye ni contiene medidas legislativas que afecten en forma directa a las comunidades indígenas y afro descendientes colombianas y, en consecuencia, su consulta previa no era obligatoria. Se considera que la afectación que se puede derivar de esta ley frente a estos grupos étnicos no es distinta de la que se produce para los demás colombianos, la cual proviene del efecto general que, en principio, tienen las leyes lo que excluye la presencia de una afectación directa, resultando improcedente este cargo de la demanda”⁸.

Tratándose de la presunta vulneración del derecho a la participación ciudadana, sostuvo que en el presente asunto, el legislador amplió la posibilidad de participación de los ciudadanos y de diversos sectores de la sociedad al realizar audiencias regionales y mesas temáticas.

En escrito de marzo 1º de 2012, el coordinador del Grupo de Acciones Constitucionales del Consultorio Jurídico de esta Universidad solicitó declarar inexecutable la Ley 1438 de 2011, por inobservancia del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad⁹.

Luego de analizar la consulta previa contenida en el referido Convenio, aseveró que la Ley 1438 de 2011 “es el matriz organizacional del derecho a la seguridad social en salud, que afecta directamente a los grupos étnicos y tiene efectos sobre su identidad cultural, usos, tradiciones y costumbres”¹⁰.

Consideró entonces que se debió consultar previamente con las comunidades étnicas, “pues se afectaban directamente, tanto en cuanto colectivos como a cada uno de sus integrantes. Y como no se hizo se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada”¹¹.

4.3. Ministerio de Salud y Protección Social

En escrito de marzo 1º de 2012¹², ese Ministerio intervino mediante apoderada, quien solicitó declarar exequible la Ley 1438 de 2011.

Indicó que durante el proceso de adopción de la referida ley, el Ministerio convocó a los actores del sistema y al público en general, para que participaran en espacios de discusión técnica celebrados entre septiembre 21 y 30 de 2010, donde se establecieron los principales lineamientos de la reforma, dando lugar entonces a una amplia participación ciudadana.

Afirmó que el Ministerio también adelantó ocho audiencias regionales sobre la reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, acogiendo en muchos casos las oposiciones de los participantes.

Sostuvo entonces que la ley contó con un amplio debate democrático, pluralista, incluyente y participativo, siendo superada la censura que considera que no existió la adecuada participación ciudadana.

Tratándose de la consulta previa que se echa de menos en las demanda, en su sentir tal cargo no está llamado a prosperar, como quiera que “no existe, realmente, una obligación de consulta a la ciudadanía de un proyecto de ley”¹³.

Luego de realizar una reseña de múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con la consulta previa, concluyó que la Ley 1438 de 2011 no está destinada a regular temas específicos de los pueblos o grupos étnicos, por ende¹⁴:

“- No estamos en presencia de una materia que pos disposición (sic) constitución expresa debe ser sometida a consulta. En efecto, la (sic) revisar el ordenamiento constitucional no aparece norma alguna que precise tal obligación en materia de salud, como sí ocurre, por ejemplo, con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (art. 330, párrafo). En general, el artículo 49, con sus reformas, precisa que los servicios de salud se organizarán ‘con participación de la comunidad’.

- Finalmente, y como quedó demostrado, no existe una regulación sistemática de aspectos que conforme tal identidad.

... ..

Para lo que nos concierne, es claro que la regulación proyectada no afecta directamente a las comunidades indígenas ni demás grupos étnicos y, por lo tanto, no debió surtir el proceso especial y cualificado de consulta previa, sin perjuicio de que se admita su participación en los términos generales que se han previsto.”

4.4. Respuesta del director de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM del Ministerio del Interior.

En escrito de marzo 5 de 2012, el director de Asuntos Indígenas, Minorías y Pueblos Gitanos o ROM, en adelante ROM, esa dependencia indicó que “revisadas la totalidad de las actas de la Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos y Organizaciones Indígenas desde 1996 a la fecha y las actas correspondientes a las mesas de Diálogo del Pueblo ROM desde el primero de diciembre del 2010, no aparece ningún registro del proceso de consulta previa de la Ley 1438 de 2011” 15 (no está en negrilla en el texto original).

4.5. Intervención del Secretario General de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República.

En marzo 9 de 2012, Jesús María España Vergara, secretario general de la Comisión Séptima Constitucional Permanente y de las Comisiones Séptimas Constitucionales Permanentes en Sesiones Conjuntas, que tramitaron y aprobaron en primer debate la Ley 1438 de 2011, intervino en defensa de su exequibilidad, pues no contraviene el ordenamiento constitucional ni el artículo 330 superior¹⁶.

Aseveró que dicha ley es la respuesta del Congreso, con el acompañamiento del Gobierno, “a muchas de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-760 de octubre (sic) de 2008. Si la Corte llegara a declarar la inexecutable de esta ley, por no haberse realizado una consulta previa a los pueblos indígenas e igualmente a las comunidades negras o afrodescendientes, entraría la Corte a plantear una profunda disyuntiva sobre el cómo se debe hacer para que se cumplan las órdenes impartidas en el fallo de tutela aquí citado”¹⁷.

Luego de citar en extenso diferentes sentencia de la Corte Constitucional relacionadas con la consulta previa, solicitó declarar executable la Ley 1438 de 2011, frente al cargo invocado en la demanda.

4.6. Ministerio del Trabajo

En escrito de marzo 13 de 2012¹⁸, el Ministerio intervino mediante apoderada, quien solicitó declarar exequible la ley demandada, pues en su sentir no hay violación de los artículos superiores invocados. Sin embargo, su argumentación se encamina a señalar que la demanda no resulta idónea.

Explicó que la Directiva Presidencial 01 de 2012, establece las acciones que no requiere la garantía del derecho a la consulta previa y entre ellas: “Medidas legislativas o administrativas que no afecten a los Grupos Étnicos Nacionales. Tal es el caso de... medidas sobre seguridad social, siempre y cuando no reduzcan la calidad de vida de los grupos étnicos.”¹⁹

Planteó que la Ley 1438 de 2011 no es inconstitucional, “puesto que esta ley tiene como objeto el fortalecimiento del sistema general en seguridad social en salud a través de un modelo de prestación de servicio público en salud que en el marco de la estrategia (sic) atención primaria en salud permita la acción coordinada del Estado, a las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor de calidad, incluyente y equitativo”²⁰.

Señaló así que “la Ley 1438 de 2011 en ningún momento está reduciendo la calidad de vida de los grupos étnicos, por el contrario, contribuye de forma integrada a la universalización y la equidad en el acceso a la salud que tanto se quiere, salvaguardando las personas, su condición política, su desarrollo económico, social y cultural, de la misma manera que asumen el control de sus propias instituciones para fortalecer su identidad cultural, formas de vida, lenguas, prácticas y religión de los pueblos indígenas y tribales”²¹.

Con todo, indicó que la demanda no reúne los requisitos esenciales para emitir un fallo de fondo, pues no explicó con suficiencia los motivos por los cuales la norma demandada contraria la Constitución.

4.7. Respuesta del director de Asuntos para Comunidades Negras Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior

En escrito de junio 14 de 2012²², el director de esa dependencia, luego de analizar

brevemente jurisprudencia de la Corte, señaló que “para el caso en concreto de la Ley 1438 de 2011, no procede el trámite de la consulta previa, toda vez que la ley es de carácter general e impersonal y no existe afectación a los grupos étnicos, es por esta razón que el escindido Ministerio de la Protección Social no presentó a esta Dirección el proyecto de ley para que se adelantara la consulta previa a la Ley 1438 de 2011”²³.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En concepto 5328 de marzo 14 de 2012, el señor Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional declarar exequible la Ley 1438 de 2011²⁴, como quiera que no afecta de manera específica a las “comunidades negras en su calidad de tales..., sino que corresponde a una previsión uniforme para la generalidad de los colombianos”²⁵.

Luego de reseñar aspectos del Convenio 169 de la OIT y del fallo C-915 de 2010, explicó que la ley demandada “se enmarca dentro de los parámetros previstos en los artículos 48 y 49 superiores, pues su propósito es reformar el Sistema General de Seguridad Social en Salud y dictar otras disposiciones. Esta tarea es general, impersonal y abstracta, y está encaminada a mejorar la eficiencia del sistema, a partir de la igualdad y la solidaridad en el trato, tanto en cobertura como en calidad, para todas las personas”²⁶.

Finalmente, aseveró que “si bien las personas tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan, de ello no se sigue que la participación en todos los casos deba ser directa. En algunos casos, que en realidad son la mayoría, las decisiones las toman los representantes de estas personas, elegidos por ellas para ocupar curules en el Congreso de la República. Y lo hacen con arreglo a procedimientos preestablecidos, de manera pública, dentro de los parámetros previstos por la Carta”²⁷.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1.- Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución, la Corte es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por vicios de contenido material o de fondo, como por aquellos de carácter formal o procedimental suscitados en su elaboración, siendo la presente

acción fruto de la acusación contra la totalidad de la Ley 1439 de 2011.

2.- Lo que se debate

Según los actores y el coordinador del Grupo de Acciones Constitucionales del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás en Bogotá, la Ley 1438 de 2011 es inexecutable, porque se incumplió con la obligación de realizar la consulta previa, libre e informada, a las comunidades afrodescendientes, raizales y/o población gitana o ROM, desconociendo la Constitución y el Convenio 169 de la OIT.

En contraposición con lo expuesto, los demás intervinientes consideran que la Ley 1438 de 2011 es una norma general y abstracta que no afecta específicamente a esas comunidades, por lo tanto, no era obligatorio agotar la consulta previa, antes de su aprobación por el Congreso.

A su vez, el Ministerio del Trabajo considera que la demanda no reúne los presupuestos necesarios para emitir un fallo de fondo, por falta de suficiencia en la argumentación. Con todo, también indicó que en el presente evento la consulta previa no era necesaria, por ende no se desconoció la Constitución.

Corresponde en primer lugar a esta corporación determinar si la censura invocada en las demandas cumple con los contenidos del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 y los demás presupuestos ampliamente desarrollados por la jurisprudencia constitucional, y constatado su cumplimiento, proceder al respectivo análisis de fondo.

Ahora bien, para efectos del análisis puesto en consideración de la Corte Constitucional, luego de analizar la aptitud sustantiva de las demandas, se reiterará: (i) la jurisprudencia relacionada con la consulta previa de las minorías étnicas, cuando se pretendan adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten; (ii) algunos de los derechos de los grupos étnicos afrocolombianos, raizales y/o ROM, entre otros; (iii) el estudio normativo previamente realizado por la Sala Plena a la norma ahora demandada; y, finalmente se establecerá si le asiste o no razón a los actores.

3. Aptitud sustantiva de las demandas en el presente evento

3.1. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 establece los requisitos mínimos que

razonablemente²⁸ deben contener las demandas de constitucionalidad para su admisión. Según lo allí indicado, es imperativo señalar con claridad las normas que son censuradas como inconstitucionales, al igual que la preceptiva superior que se considera infringida y explicar las razones por los cuales se estima que presuntamente las primeras violan o desconocen la segunda.

Otra parte fundamental de los indicados requisitos es la formulación de cargos de inconstitucionalidad contra las normas demandadas, esto es, la sustentación de los distintos argumentos por los cuales el ciudadano demandante advierte que aquéllas contrarían uno o más preceptos superiores. Al respecto, en atención a lo cuestionado por la apoderada del Ministerio del Trabajo, recuérdese que la jurisprudencia tiene establecido que las razones presentadas por el actor para sustentar la inconstitucionalidad de la disposición acusada, deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes²⁹.

La adecuada presentación del concepto de violación permite a la Corte desarrollar su función de defensa de la Constitución en debida forma, en tanto delimita el campo en el cual se hará el respectivo análisis de constitucionalidad, sin que ello implique una restricción de los derechos políticos del demandante, pero sí el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente al juez constitucional para poder proferir un pronunciamiento de fondo, evitando un fallo inhibitorio³⁰.

Reitérese, en cuanto al concepto de la violación, que la jurisprudencia ha sido constante³¹ en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, en cuanto la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que se precise la manera como la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución, formulando al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta a la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto se debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y que despierten duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

Esta carga mínima de argumentación que debe exponer el ciudadano, resulta indispensable para adelantar el juicio de constitucionalidad, no obstante la naturaleza pública e informal que caracteriza a la acción de inexecuibilidad; de no atenderse dicho presupuesto podría generarse la inadmisión de la demanda, su posterior rechazo de no subsanarse, o un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial del escrito con el que se pretende enervar la acción, sin que ello implique una restricción de los derechos políticos del demandante, pero sí el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente al juez constitucional, para poder proferir un pronunciamiento de fondo³².

Sobre este tema, ha expuesto la Corte que: “la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prima facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, sí despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional” ³³.

3.2. Con todo, la Corte ha dicho que en aplicación del principio pro actione, la exigencia de los requisitos formales para la presentación de una demanda, (i) no debe tener tal rigorismo que haga nugatorio ese derecho ciudadano, (ii) debiendo propender el juez constitucional hacia un fallo de fondo y no uno inhibitorio; por ende, (iii) la duda debe resolverse a favor del actor.

Al respecto, en la sentencia C-978 de diciembre 1° de 2010³⁴, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, se indicó (no está en negrilla en el texto original):

“No obstante, también ha resaltado, con base en el principio de pro actione que el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte³⁵. Este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado³⁶; en tal medida, ‘el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un

método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.'37"

3.3. Las demandas reúnen los requisitos formales y de fondo exigidos por el Decreto 2067 de 1991, y de manera explícita, los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, pues sus planteamientos contra la norma impugnada reúnen las exigencias necesarias para provocar un estudio de constitucionalidad, al identificar el texto acusado y esbozar el cargo, generando una duda razonable sobre su exequibilidad, partiendo de la posible contradicción con algunos de los textos superiores que invoca.

Los actores acusan concretamente la Ley 1438 de 2011 y señalaron en forma precisa que esa norma desconoce no sólo la Constitución, sino el bloque de constitucionalidad (art. 93 ib.) que reconoce la fuerza vinculante, en este caso, del Convenio 169 de la OIT de 1989, ratificado mediante la Ley 21 de 1991.

Explicaron que ese Convenio reconoce el derecho fundamental no sólo a los pueblos indígenas, sino también a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, entre otras, a ser consultados previamente de aquellas medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente.

En sentir de los demandantes, la Ley 1438 de 2011 desconoce el deber del Estado de respetar, conservar y promover los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales de esas comunidades.

3.4. Las demandas cumplen entonces los presupuestos para que esta corporación profiera un fallo de fondo, contrario a lo expuesto por la apoderada del Ministerio del Trabajo que propone la inhibición, sin que ello signifique que el cargo está llamado a prosperar.

4. El derecho a la consulta previa

4.1. La especial protección conferida por el derecho a la consulta consiste en la realización de un proceso mediante el cual el Estado garantiza a los grupos étnicos, potencialmente implicados y a sus autoridades propias la participación directa y el acceso a la información sobre iniciativas o proyectos, tanto de contenido normativo como de otra naturaleza.

La consulta busca permitir la identificación y el consenso frente a los impactos positivos y/o negativos de los proyectos en cuestión y salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales existentes en la región de que se trata, para lo cual debe facilitarse y permitir la participación activa de los grupos interesados en las discusiones previas, así como en la efectiva toma de decisiones, las cuales deberán ser concertadas, en la medida de lo posible, siempre salvaguardando la buena fe.

4.2. El derecho a la consulta previa se sustenta en dos referencias normativas precisas, la primera de las cuales se encuentra en la Constitución de 1991, cuyo artículo 330, relacionado con las funciones de los territorios indígenas, establece en su párrafo la obligación del Estado de propiciar la participación de sus representantes en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales dentro de tales territorios, lo que a su vez ha sido entendido como una manifestación específica del principio participativo (arts. 1º, 2º y 40 ib.).

La otra fuente relevante en relación con el tema es el referido Convenio 169 de la OIT38, varias de cuyas cláusulas (arts. 15, 17, 22, 27 y 28 ib.) establecen la obligación de adelantar consultas sobre temas específicos, y cuyos artículos 6º y 7º plantean además, como reglas generales: (i) el deber de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”; y (ii) el derecho de éstos a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”, así como a “participar en la formulación, aplicación o evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

4.3. El derecho a la consulta previa ha tenido gran importancia y amplio desarrollo en el país durante las dos últimas décadas, a partir de la casi simultánea entrada en vigencia de esas dos fuentes normativas. Por ello, el tema ha sido objeto de permanente análisis por parte de esta corporación, que a través de los años ha consolidado una nutrida línea jurisprudencial sobre la materia, tanto en decisiones de tutela como de constitucionalidad, ello en razón a que siendo la consulta un mecanismo de protección de la diversidad étnica y cultural, y un derecho fundamental, gran parte de los casos relativos a los derechos de las minorías

raciales involucran este factor.

La consagración del derecho a la consulta previa como institución básica del marco jurídico aplicable a los pueblos indígenas y tribales en los países independientes, es un elemento distintivo del Convenio 169 de la OIT. Como la jurisprudencia lo ha explicado, este instrumento fue adoptado como producto de una nueva y más moderna aproximación a la situación de tales pueblos en todas las regiones del mundo, que busca eliminar la tendencia hacia la integración o asimilación de tales comunidades con los grupos predominantes, que prevaleció en décadas anteriores, tal como puede apreciarse en el antiguo Convenio 107 suscrito en 1957, para en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida son permanentes y perdurables, dado el interés que asiste a toda la comunidad de que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado³⁹.

Según se desprende de lo previsto en los artículos 6° y 7° del Convenio 169, el deber de consulta con las diferentes comunidades tiene dos tipos de escenarios en los que debe materializarse: (i) el relacionado con la acometida de grandes proyectos, incluyendo la construcción de obras de infraestructura (puentes, carreteras, hidroeléctricas u otras semejantes), como también las exploraciones mineras o de otros recursos naturales, entre ellos el petróleo, en territorios ocupados por tales grupos o respecto de los cuales aquéllas tienen una vinculación especial, casos en los cuales la Constitución ordena la previa realización de la consulta, y su omisión puede ocasionar la paralización de tales iniciativas hasta tanto aquélla se realice⁴⁰, además de responsabilidades de otro tipo; (ii) el atinente a la aprobación de iniciativas normativas, a nivel legislativo, administrativo y aún constitucional, casos en los cuales la no realización de la consulta que debiera haberse adelantado puede acarrear la inexecutable de las medidas así adoptadas⁴¹.

Así, es posible apreciar la existencia de dos grandes tipos de compromisos para los Estados signatarios de este Convenio. El primero se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo tal que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos y se desenvuelva en un marco de igualdad, 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”. El segundo alude a la

manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas, las cuales tienen como ejes la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía⁴².

4.4. Planteado el sentido general del derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa de determinadas decisiones públicas, e incluso privadas, es del caso señalar las condiciones y circunstancias en que tales consultas deberán realizarse, a falta de una precisa regulación legal, que se echa de menos.

En primer término, y en efecto, es necesario reconocer que no existe una norma específica, de carácter constitucional, legal o administrativo, que de manera directa e integral precise las hipótesis en las que tales consultas deberán adelantarse. Existen, sin embargo, distintos referentes que la Corte considera oportunos para decidir sobre la procedencia de la consulta frente a un caso concreto, derivados de una interpretación armónica de los preceptos superiores a que se ha hecho referencia, las demás normas que integran el bloque de constitucionalidad, particularmente el referido Convenio 169 de la OIT y su documento Guía de Aplicación, las Leyes 70 y 99 de 1993, la jurisprudencia de esta corporación sobre la materia, y algunas otras normas de carácter administrativo, entre ellas el Decreto 1320 de 1998, aún vigente⁴³.

Ahora bien, para efectos de dar cumplimiento a esta obligación en los casos en que ello resulta imperativo, deben considerarse algunos parámetros y reglas ya suficientemente decantadas y consolidadas en reiterados fallos de esta Corte, relativas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que deberán rodear el proceso consultivo para que éste pueda ser considerado válido y vinculante.

Así por ejemplo, se ha precisado que la consulta previa no es un mero trámite, ni una diligencia que se agota de manera puramente formal al margen de su resultado efectivo, sino una verdadera oportunidad de interacción en la que, de manera razonable y sin límites estrictos de tiempo o de otra naturaleza, las comunidades interesadas puedan dar su consentimiento, para lo cual deben comprender a cabalidad, y evaluar los pros y contras de la iniciativa que se propone, formular sus observaciones dentro de un ambiente de diálogo franco y respetuoso y, participar de la decisión que se adopte.

Sin embargo, ante la ausencia de una normatividad que de manera concreta establezca la forma en que han de realizarse estas consultas, así como a la diversidad de circunstancias en

las que ellas resultan necesarias, la Corte ha resaltado que corresponde al Estado definir las condiciones específicas en que se cumplirá la consulta “de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”⁴⁴.

Al mismo tiempo, ha resaltado la Corte, ello no implica que el procedimiento de consulta quede enteramente librado a la discrecionalidad de las autoridades, pues por el contrario deberá garantizarse que el mismo cumpla fielmente los objetivos originalmente previstos en el pluricitado Convenio 169 de la OIT⁴⁵.

En torno a la efectividad de los trámites consultivos, de igual manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado, dentro del marco de sus competencias, en términos semejantes a los de esta corporación, resaltando que éstos deben tener lugar dentro de una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas⁴⁶.

También en relación con las condiciones en que debe realizarse la consulta, desde el fallo SU-039 de 1997, este tribunal ha dicho que se torna imperativo:

“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”

Ahora bien, en torno a este mismo tema, la ya citada sentencia T-129 de 2011 realizó una recopilación de los requisitos que, según se ha explicado en este acápite, deben observarse para que un procedimiento consultivo pueda ser válido y efectivo frente a los casos en que resulte jurídicamente obligatorio.

Entre aquellas reglas no expresamente referidas en los párrafos precedentes pueden desatacarse las siguientes:

i. que dentro del trámite de la consulta no se admiten posturas adversariales o de confrontación, pues el objetivo de este procedimiento es promover el diálogo en condiciones de igualdad entre las partes interesadas;

i. que la consulta debe adelantarse teniendo como premisa un enfoque diferencial, vista la diversidad de concepciones normalmente existentes entre los grupos étnicos y aquellos otros usualmente considerados predominantes;

i. que debe fijarse un cronograma del procedimiento consultivo dentro del cual ha de contemplarse tanto una fase de preconsulta como también las de post-consulta o seguimiento;

i. que es necesario realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego a partir del cual los derechos e intereses de las comunidades étnicas no resulten sometidos a más limitaciones que aquellas que sean constitucionalmente imperiosas;

i. que las autoridades en materia ambiental y arqueológica no expidan licencias ambientales ni autoricen la iniciación de obras sin la previa comprobación de que se ha adelantado el procedimiento de consulta que resulte aplicable y se ha adoptado, si así se requiere, un Plan

de Manejo Arqueológico conforme a la ley;

i. que dentro del marco del proceso consultivo se garantice que los beneficios sociales que se deriven de la ejecución de la obra o proyecto propuesto sean compartidos con las comunidades afectadas;

i. que los grupos étnicos en cuyo interés se realiza la consulta cuenten durante ésta con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y si esta posibilidad existe, con el de instituciones u organismos internacionales cuyo mandato consista en buscar la defensa de los derechos de tales comunidades.

4.5. Ahora bien, es necesario referirse al efecto que se derivaría de los posibles resultados de la consulta, especialmente en caso de no lograrse acuerdos entre las autoridades y las comunidades interesadas.

Desde el fallo SU-039 de 1997 y en otras decisiones más recientes, la Corte ha dicho que en esos casos las autoridades competentes retienen la posibilidad de tomar decisiones o adoptar medidas conducentes a la realización de las iniciativas que hubieren sido materia de consulta. Ha señalado que "... la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena." Advirtió que: "En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros."

Sin embargo, más recientemente, en las ya citadas sentencias T-769 de 2009, T-1045A de 2010 y T-129 de 2011, y a partir de la precisión contenida en la parte final del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, la Corte ha enfatizado que el objetivo central del procedimiento de consulta es el de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas en torno a la realización del proyecto propuesto, naturalmente no como resultado

de una imposición, sino como fruto de la reflexión franca y transparente a que se ha hecho referencia. A partir de ello, en el fallo últimamente citado, se planteó de manera directa la pregunta de si esta regla conduce a considerar que las comunidades consultadas tienen entonces un poder de veto respecto de los proyectos que hubieren sido objeto de esta deliberación.

Al abordar este delicado interrogante, la Sala Quinta de Revisión reconoció la imposibilidad de trazar una regla uniforme a este respecto, pues en desarrollo de las pautas constitucionales aplicables es necesario evitar los escenarios extremos y posiblemente impositivos, como lo serían por igual aquellos en que las comunidades simplemente resisten de manera absoluta la realización del proyecto que se le hubieren propuesto, como aquellos en los que la pretendida consulta, pese a su apariencia, se reduce apenas a informar a las comunidades sobre decisiones de carácter unilateral que al respecto hubieren tomado las autoridades, normalmente conducentes a la viabilidad de los proyectos objeto de consulta.

En el fallo T-129 de 2011, la Corte explicó entonces, “el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades”.

Sin embargo, en esos mismos pronunciamientos precisó esta corporación que de conformidad con otras normas del referido Convenio 169 de la OIT (entre ellos su artículo 16), el consentimiento de las comunidades consultadas resulta indispensable en casos excepcionales, por ejemplo cuando el proyecto o medida propuesta implique el traslado de la comunidad a un territorio diferente al que aquélla ha venido ocupando, puesto que este hecho lesiona de manera directa el derecho a la existencia y la integridad de la respectiva etnia.

4.6. De otra parte, en lo que respecta a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de realizar un procedimiento consultivo, esta Corte ha precisado que su desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control, en principio a través de las correspondientes instancias internacionales.

Con todo, como el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT hace parte del texto superior mediante la figura del bloque de constitucionalidad, y que específicamente “ha sido

considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica”, es del caso anotar que la omisión de la consulta en aquellos asuntos en los que ella resulte imperativa conforme a dicho Convenio, tiene también consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

Por último, debe anotarse que la obligación y posibilidad de realizar frente a las comunidades afectadas una consulta de las características antes descritas no excluye, sino que se complementa con la posibilidad de que el tema sea puesto a consideración de la “Mesa Permanente de Concertación”, creada por el Decreto 1397 de 1996, modificado por el Decreto 1772 de 2007, a partir de lo cual no sólo el grupo directamente afectado, sino un conjunto mayor de sujetos interesados podrían tomar parte en las decisiones que al efecto se adopten.

5. La afectación directa, específica y particular de los grupos étnicos por medidas legislativas.

5.1. La exigencia de la consulta previa a las comunidades étnicas interesadas, incluye también aquellos eventos en los cuales se prevé adoptar no sólo medidas administrativas, sino también legislativas, e incluso que modifiquen la Constitución, siempre que exista una afectación directa o indirecta de sus intereses, tales como la identidad, la cultura o integridad, entre otros.

5.2. Al examinar la constitucionalidad de la Ley Forestal en el fallo C-030 de 2008, ya referido, este tribunal indicó que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a grupos étnicos, sino únicamente frente a aquellas que puedan impactarlos directamente.

La Corte señaló que en principio leyes como la general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del Código Penal deberían someterse a un proceso de consulta con los grupos interesados. Con todo, resulta primordial determinar si una medida legislativa afecta directamente o no los grupos étnicos, situación que se presenta, entre otros eventos, cuando “la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”.

En el fallo C-030 de 2008, se concluyó que, “en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”.

5.3. En la sentencia C-175 de marzo 18 de 2009⁴⁷, ya referida, la Corte reseñó unos parámetros que permiten identificar cuándo se presenta una afectación directa, específica y particular de comunidades indígenas o afrodescendientes por medidas legislativas (no esta en negrilla en el texto original):

... ..

... el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.

... ..

... para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

... ..

... la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas.”

En el fallo C-063 de febrero 4 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte agregó que “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”.

Así, en esa providencia se concluyó que no resultaba imperativo que en el proceso de creación del precepto impugnado⁴⁸ se hubiese llevado a cabo la consulta previa a los órganos representativos de las comunidades indígenas, pues la norma demandada formaba parte de una ley que modificaba el Sistema de Seguridad Social General en Salud SGSSS, cuyo objeto central era la afiliación inicial a ese régimen de la población desplazada y desmovilizada.

5.4. Recientemente, en la sentencia C-317 de mayo 3 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa, se agruparon los métodos hermenéuticos aplicados por la Corte para la identificación de una afectación directa de los grupos étnicos por medidas legislativas, “aunque no necesariamente todos al tiempo en un mismo caso: la interpretación textual del cuerpo normativo como un todo⁴⁹; la interpretación sistemática, teniendo en cuenta otras normas dentro del mismo sistema normativo⁵⁰; la interpretación histórica y la interpretación contextual (incluyendo la historia de la medida, las controversias suscitadas alrededor de la norma, protestas y pronunciamientos sobre su contenido, modificaciones que sufrió en su trámite, etc.)⁵¹; y la interpretación teleológica.⁵²”

Acorde con lo señalado, se concluye que el ordenamiento jurídico interno reconoce una serie de espacios de participación de los grupos étnica, sea que se trate de indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros y/o pueblos ROM, para concertar previamente a la adopción de medidas, incluso legislativas, que puedan afectar directamente sus intereses

como comunidad, al estar intrínsecamente relacionadas con su identidad étnica.

6. Derechos de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales, Palenqueras y/o pueblos ROM y demás grupos étnicos, en la carta política de 1991

6.1. En el asunto que ahora centra la atención de la Corte, se recordará que la consulta previa y demás derechos reconocidos a las comunidades indígenas, también cobijan a otros grupos, atendiendo que los actores afirman que durante el debate previo a la expedición de la Ley 1438 de 2011, se consideró la consulta únicamente para los indígenas, excluyendo a otras colectividades.

Así, se marcó un cambio drástico y una compensación, frente al statu quo previo a la Constitución de 1991, en el que muchos de estos ciudadanos, si bien gozaban nominalmente de todos los mismos derechos atribuidos a los demás colombianos, no encontraron condiciones para que dicha igualdad fuera real y efectiva.

Sin perjuicio del sustento genérico que sin duda puede derivarse desde el preámbulo del estatuto superior, los derechos especiales de cualquier comunidad encuentran su fuente y primera referencia precisa en el artículo 7° ibídem, conforme al cual: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”

Además de la consagración genérica del derecho a la igualdad (art. 13 ib.) y de la obligación del Estado de velar porque esa garantía sea real y efectiva, se encuentran otras referencias particulares a los derechos de los grupos étnicos (arts. 10°, 68, 72 y 176 ib.), que en cuanto tales, son sin duda aplicables no sólo a los indígenas, sino a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y/o pueblos ROM y demás minorías⁵³.

6.3. La Constitución de 1991 hace un reconocimiento amplio a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, igualmente comprendido en el mandato general de protección a la diversidad étnica y cultural contenido en el artículo 7° superior, pero también en otras normas específicas, tales como los artículos 96, 171, 246, 286, 321, 329, 330, 356 y 56 transitorio ídem. El alcance de esos derechos, tanto como el de aquellos que se atribuyen a los miembros de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y/o pueblos ROM, ha sido objeto de amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia de esta corporación, en decisiones tanto de tutela como en trámites de constitucionalidad⁵⁴.

En relación con la necesidad de alcanzar en estos campos la igualdad real y efectiva, cabe incluso considerar que toda medida legislativa, judicial o de cualquier otra índole que se adopte a efectos de hacer valer la diversidad étnica y cultural, repetidamente proclamada por la Constitución, tendría entonces el carácter de una acción afirmativa⁵⁵, en cuanto implica un trato ventajoso, y formalmente desigual, encaminado a favorecer a personas y grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados frente a aquellos considerados predominantes, todo ello con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial entre los miembros de todo el conglomerado social.

En la misma línea puede también anotarse la necesidad, reconocida por la jurisprudencia, de aplicar un enfoque diferencial al diseño y aplicación de las políticas públicas con las que se pretende afrontar situaciones problemáticas que si bien potencialmente podrían afectar a todas las personas, adquieren características especiales, usualmente de mayor gravedad, frente a determinados tipos de sujetos, entre ellos las comunidades étnicas⁵⁶.

6.4. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de ese organismo realizada en Ginebra en 1989, cuya ratificación e incorporación al derecho interno fue autorizada por el Estado colombiano mediante Ley 21 de 1991, y que en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 superior hace parte integrante del bloque de constitucionalidad, presenta un desarrollo más amplio y comprehensivo de los derechos de los integrantes de “los pueblos indígenas y tribales en países independientes”⁵⁷.

Posteriormente, con ocasión de la revisión automática de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 649 de 2001⁵⁸, la Corte precisó que las comunidades negras son titulares de derechos colectivos similares a los grupos indígenas, aunque con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Más concretamente, esta corporación señaló que tales comunidades y sus miembros, tanto como los de los pueblos indígenas, son titulares de todos los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, pues sin ninguna duda cumplen las condiciones y supuestos previstos por su artículo 1º, cuyas definiciones determinan su campo de aplicación⁵⁹.

Esos criterios fueron resumidos por la Corte en el fallo C-169 de 2001, como la suma de un elemento “objetivo”, referente a la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por

los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y un elemento “subjetivo”, que radica en la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

Así, se explicó en esa providencia que las comunidades negras de Colombia cumplen a cabalidad tales condiciones, según resulta tanto de la observación histórica y sociológica que de ellas puede hacerse, como de los desarrollos legislativos de los años recientes, especialmente de la ya referida Ley 70 de 1993, pero también de la Ley 99 de ese mismo año⁶⁰.

En la misma sentencia, y en otras posteriores, la Corte señaló también que el concepto de “comunidades negras”, a las cuales se aplican los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por el Convenio 169 no se restringe a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano (a las que específicamente se refirió el artículo 55 transitorio superior), sino que se extiende a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional, siempre que cumplan con los dos elementos reseñados en el párrafo anterior⁶¹.

Se concluye entonces que las normas de la Constitución Política y los diferentes instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como el Convenio 169 de la OIT, amparan no solo a los pueblos indígenas, sino también a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y/o a la población ROM, y demás minorías étnicas, dentro de las cuales se encuentra el derecho a la consulta previa, entre muchos otros, en procura de proteger su identidad étnica, cultural y su integridad.

7. El derecho a la identidad étnica, cultural y su integridad de los diferentes grupos étnicos

7.1. La Corte Constitucional se ha referido también de manera separada al derecho de los diferentes grupos étnicos a mantener y preservar su identidad étnica y cultural, el cual es reflejo y consecuencia directa del principio estipulado en el artículo 7° superior, y en cuanto derecho fundamental autónomo, es susceptible de protección independiente, incluso en tutela.

El derecho a la integridad étnica y cultural se refiere a la preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todas las demás situaciones que definen e identifican a la comunidad desde el punto de vista

cultural y sociológico, así como a la defensa de su particular cosmovisión espiritual o religiosa, es decir, todos aquellos aspectos que la hacen diversa frente al grupo que podría definirse como predominante.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a este derecho en varias oportunidades, tanto en pronunciamientos de constitucionalidad como de tutela, pues en muchas de las situaciones que afectan a las comunidades étnicas, el principal tema subyacente es el respeto por la diversidad étnica y cultural, de que trata el citado artículo 7° superior.

7.2. La Corte también ha destacado que la preservación de los aspectos que definen la identidad étnica y cultural de estas comunidades es susceptible de protección mediante tutela, aun cuando el interés que se solicita amparar no se haya individualizado en cabeza de personas específicas, precisamente por cuanto se trata de un derecho fundamental atribuible a la comunidad indígena en cuanto sujeto colectivo, más que a cada uno de sus integrantes.

Adicionalmente, en el caso de la realización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales y/o de la construcción de obras públicas en áreas total o parcialmente coincidentes con el territorio de comunidades indígenas (y/o afrodescendientes, según lo ha precisado la jurisprudencia), el parágrafo del artículo 330 superior prevé de manera específica la necesidad de proteger la integridad cultural de aquéllas, razón por la cual este principio ha sido fundamento esencial de varias de las más importantes decisiones en las que esta corporación ha tutelado los derechos de estas colectividades frente a la amenaza resultante de ese tipo de proyectos, ordenando en la mayoría de los casos la previa realización de consultas con las comunidades afectadas.

Dentro de esta línea de decisiones pueden destacarse, entre otras, los fallos T-380 de 1993 y T-955 de 2003 (ya citados), sobre las explotaciones madereras en las selvas entre Antioquia y Chocó; SU-039 de 1997 y T-880 de 2006 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), sobre explotaciones petrolíferas en territorio de los pueblos U'wa y Motilón-Barí respectivamente; T-652 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) sobre la construcción del embalse de Urrá dentro del área de influencia del pueblo Emberá-Katío; y SU-383 de 2003 sobre la fumigación de cultivos ilícitos en los departamentos del sur-oriente del país.

Igualmente, se destacan entre otros los fallos T-769 de 2009 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) sobre explotación de oro y otros metales dentro del territorio de algunos resguardos indígenas

ubicados entre los departamentos de Antioquia y Chocó; T-547 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) sobre el desarrollo de un puerto multipropósito en territorios parcialmente habitados por los pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta; T-745 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) sobre la construcción de una carretera en un área rural cercana a Cartagena, mayoritariamente habitada por comunidades afrodescendientes; y T-1045A de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), sobre el otorgamiento de una concesión minera dentro de territorios habitados por una comunidad negra, a un ciudadano no integrante de dicha comunidad, sin previa consulta de ésta.

También de este tipo es el caso analizado en la sentencia T-129 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), a propósito de reclamos planteados por los miembros de dos resguardos de la etnia Emberá-Katío, frente a la incidencia de varios importantes proyectos (una carretera, una interconexión eléctrica binacional y una explotación minera) que se pretendía realizar en el área de su influencia (localizada en el departamento de Chocó) y que la comunidad estimaba potencialmente lesivos de su identidad étnica y cultural.

Esta corporación destacó en qué medida proyectos que los voceros de los grupos mayoritarios podrían estimar de gran importancia y prioridad para la comunidad, pueden ser simultáneamente percibidos por los grupos étnicos como una grave amenaza para la integridad de su identidad étnica y cultural, lo que a su turno justificaría la realización de procedimientos consultivos.

En todos estos casos, la Corte ha puntualizado que para que el derecho a la integridad étnica y cultural sea verdaderamente protegido es necesario prevenir, o según el caso impedir, toda acción que pueda conducir al desconocimiento o anulación de dicha diversidad, o al debilitamiento de su propia identidad e integridad cultural.

7.3. Con relación a esa garantía, este tribunal ha conocido también otros casos en los que este derecho de la comunidad indígena, afrodescendientes, raizales, palenqueras y/o pueblos ROM podría verse afectado en forma mediata por acciones específicas que, en relación con muy diversos temas, impactan directamente a uno o más de sus integrantes.

En la sentencia T-778 de 2005 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), aunque el caso debatido versaba sobre el derecho a la participación política de una persona integrante de una comunidad indígena, la Corte tuvo como fundamento la trascendencia del derecho a la

integridad étnica y cultural de esta última. Y en aplicación de esos principios constitucionales, dictó algunas órdenes que facilitaron la participación política de la accionante, pese a los obstáculos contenidos en normas de carácter legal, que fueron inaplicadas en razón a la prevalencia de tales preceptos superiores.

En la sentencia T-1105 de 2008 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) se realizó un amplio análisis del principio de protección de la identidad étnica y cultural, a partir de los referidos valores constitucionales, de los instrumentos internacionales relevantes sobre la materia (en particular el Convenio 169 de la OIT), y de anteriores pronunciamientos de la Corte.

En ese fallo, dicho principio sirvió como punto de partida para la aplicación de un enfoque diferencial de derechos y una acción afirmativa en beneficio de una integrante de una comunidad indígena, a quien se le otorgó un cupo universitario especial, aunque las plazas disponibles en la institución demandada ya se habían agotado, en atención al carácter tradicionalmente desfavorecido del grupo étnico a la que la actora pertenecía. Esta medida se justificó como una forma de favorecer el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del que la existencia de la agrupación interesada es expresión.

La sentencia T-113 de 2009 (M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez) abordó nuevamente este derecho, a propósito de la exención que la ley concede a los integrantes de comunidades indígenas que pueden no prestar el servicio militar obligatorio, como medida de protección a la identidad étnica y cultural del grupo al que pertenecen. Frente a este tema señaló la Corte que “el derecho colectivo fundamental a la identidad cultural indígena es una garantía, de la comunidad y de cada uno de sus miembros, para poder actuar según su cosmovisión, dentro y fuera del territorio”, parámetro que sirve de base y justificación constitucional a la comentada exención⁶².

Desde esa perspectiva, la Corte precisó que si bien el derecho a no prestar el servicio militar en estos casos es individualmente renunciable, incluso quien voluntariamente haya iniciado la prestación de dicho encargo tendría la opción de interrumpirlo y retirarse de la institución militar, antes de cumplir el correspondiente tiempo de servicio. Ello es consecuencia de la prevalencia del principio sobre protección a la diversidad étnica y cultural, que obliga al Estado a facilitar las medidas que, en los distintos ámbitos, favorezcan el máximo goce y efectividad de este derecho de las comunidades minoritarias.

Los fallos T-903 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-973 de 2009 (Mauricio González Cuervo), a propósito de temas relacionados con la jurisdicción especial indígena y el derecho al autogobierno de las comunidades étnicas, explicaron también que estas dos instituciones tienen su origen y su sustento constitucional en la protección a la diversidad étnica y cultural de tales comunidades.

A propósito del tema, la primera de estas providencias incluyó además una amplia recopilación de los criterios que la jurisprudencia ha elaborado para la solución de las tensiones que pueden presentarse en el desarrollo e interpretación de este derecho, frente a los alcances de otros principios y derechos constitucionales con los cuales pudiera entrar en conflicto.

Esta compilación jurisprudencial, sin pretensión de exhaustividad, permite apreciar la relevancia y el amplio alcance del derecho a la preservación de la diversidad étnica y cultural, así como de qué forma el propósito de fortalecer y mantener esa diversidad, que se asume como un interés de toda la colectividad, permea distintas situaciones de la vida en sociedad y llena de significado las diversas manifestaciones y derechos específicos que la Constitución y las normas internacionales reconocen a toda comunidades sea indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueras, y/o población ROM, y demás minorías étnicas.

8. Examen del cargo sobre el presunto incumplimiento del procedimiento de consulta previa y sus consecuencias en la constitucionalidad de la disposición acusada.

8.1. De acuerdo a los parámetros jurisprudenciales referidos, la Corte Constitucional encuentra que la Ley 1438 de 2011 (“por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”), no requería consulta previa, pues no constituye una medida legislativa que afecte directa, específica y particularmente a los pueblos afrodescendientes, raizales, palenqueras y/o población ROM.

8.2. Para el presente análisis, es pertinente recordar que en fallo C-791 de octubre 20 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte realizó un análisis normativo del contenido de la Ley 1438 de 2011, habida cuenta que en aquella oportunidad la demanda formulada contra esa ley invocaba el presunto desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, por regular aspectos relacionados con el derecho fundamental a la salud. Dada su relevancia, se recordará ampliamente el análisis contenido en esa providencia.

En esa decisión se indicó que la Ley 1438 de 2011 (145 artículos agrupados en nueve títulos)⁶³, tiene como finalidad fortalecer el Sistema general de Seguridad Social en Salud, mediante “un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia atención primaria en salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país”.

En la sentencia C-971 de 2011, también se explicó que la ley establece en el artículo 2 la “orientación del sistema”, mientras que el artículo 3 “redefine” sus principios orientadores, al tiempo que se establece que la dirección del sector salud corresponde al Ministerio de la Protección Social – hoy de Salud y Protección Social-, como órgano rector de dicho sector (art. 4 ib.).

El Título II, denominado “salud pública, promoción y prevención y atención primaria en salud”, establece en el capítulo I el plan decenal para la salud pública (art. 6 ib.), la coordinación intersectorial para su desarrollo (art. 7 ib.), y se crea un observatorio nacional de salud (arts. 8 y 9 ib.). El capítulo II, sobre las acciones de salud pública, la atención primaria, la promoción y la prevención en salud, dispone lo relacionado con el uso de los recursos para la prestación de ese servicio (art. 10 ib.) y la contratación necesaria para la ejecución de los planes allí formulados (art. 11 ib.). El capítulo III corresponde a la atención primaria en salud (art. 12 ib.), su forma de implementación, fortalecimiento y fijación de equipos básicos para la prestación de ese servicio (arts. 13 a 16 ib.).

Por su parte, el Título III regula lo relacionado con la atención preferente para la infancia y la adolescencia, incluidos aquellos con discapacidades o enfermedades catastróficas, y todos los servicios y medicamentos para restablecer su salud (arts. 17 a 21 ib.).

Igualmente en la sentencia C-791 de 2011, se analizó:

“El título IV contiene medidas relacionadas con el aseguramiento tales como la portabilidad nacional (art. 22) y la actualización periódica del plan de beneficios (art. 25). Los artículos 26 y 27 señalan reglas para la provisión de ‘servicios por condiciones particulares, extraordinarios y que se requieren con necesidad’ y prevén la intervención del comité técnico-científico de la entidad promotora de salud y la creación de la junta técnica-científica

de pares. Este mismo título contiene disposiciones especiales relacionadas con la administración del régimen subsidiado (capítulo 2) y con la universalización del aseguramiento (capítulo 3) y a los planes voluntarios de salud (capítulo 4).

El título V regula el financiamiento del sistema y el título VI trata de la prestación de servicios de salud con regulación de las redes integradas de servicios de salud (definidas por el artículo 60), el capítulo III de este título contiene disposiciones relacionadas con las instituciones prestadoras de servicios de salud pública y empresas sociales del estado. El capítulo IV se refiere a los medicamentos, insumos y dispositivos médicos, y contempla la definición de una política farmacéutica, de insumos y dispositivos médicos por el ministerio de la protección social (art. 86) y la creación de una comisión nacional de precios de medicamentos y dispositivos médicos (art. 87). El capítulo V regula lo relacionado con el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud, el capítulo VI prevé la política del talento humano en salud, y el capítulo VII regula lo relacionado con la calidad y sistemas de información.

El título VII trae disposiciones relacionadas con la inspección, vigilancia y control a cargo de la superintendencia nacional de salud, señala el origen de los recursos para fortalecer las funciones de inspección, vigilancia y control (arts. 119 y 120) y a los sujetos de inspección, vigilancia y control, también se refiere a la función jurisdiccional de la superintendencia nacional de salud (art. 126).

El título VIII se ocupa de los usuarios del sistema, contempla la política nacional de participación social, señala sus deberes y obligaciones (art. 139).

Por último, el título IX se refiere a las enfermedades huérfanas (art. 140), los servicios que prestan las cuidadoras y los cuidadores al interior del hogar (art. 141), a la difusión y capacitación para el desarrollo de la ley (art. 142), a la prueba del accidente en el SOAT (art. 143), a la reglamentación e implementación de la ley (art. 144) y a su vigencia y derogatorias.”

8.3. Reseñado lo anterior, en la sentencia C-791 de 2011, a continuación se indicó (no está en negrilla en el texto original):

“De la anterior descripción resulta que la ley trata esencialmente lo relacionado con el

servicio público de salud, empero, debido a sus componentes prestacionales necesariamente la provisión del servicio público delimita y configura el derecho a la salud. Pues al definirse cuestiones relacionadas con el servicio público igualmente se definen las prestaciones a las que se tiene derecho, sus titulares y los sujetos obligados. Ahora bien, la relación entre la regulación del servicio público y el derecho a la salud no tiene siempre la misma intensidad, pues por ejemplo aquellas disposiciones que definen las prestaciones que pueden ser exigidas por los usuarios hacen parte del derecho fundamental a la salud (como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de las sentencias T-859 y T-860 de 2003), mientras que la regulación de la financiación del sistema de seguridad social en salud no tiene una relación tan estrecha, aunque no cabe duda que el flujo de recursos guarda relación con la efectiva garantía de la salud o al menos de algunos de sus componentes tales como la disponibilidad y la accesibilidad, y aun puede ser entendido como más tenue el vínculo entre el derecho y las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de ciertos entes estatales, sin que llegue a desaparecer pues precisamente el ejercicio de esas funciones estatales garantiza la eficiente prestación del servicio y a su vez una efectiva garantía del derecho.”

8.4. Acorde con lo consignado, la Corte explicó que la Ley 1438 de 2011, tiene por objeto fortalecer el Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, regulando lo relacionado con el modelo de prestación de ese servicio público, de forma general y abstracta; no siendo, para el análisis del cual se ocupa ahora la Sala Plena, una norma que afecte directamente los intereses específicos de las diversas comunidades étnicas, pues está relacionada con su identidad, su cultura o su integridad, como se pasa a explicar.

8.5. El sujeto pasivo de la medida legislativa es la población colombiana en general, en ningún precepto se menciona específicamente a la población indígena, afrodescendiente, raizal, palenquera y/o población ROM.

Si bien el principio 3.6, (art. 3° L. 1438/11) reseña el enfoque diferencial, reconociendo que hay poblaciones con características particulares, como la raza o la etnia, para las cuales el SGSSS “ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación”, esas medidas serán adoptadas con posterioridad, correspondiendo realizar las consultas respectivas, cuando se afecte directamente a esos grupos, sin distinción.

8.6. La Corte Constitucional recuerda además que la Ley 691 de 2001 constituye una disposición especial que prescribe de manera puntual y específica, “la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia”.

Al respecto, el Congreso previó la necesidad de adoptar un proyecto de ley distinto, dirigido a reglar lo relacionado con la prestación de servicio de salud a grupos étnicos, previa consulta, respetando así la importancia de ese derecho fundamental y la participación que se debe dar a esas comunidades, cuando medidas legislativas afecten directamente sus intereses.

En la Gaceta del Congreso N° 78 de marzo 10 de 2011 se dijo que se presentará un proyecto de ley especial para las comunidades indígenas, el cual reformará la Ley 691 de 2001 y obligatoriamente, les deberá ser consultado.

El Senador Germán Bernardo Carlosama López del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia, AICO, había solicitado a las Comisiones Séptimas Conjuntas Constitucionales, archivar el Proyecto de ley número 01 de 2010 Senado y sus acumulados, por medio del cual se pretendía reformar el Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS, argumentando:

“La no participación de los pueblos indígenas en el nuevo sistema de reforma a la salud en Colombia, vulnera el derecho fundamental a la consulta y a los mecanismos constitucionales legales e internacionales ratificados por Colombia, que es probable la inconstitucionalidad del proyecto del ley.”⁶⁴

Posteriormente, el Senador Eduardo Carlos Merlano Morales señaló:

“La consecuencia jurídica del desconocimiento del proceso de consulta previa es la inexecutable de la respectiva ley; en conclusión se puede afirmar, que en el evento de que se quiera incluir en un proyecto de ley asuntos que afecten directamente a una comunidad étnica, el Gobierno Nacional tiene la obligación de adelantar el trámite correspondiente, con el fin de evitar declaratorias de inconstitucionalidad de la norma. Finalmente es de advertir que en nuestro país existe una ley específica que reglamenta la operación, financiamiento y control del Sistema de Seguridad Social en Salud, aplicable a los pueblos indígenas, esta ley es la 691 de 2001, por tal razón cualquier modificación o reglamentación que se requiera hacer al Sistema de Salud, en relación con las comunidades indígenas, consideramos que

debe hacerse dentro de ese marco normativo, ya sea mediante modificación de esta ley o una dilación de la misma. Presidenta, considerando pues lo que hemos leído hoy, tiene que quedarnos claro que esta es una ley general, que no afectaría realmente las comunidades indígenas.”⁶⁵

Por su parte, el entonces Ministro de Protección Social, Mauricio Santamaría, se refirió a un concepto solicitado sobre el asunto al constitucionalista Juan Manuel Charry, quien manifestó que:

“... me permito reiterar mi criterio en cuanto a que las leyes estatutarias y ordinarias que regulan el derecho a la salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud no requiere consulta previa, en razón a que se trata de una norma general que de ningún modo comprende regulaciones específicas que puedan afectar a dichas comunidades.”⁶⁶

Los Senadores Marco Aníbal Alvirama Alvirama y Germán Bernardo Carlosama López, electos por la circunscripción especial de comunidades indígenas, presentaron una constancia de su voto negativo al proyecto: “los derechos de los pueblos indígenas están ausentes, lo que constituye una discriminación negativa del Estado frente al derecho a la salud de los indígenas con un enfoque diferencial y atendiendo a los valores culturales y conocimientos de nuestro pueblos que tienen mucho que aportar al sistema de salud desde el conocimiento ancestral de nuestras comunidades”⁶⁷.

No obstante lo anterior, el Senador Germán Bernardo Carlosama López, posteriormente señaló:

Queridos honorables Senadores y sobre todo los compañeros de la Comisión Séptima para manifestarles que el Gobierno ha obtenido este compromiso para con nosotros, y solicitarles su colaboración desde ya para cuando, a través de la Mesa Nacional de Concertación los pueblos indígenas hagamos una ley propia en el tema de la salud, ustedes nos colabores y nos contribuyan en su aprobación de esta ley, insisto ley fundamental para los compañeros indígenas para desarrollar y compartir la pervivencia como pueblos.”⁶⁸

Según lo reseñado, si bien algunos senadores de movimientos indígenas solicitaron el archivo del proyecto por falta de consulta, después optaron por aceptarlo, ya que el Gobierno se comprometió a presentar ese proyecto especial, el cual deberá, en su sentir, estar precedido

de la respectiva consulta.

8.7. Acorde con lo consignado, la norma demandada no requería de la consulta previa de comunidades afrodescendientes, raizales, palenqueras, y/o población ROM, dado su carácter general y abstracto, máxime cuando se expedirá una normatividad especial acerca de la participación y prestación de la salud a los diferentes grupos poblacionales.

Encuentra la Corte que las generalidades de la Ley 1438 de 2011 no afectan directamente los intereses de las comunidades afrodescendientes, raizales, palenqueras, y/o población ROM, pues no guardaban un vínculo necesario con su identidad, cultura o afectan su integridad.

Recuérdese que, según la prolija jurisprudencia de esta corporación, las medidas legislativas deben estar precedidas de consulta previa, de los diferentes grupos étnicos, cuando exista la posibilidad de afectar directa o indirectamente sus intereses, sin embargo, en el presente evento, acorde con el análisis realizado, la ley demandada contiene una serie de medidas generales, aplicables uniformemente a todos los ciudadanos.

No existe una vinculación intrínseca, razonable y objetiva, con la identidad étnica de los grupos afrodescendientes, raizales, palenqueras, y/o población ROM, cualquiera que sea su origen, ni con sus costumbres, bienes o prácticas; luego no le asiste razón a lo planteado por los demandantes.

8.8. Con todo, como se indicó, la consulta previa y los demás derechos a la subsistencia, la identidad étnica, cultural y la integridad, entre otros, no sólo son predicables a favor de los pueblos indígenas, sino también a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y/o ROM.

En consecuencia, cualquier medida legislativa y/o administrativa que se pretenda adoptar, que afecte directamente los intereses, usos, valores, costumbres y tradiciones de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales palenqueras y/o pueblos ROM, deberá ser sometida a consulta previa, en los términos fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

8.9. Lo expuesto lleva a la Corte a concluir que no era obligatorio que en el proceso de

formación de la Ley 1438 de 2011 se realizara la consulta previa a los órganos representativos de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales palanqueras y/o pueblos ROM. En consecuencia, se declarará exequible por el cargo analizado.

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 la Ley 1438 de 2011, por el cargo analizado en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrada

Magistrado

Con aclaración de voto

Con aclaración de voto

ADRIANA GUILLÉN ARANGO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrada

Magistrado

Magistrado

Magistrado

HUMBERTO A. SIERRA PORTO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-641/12

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia de la Corte Constitucional se expone a serias críticas debido al significado y alcance que se le ha otorgado (Aclaración de voto)

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Es indispensable que en cada caso la Corte Constitucional precise la titularidad específica (Aclaración de voto)/DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Necesidad específica de delimitar adecuadamente los titulares específicos (Aclaración de voto)/DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Se establece en función del nivel de impacto que la medida pueda tener en las comunidades indígenas y en esa medida, si exigibilidad depende de la definición que se haga del grado y especificidad del impacto (Aclaración de voto)/CONSULTA PREVIA-A pesar de la rigurosidad con que la Corte ha precisado las condiciones para la determinación de afectación directa, su aplicación en algunos casos ha terminado por imponerla en eventos en los que ello no parece estar requerido (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-8911 y D-8915

Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 1438 de 2011

Actor:Isaac Rivas Quinto y Aycardo González Gálvez

Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

No obstante que comparto la decisión adoptada en la sentencia C-641 de 2012 en la que se declaro exequible la referida ley por el cargo consistente en la presunta omisión de la consulta previa, procedo a aclarar mi voto en la presente oportunidad por las razones que

expongo a continuación:

1. El derecho a la consulta previa ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia constitucional. Ese reconocimiento es, sin lugar a dudas, un instrumento valioso para la protección de las comunidades indígenas y tribales a las que alude el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

2. No obstante lo anterior, estimo que la jurisprudencia de esta Corporación se expone a serias críticas debido al significado y alcance que le ha otorgado al derecho a la consulta previa. Tales objeciones se refieren (i) a la extensión de los actos cuya adopción impone la obligación de consultar y (ii) a la ampliación de los grupos o poblaciones titulares del derecho a la consulta previa. Igualmente las críticas se extienden (iii) a la delimitación del tipo de incidencia que debe tener el acto normativo para activar el deber de realizar la consulta

2.1 El convenio 169 de la OIT, que ha constituido un referente permanente para determinar los eventos en los que procede la consulta previa, establece que ella solo resulta exigible cuando se trate de medidas legislativas o administrativas. Siendo ello así, no resulta constitucionalmente correcto afirmar que en el caso de la adopción de actos legislativos ello también se requiera. En efecto, los ajustes constitucionales no se encuentran incluidos en el tipo de variaciones normativas que activan esta garantía y, en esa medida, la participación de las comunidades indígenas se desplegará de acuerdo a las reglas previstas para el momento constituyente respectivo. Así las cosas una interpretación amplia de la expresión “medidas legislativas o administrativas” a tal punto de incluir “medidas constitucionales”, implica una ampliación injustificada del ámbito de protección de la consulta en tanto, de una parte, no se encuentran allí mencionadas y, de otra, porque aceptarla implicaría negar todo efecto útil a las expresiones empleadas.

2.2 Es cierto que según la convención de la OIT antes mencionada los titulares del derecho a la consulta previa son las comunidades indígenas y tribales. No obstante la indeterminación que afecta estas expresiones, la jurisprudencia constitucional debe resultar especialmente cuidadosa en la determinación de aquellos grupos que reúnen las condiciones para ser así denominados. Una extensión excesiva de los grupos comprendidos podría, de una parte, desconocer la especialidad y particularidades de este procedimiento y, de otro, neutralizar o entorpecer excesivamente los procesos de decisión en los órganos democráticamente

legitimados.

Conforme a lo anterior es indispensable que en cada caso la Corte precise la titularidad específica del derecho a la consulta previa de manera tal que defina si una comunidad es indígena o tribal según los elementos de juicio que resultan relevantes para ello y, al mismo tiempo, si en esa condición es afectada directamente por la medida de la que se trate. Las referencias genéricas a las comunidades indígenas no son adecuadas dado que no permiten delimitar adecuadamente el alcance de la obligación de las autoridades estatales de adelantar la consulta previa.

2.3 La necesidad de delimitar adecuadamente los titulares específicos -en cada caso- del derecho a la consulta previa, se asocia también con el hecho consistente en que no cualquier afectación implica la obligación de adelantar dicho procedimiento. El derecho a la consulta se establece en función del nivel de impacto que la medida pueda tener en las comunidades indígenas y, en esa medida, su exigibilidad depende de la definición que se haga del grado y especificidad del impacto.

La afectación, según lo establece también el convenio 169, debe ser directa. Tal y como lo indicó la sentencia C-175 de 2009 para establecer si la pretensión de adoptar una medida administrativa o legislativa, activa el derecho a la consulta previa deben tomarse en consideración, entre otras cosas, (i) el grado de generalidad de la regulación adoptada, (ii) la existencia de vínculos intrínsecos de los aspectos regulados y la identidad étnica de los grupos, (iii) la existencia de una relación estrecha entre la medida adoptada y la definición del ethos de las comunidades, (iv) el vínculo del asunto disciplinado con las materias que son objeto de regulación en el Convenio 169 de la OIT y (v) el significado que tenga para las comunidades respectivas aquellos bienes o prácticas que son interferidos por la regulación adoptada.

A pesar de la rigurosidad con la que la Corte ha precisado las condiciones para la determinación de la afectación directa, su aplicación en algunos casos ha terminado por imponerla en eventos en los que ello no parece estar requerido. Ahora bien, en la presente oportunidad debe destacarse que la Corte no se detuvo solo en aludir a la necesidad de que la afectación tuviera tal naturaleza, sino que en dos apartes de las consideraciones, establece que dicha afectación podría ser también indirecta. Así, en el fundamento jurídico

5.1 señaló:

“La exigencia de la consulta previa a las comunidades étnicas interesadas, incluye también aquellos eventos en los cuales se prevé adoptar no sólo medidas administrativas, sino también legislativas, e incluso que modifiquen la Constitución, siempre que exista una afectación directa o indirecta de sus intereses, tales como la identidad, la cultura o integridad, entre otros.”(Subrayas y negrillas no hacen parte del texto original)

Ello a su vez fue reiterado en el fundamento jurídico 8.7 en el que destacó:

“Recuérdese que, según la prolija jurisprudencia de esta corporación, las medidas legislativas deben estar precedidas de consulta previa, de los diferentes grupos étnicos, cuando exista la posibilidad de afectar directa o indirectamente sus intereses, sin embargo, en el presente evento, acorde con el análisis realizado, la ley demandada contiene una serie de medidas generales, aplicables uniformemente a todos los ciudadanos.” (Subrayas y negrillas no hacen parte del texto original)

No pueden determinarse entonces con relativa certidumbre los eventos en los cuales la consulta previa resulta definitivamente exigible. Ello suscita una notable inseguridad respecto de los titulares específicos del derecho e incrementa gravemente las dificultades para establecer los eventos en los cuales las autoridades estarán obligadas a desplegar los trámites propios de la consulta previa.

3. Considerando lo anterior es exigible de la jurisprudencia de esta Corporación un cuidado especial en la delimitación del derecho previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, a fin de circunscribir cuidadosamente su ámbito de aplicación de manera tal que se constituya en un mecanismo efectivo que armonice la importancia de proteger la diversidad cultural con las competencias regulatorias de los órganos democráticamente legitimados.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Aclaración de voto de la Magistrada

María Victoria Calle Correa

a la Sentencia C-641/12

Referencia: Expediente D-8911 y D-8915

Acción de inconstitucionalidad contra la Ley 1438 de 2011, 'por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones'.

Magistrada ponente

Nilson Pinilla Pinilla

Acompaño la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-641 de 2012, en la cual se decidió que la reforma al Sistema de Salud de la Ley 1438 de 2011 es constitucional, a pesar de no haberse realizado consulta previa, en tanto es una norma que no afecta directamente los intereses de las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, palanqueras o población ROM, pues no guardaban un vínculo necesario con su identidad, cultura o afectan su integridad. Se trata de una sentencia en la que se reitera nuevamente la jurisprudencia amplia y garantista de los derechos de las comunidades cultural y étnicamente diversas, especialmente protegidas por la Constitución Política de 1991.

1. La protección del derecho de consulta previa es de vital importancia en el actual contexto de desarrollo y globalización. Más que nunca, Colombia tiene la obligación de cumplir y garantizar el derecho de protección de las comunidades étnica y culturalmente diversas. La dimensión y gravedad de los peligros que estas comunidades y poblaciones pueden enfrentar, el riesgo de que éstos puedan ocurrir, además del respeto cierto a los derechos de autogobierno de estas comunidades y poblaciones, fundamentales dentro del orden constitucional vigente, exigen de todos los órganos del Estado y de los poderes privados, la mayor de las consideraciones. La historia de exterminio, afectación y exclusión que han tenido que enfrentar muchas de estas comunidades y pueblos especialmente protegidos constitucionalmente no puede continuar. El estado social y democrático de derecho actual debe asegurar la garantía real y efectiva de que esa historia de vejaciones se termine de una vez por todas y no se repita. El derecho de consulta previa es, precisamente, una de esas herramientas concretas y reales que permite a estas comunidades que esta promesa constitucional sea una realidad.

2. La sentencia C-641 de 2012 es especialmente cuidadosa en proteger de la forma más amplia y generosa posible los derechos de las comunidades y los pueblos que sean cultural y étnicamente diversos, sin que por ello se llegue a una aplicación absurda o desmesurada de la protección. A continuación, paso a explicar por qué.

2.1. Como lo señala la sentencia, “[...] las normas de la Constitución Política y los diferentes instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como el Convenio 169 de la OIT, amparan no solo a los pueblos indígenas, sino también a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y/o a la población ROM, y demás minorías étnicas, dentro de las cuales se encuentra el derecho a la consulta previa, entre muchos otros, en procura de proteger su identidad étnica, cultural y su integridad.”⁶⁹ Se trata de una jurisprudencia que resalta “la relevancia y el amplio alcance del derecho a la preservación de la diversidad étnica y cultural”.⁷⁰

2.2. Advirtiendo que el principal criterio para determinar la necesidad de realizar una consulta es la real afectación en la existencia, vida e identidad de la comunidad o del pueblo del que se trate, la sentencia resalta que la afectación que la norma o decisión administrativa genere puede ser tanto directa como indirecta. En otras palabras, el objeto de una ley puede implicar la afectación directa y precisa de una comunidad o pueblo constitucionalmente protegido, pero también, puede ocurrir, que la afectación sea indirecta. Que el objeto de la norma o de la actuación no sea el de afectar a las comunidades pero, indirectamente, este sería el claro efecto que se produciría.

2.3. Ahora bien, a pesar de que la decisión en cuestión protege los derechos de las comunidades y los pueblos étnica y culturalmente diversos que hay en Colombia de forma amplia y generosa, ello no implica que la aplicación del precedente sea irrazonable. La sentencia C-641 de 2012 consideró constitucional la reforma legal al Sistema de Salud acusada, a pesar de que las comunidades y pueblos en cuestión podrían verse regulados por algunas de sus disposiciones, por cuanto se trata de normas que no afectan la identidad de dichos pueblos y comunidades, ni directa ni indirectamente.

3. Así pues, celebro la decisión de reiterar tan amplia y generosamente la garantista jurisprudencia constitucional en materia de consulta previa, demostrando que tal posición jurisprudencial de ninguna manera conlleva fallos irrazonables que afecten

desproporcionadamente los poderes de las autoridades legítimamente constituidas. Esta es la razón de mi aclaración.

Fecha ut supra.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

1 F. 4 cd. inicial.

2 “Germán Bernardo Carlosama, Senador, Ponencia negativa a proyecto de ley nueva de la salud (ver anexos) año 2010.”

3 F. 4 ib..

4 Cfr. fs. 64 a 89 ib..

5 Cfr. f. 70 ib..

6 Cf. f. 72 ib..

7 F. 81 ib..

8 F. 82 ib..

9 Cfr. fs. 93 a 97 ib..

10 F. 95 ib..

11 F. 96 ib..

12 Fs. 98 a 135 ib..

13 Cfr. f. 113 ib..

15 F. 259 ib..

16 Cfr. fs. 260 a 273 ib..

17 F. 262 ib..

18 Cfr. fs. 275 a 282 ib..

19 F. 276 ib..

20 F. 276 ib..

21 Íd..

22 Cfr. fs. 299 a 301 ib..

23 F. 301 ib..

24 Cfr. fs. 290 a 290 a 294 ib..

25 F. 293 ib..

26 Íd..

27 F. 293 ib..

28 C-131 de abril 1° de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, entre otros.

29 Ver, entre otros, auto 288 y fallo C-1052 de 2001, ambos de octubre 4, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

30 C-1052 de 2001, previamente citada.

31 Ver, entre otros, auto 288 de octubre 4 de 2001 y sentencias C-1052 de octubre 4 de 2001 y C-568 de junio 28 de 2004, todas esos fallos con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de septiembre 26 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

32 Sentencias C-1052 de 2001 y C-980 de 2005, ya citadas.

33 C-1052 de 2001 previamente citada.

34 Reiterada recientemente en los fallos C-533 de julio 11 y C-589 de julio 25 de 2012, ambos con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla.

35 “Corte Constitucional, sentencia C-012 de 2010.”

36 “Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2009.”

37 “Corte Constitucional, sentencia C-480 de 2003.”

38 Incorporado al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, ratificado y vigente para Colombia desde el 7 de agosto de 1991.

39 Sobre el proceso evolutivo y las diferencias de enfoque existentes entre estos dos convenios ver también la ya citada sentencia SU-383 de 2003.

40 Son de este tipo, entre otras, las situaciones planteadas en las acciones de tutela resueltas mediante las ya citadas sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-880 de 2006, T-769 de 2009, T-547, T-745 y T-1045A de 2010 y T-129 de 2011.

41 Se ha planteado este problema, entre otros, en los casos fallados mediante las ya referidas sentencias C-169 de 2001, C-418 y C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-208 de 2007, C-030 y C-461 de 2008, C-175 y C-615 de 2009. Recientemente, en la sentencia C-702 de 2010 esta Corte analizó si tal tipo de glosa cabe incluso en relación con los actos legislativos o reformas constitucionales, siendo afirmativa la conclusión mayoritaria.

42 Ver a este respecto la sentencia C-030 de 2008, citada a su vez en el fallo T-769 de 2009.

43 Este decreto regula el desarrollo de la consulta con los grupos étnicos en algunas de las situaciones contempladas por el Convenio 169 de la OIT y es a la fecha el más comprehensivo desarrollo normativo expedido en relación con el tema por las autoridades colombianas desde la entrada en vigencia del referido instrumento internacional. Sin embargo, desde la sentencia T-652 de 1998 y en varias otras ocasiones (fallos SU-383 de 2003, T-880 de 2006, y más recientemente, T-769 de 2009, T-547, T-745 y T-1045A de 2010, entre otros), esta corporación ha considerado que esta preceptiva resulta inaplicable en los casos en que conforme al Convenio 169 de la OIT se requiera la realización de un

procedimiento de consulta, pues este decreto fue expedido sin llevar a cabo el trámite consultivo que en razón a la materia regulada resultaba necesario, precisamente en desarrollo de lo previsto en dicho Convenio. Debe incluso indicarse que el Consejo de Administración de la OIT en sus reuniones 276 y 277, acogiendo reclamaciones presentadas por varias organizaciones sindicales colombianas decidió recomendar al Estado colombiano la modificación de esta norma, recomendación que a la fecha no se ha cumplido.

44 Cfr. la sentencia C-030 de 2008. Reiterada en la C-461 de 2008. En el mismo sentido, los fallos SU-039 de 1997, T-880 de 2006, C-175 de 2009 y T-769 de 2009.

45 Estos planteamientos constan en el fallo C-030 de 2008 y han sido ampliamente reiterados en decisiones subsiguientes, entre ellas en los ya citados fallos C-175, C-615 y T-769 de 2009, C-915 y T-1045A de 2010, y más recientemente en las sentencias T-116 y T-379 de 2011(en ambas M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

47 Examen de constitucionalidad del Estatuto de Desarrollo Rural.

48 Literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

49 “Un ejemplo claro del enfoque analítico complejo aplicado por la Corte para determinar si una medida legislativa afecta directamente a los grupos étnicos, desde la perspectiva del análisis meramente textual de la norma, lo plantea la sentencia C-063 de 2010, en la cual la Corte concluyó que la norma legal que regulaba el tema general de la afiliación de la población desplazada o desmovilizada al sistema de seguridad social en salud, no constituía una afectación directa de pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes: ‘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: // El sujeto pasivo directo de la regulación es la población desplazada y desmovilizada, mas no la población indígena. // 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. // 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. // De acuerdo con lo expresado por la segunda razón, la situación de desplazamiento o desmovilización no resulta definitoria 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.’ Otro ejemplo de interpretación simplemente textual es la C-702/10, en la cual la Corte dedujo que sí existía una afectación directa por el Acto Legislativo 1/09, según el cual los partidos y movimientos políticos que hubiesen obtenido su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas, podrían avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido con antelación no menor de un año con respecto a la fecha de la inscripción. Para la Corte, ‘la sola lectura de la disposición superior impugnada pone de manifiesto que ella afecta en forma directa el derecho de las comunidades étnicas a elegir representantes para tal circunscripción especial consagrada a su favor por el constituyente de 1991; por lo tanto, toca de lleno con el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política. En efecto, antes de la reforma, el artículo 108 de la Constitución no incluía las restricciones introducidas por el inciso agregado por el Acto Legislativo 01 de 2009, que claramente modifican las reglas de acceso de los candidatos al Congreso de la República avalados por los partidos políticos que gozan de personería jurídica por la circunscripción nacional especial de minorías étnicas’; esta afectación directa la dedujo la Corte del texto mismo de la norma, teniendo en cuenta que ‘es clara la relación existente entre el derecho a la identidad cultural de las comunidades étnicas, su representación política y la existencia de una circunscripción especial para las minorías étnicas’.”

50 “Algunos ejemplos de interpretación sistemática son los siguientes: (a) en la sentencia C-418 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis), la disposición acusada se interpretó en el contexto normativo del Código de Minas como un todo; (b) en la sentencia C-891/02 la Corte expresamente afirmó que las disposiciones acusadas del Código de Minas no podían interpretarse aisladamente sino dentro del cuerpo normativo del que formaban parte; (c) en la sentencia C-620/03 la Corte explica que para estudiar los cargos debía antes precisar el sentido y alcance de la norma frente a las demás del Código de Minas sobre temas

pertinentes; (d) en la sentencia C-063/10 la Corte, para efectos de determinar el sentido de una norma de la Ley que modifica el Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 1122/07), sobre la afiliación inicial de la población desplazada y desmovilizada, recurre a las demás normas que regulan el tema: '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'. Por ello la corte recurrió a lo dispuesto en la Ley 100, y al Acuerdo 415/09 mediante el cual el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud desarrolló el régimen de la afiliación al sistema subsidiado."

51 "En la sentencia C-620 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, AV. Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis. SV. Clara Inés Vargas Hernández, Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño) (autorización legal para constituir una sociedad de economía mixta como concesionaria de las salinas de Manaure), en la interpretación de la norma para determinar su impacto la Corte recurrió no sólo a la interpretación sistemática, sino también la historia (remota) de la relación entre los Wayúu y las Salinas; se reseñan los conflictos que llevaron a la inclusión en los acuerdos de una sociedad de economía mixta, que es la autorizada en la ley. La Corte incluyó un capítulo sobre 'antecedentes remotos', empezando con la vinculación de los Wayúu a las salinas de Manaure desde tiempo inmemorial. En la sentencia C-030/08 la Corte también recurrió a la historia del trámite legislativo del proyecto de ley forestal, resaltando las controversias que se dieron en torno a su contenido, así como las manifestaciones y modificaciones introducidas al mismo por el Gobierno Nacional, como indicadores de que el proyecto sí acarrearía una afectación directa de los pueblos indígenas: 'Destaca la Corte que, independientemente del texto que finalmente fue aprobado, para establecer si en relación con la ley forestal existía un deber de consulta, es preciso atender a la controversia que se suscitó desde el momento mismo en el que se presentó la iniciativa a la consideración del Congreso, porque muchas de las modificaciones que se le introdujeron a lo largo del debate serían indicativo de que los temas sobre los que versaba el proyecto comprometían aspectos que afectaban directamente a las entidades tribales que son titulares del derecho de consulta. // entre las críticas que se plantearon desde el principio al proyecto de ley forestal está la que establecía una estrecha co-relación entre los asuntos ambientales y la situación de las comunidades tribales, a partir de la cual se consideraba equivocado el enfoque general del proyecto, por su énfasis en la dimensión extractiva y comercial, de preferencia sobre un enfoque ecosistémico orientado a permitir un manejo

integral del bosque y un uso sostenible de la biodiversidad que le es propia. // Para esos críticos, la modificación en el enfoque que se le da al manejo de los bosques afecta de manera directa a las comunidades indígenas que tienen en él su hábitat natural. (...) Pone de presente la Corte que muchas de las anteriores críticas dieron lugar a modificaciones importantes en el texto del proyecto de ley en los distintos debates en el Congreso de la República y que otras fueron recogidas por el gobierno, quien las incorporó en un escrito de objeciones (...). (...) las observaciones que el gobierno acogió en su escrito de objeciones y que el Congreso encontró fundadas, son un claro indicativo de que el proyecto contenía aspectos susceptibles de afectar, y en materia muy sensible, a las comunidades indígenas y tribales.' En la sentencia C-175/09 la Corte recurrió al trámite legislativo y a la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural, para deducir, de sus objetivos generales, que constituye una regulación integral del sector agropecuario. En la sentencia C-608/10 la interpretación histórica fue determinante y preponderante, ya que la Corte concluyó que el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá sí contenía disposiciones que generarían una afectación directa, con base en las intervenciones del Senador indígena Jesús Enrique Piñacué, en las que denunció que las disposiciones sobre explotación minera y sobre resolución de controversias entre comunidades indígenas y empresas multinacionales, sí afectarían a los grupos étnicos: 'en cuanto a la pregunta de si las comunidades indígenas debían o no ser consultadas, resulta relevante traer a colación el siguiente extracto de la intervención del Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué, en el curso del debate que tuvo lugar en las sesiones conjuntas de Comisiones Segundas de Cámara y Senado (...). Como se puede observar, en la intervención del Senador indígena se plantean numerosos argumentos políticos o de conveniencia en relación con la adopción del TLC entre Canadá y Colombia. Sin embargo desde una perspectiva jurídica, se afirma que el tratado internacional los afectaría en relación con la explotación minera y en lo atinente a la resolución de conflictos que se puedan presentar entre las comunidades indígenas y afrodescendientes y las empresas multinacionales. // En tal sentido, la Corte considera que, al menos en los temas indicados, la realización de la consulta previa se tornaba obligatoria, en los términos de la sentencia C-615 de 2009. En efecto, en numerosas ocasiones, la Corte ha señalado la relación existente entre la preservación de las culturas indígenas y afrodescendientes y las medidas que puedan afectar su territorio, como lo es precisamente la actividad minera.' En la sentencia C-941/10, la Corte tomó como indicador de la ausencia de afectación directa, el que durante el trámite de aprobación de este tratado internacional ante

el Congreso, y durante el trámite del control constitucional ante la Corte, no se realizaron pronunciamientos, manifestaciones, protestas ni objeciones por parte de los pueblos indígenas, en el sentido de que el tratado afectase sus derechos y por ello debiese consultarse previamente: ‘Adicionalmente, observadas las gacetas del Congreso respecto a los debates desarrollados, no se aprecia en principio manifestación alguna de haberse omitido el proceso de consulta previa a las comunidades indígenas. De igual modo, en la etapa de intervención ciudadana e invitaciones que se realizaron para exponer opiniones sobre la constitucionalidad del presente ALC, no se formuló reparo alguno respecto al desconocimiento de los derechos de los grupos étnicos’.”

52 “La Corte en la sentencia C-620/03 enunció el método de interpretación teleológico, y afirma que lo aplicó en su recuento histórico sobre la relación entre los Wayúu, las salinas y el Gobierno.”

53 Por ejemplo, la Ley Estatutaria 649 de 2001 desarrolló el tema de las circunscripciones especiales para la elección de la Cámara de Representantes, incluyendo lo relativo a dos curules que se reservan para miembros de las comunidades negras.

54 Ver entre otros, los fallos T-188 y T-380 de 1993, T-254 de 1994 y SU-510 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-139 y T-496 de 1996, T-523 de 1997, T-652 de 1998 y C-169 de 2001 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), SU-039 de 1997 y T-667A de 1998 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), T-030 de 2000 (M. P. Fabio Morón Díaz), T-606 de 2001 y T-375 de 2006 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-932 de 2001, T-603 y T-1090 ambas de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), T-1127 de 2001 y T-559 de 2006 (M. P. Jaime Araújo Rentería), T-782 de 2002 y T-811 de 2004 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), SU-383 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), T-552 de 2003, T-1238 de 2004 y C-030 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), T-778 de 2005, T-009 de 2007 y C-461 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-979 de 2006, T-586 de 2007, T-769 de 2009 y T-1045A de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), C-175 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-615 de 2009 y T-745 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-547 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-129 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

55 El concepto de acción afirmativa en cuanto mecanismo apropiado para el logro de la igualdad real y efectiva y sus efectos dentro de la dogmática constitucional han sido

ampliamente desarrollados por esta corporación desde sus inicios. Sobre este tema ver, entre muchos otros, citando sólo algunos más recientes, los fallos C-258 y T-1258 de 2008, T-030 y C-293 de 2010.

56 Ver en este sentido, entre otros, las autos A-004 y A-005 de 2009 (en ambos M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), dictados por la Corte Constitucional dentro del proceso de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado, en los cuales se reconocen y analizan pormenorizadamente las especiales circunstancias que agravan este problema cuando los sujetos afectados pertenecen a los grupos étnicos minoritarios, indígenas y afrodescendientes respectivamente.

57 La inclusión de este Convenio en el bloque de constitucionalidad se deriva del hecho de desarrollar un tema de derechos humanos y fue reconocida al menos desde el fallo SU-039 de 1997. Este planteamiento ha sido posteriormente reiterado en otras decisiones, entre ellas, los fallos SU-383 de 2003, C-620 de 2003 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), y en años más recientes C-208 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-030, C-461 y C-864 de 2008 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-175 y C-615 de 2009, C-063, T-745 y C-915 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-702 de 2010 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

58 Sentencia C-169 de 2001 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

59 Este criterio fue reiterado en el fallo T-955 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y en otros posteriores.

60 La Ley 99 de 1993 (“Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”), contiene normas que establecen la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades negras respecto de ciertas decisiones que pueden afectarlas, entre ellas el otorgamiento de licencias ambientales para la realización de obras, construcciones y proyectos dentro de sus territorios.

61 Según consta en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, el alcance territorial de esta norma (artículo 55 transitorio) fue objeto de amplia discusión entre sus miembros, pues mientras algunos preferían restringirlo a las comunidades ubicadas en la Cuenca del Pacífico,

otros propusieron extenderlo a la región Caribe, y eventualmente a todo el territorio nacional. El texto finalmente aprobado se refiere en principio a “zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico”, pero su parágrafo 1° dejó prevista la posibilidad de que estas reglas se apliquen a otras zonas del país, que presenten condiciones similares.

62 El artículo 27 de la Ley 48 de 1993 que regula esta situación fue declarado exequible mediante sentencia C-058 de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

63 Igualmente, se reseñó: “La ley tuvo origen en el Proyecto de ley número 01 de 2010 Senado, por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y se dictan otras disposiciones. Acumulado con el Proyecto de ley número 95 de 2010 Senado, por la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Proyecto de ley número 143 de 2010 Senado, por la cual se eliminan barreras de acceso en los servicios de salud y se dinamizan los procesos de atención, Proyecto de ley número 147 de 2010 Senado, por la cual se reforma parcialmente la ley 1122 de 2007 y se dictan otras disposiciones, Proyecto de ley número 160 de 2010 Senado, por la cual se modifica parcialmente el artículo 224 de la ley 100 de 1993, Proyecto de ley número 161 de 2010 Senado, por la cual se contribuye al fortalecimiento de las condiciones laborales y humanas de los estudiantes, trabajadores y profesionales de la salud y se fomenta la participación ciudadana en la prestación y administración de los servicios de salud, Proyecto de ley número 182 de 2010 Senado, por la cual se establecen medidas para fortalecer el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Proyecto de ley número 111 de 2010 Cámara, por la cual se modifican algunos Artículos de las leyes 100 del 26 de diciembre de 1993 y 1122 de 2007, Proyecto de ley número 126 de 2010 Cámara, por la cual se regula el servicio público de seguridad social en salud, se sustituye el Libro II de la ley 100 de 1993, se adopta el Estatuto Único del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, Proyecto de ley número 035 de 2010 de iniciativa gubernamental, por la cual se dispone lo relativo al financiamiento del defensor del usuario, y Proyecto de ley número 087 de 2010 Cámara, por la cual se modifican algunos artículos de las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007. Fue objeto de mensaje de urgencia gubernamental y fue debatido conjuntamente por las comisiones séptimas constitucionales permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes. Ver Gacetas del Congreso No. 435 de 2010, 913 de 2010, 914 de 2010, 1003 de 2010, 1004 de 2010, 1019 de 2010, 1048 de 2010, 1055 de 2010, 1077 de 2010, 1078 de 2010, 1079 de 2010,

1089 de 2010, 75 de 2011, 211 de 2011 y 287 de 2011.”

64 Cfr. Gaceta del Congreso N° 914 de noviembre 17 de 2010, pág. 2.

65 Cfr. Gaceta del Congreso N° 935 de noviembre 22 de 2010, págs.. 22 y 23.

66 Pág. 23 ib..

67 Gaceta del Congreso N° 75 de marzo 10 de 2011, pág. 145.

68 Gaceta del Congreso N° 78 de marzo 10 de 2011, pág. 93 y 94.

69 Corte Constitucional, sentencia C-641 de 2012 (MP Nilson Elías Pinilla Pinilla; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo).

70 Corte Constitucional, sentencia C-641 de 2012 (MP Nilson Elías Pinilla Pinilla; AV María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo).