

T-103-18

Sentencia T-103/18

MEDIDAS PROVISIONALES-Procedencia según Decreto 2591/91 artículo 7

MEDIDAS PROVISIONALES-Oportunidad para pronunciarse sobre solicitud

MEDIDAS PROVISIONALES-Finalidad

La protección provisional está dirigida a: i) proteger los derechos de los demandantes con el fin de impedir que un eventual amparo se torne ilusorio; ii) salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en discusión o en amenaza de vulneración; y iii) evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos objeto de análisis en el proceso, perjuicios que no se circunscriben a los que pueda sufrir el demandante. De ahí que, el juez está facultado para “ordenar lo que considere procedente” con arreglo a estos fines (inciso 2º del artículo transcrito).

Las medidas provisionales cuentan con restricciones, debido a que la discrecionalidad que entraña su ejercicio no implica un poder arbitrario u omnímodo. Por ello, la expedición de esa protección cautelar debe ser “razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada”.

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Reiteración de jurisprudencia

CONSULTA PREVIA-Reiteración de jurisprudencia

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

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

En el balance constitucional actual, la Corte ha indicado de manera constante y uniforme

que la consulta previa es un derecho de rango fundamental. Ello se sustenta en que esa garantía materializa los principios de participación de los grupos vulnerables. Inclusive, ese mandato de optimización adquiere una obligación reforzada en esos sujetos de especial protección constitucional, por ejemplo participación en los asuntos públicos (Art. 40 C.P). Así mismo, el precepto 7º de la Carta Política reconoce la diversidad cultural.

CONSULTA PREVIA-Alcance y subreglas

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A COMUNIDADES ETNICAS-Métodos interpretativos para identificar la afectación directa de estas comunidades

CONSULTA PREVIA-Criterios utilizados para identificar en qué casos procede por existir una afectación directa de los grupos étnicos

CONSULTA PREVIA-Asuntos que deben ser consultados o medidas que suponen afectación directa a la comunidad

AFECCION DIRECTA DE COMUNIDADES ETNICAS O TRIBALES-Sentido y alcance del concepto de afectación directa y su relación con el área de influencia directa

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAMENTE DIFERENCIADAS-Niveles de participación

APLICACION DE LA CONSULTA PREVIA EN MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DISTINTAS A LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES O DE CONSTRUCCION-Reiteración de jurisprudencia

En medidas administrativas distintas a las actividades de explotación de recursos naturales o de construcción, la aplicación del derecho a la consulta previa toma énfasis en la afectación cultural e identidad de la comunidad. En estas materias, el concepto clave de la concertación se preocupa por verificar que la alternativa o estrategia de las autoridades perturba la construcción y auto percepción de la identidad étnica y cultural del colectivo. Ello no deja de lado las demás fuentes de afectación específica, como son el territorio, los impactos ambientales y/o las hipótesis consignadas en el Convenio OIT 169. El criterio

cultural es un desafío para el juez constitucional, como quiera que debe entrar en un diálogo intercultural, el cual implica que sea sensible a las diversas visiones de mundo en múltiples ámbitos de la vida. Se requiere tomar en serio esas concepciones de los pueblos tribales y no banalizar el control judicial en una deferencia frente a la administración. Para ello, el juez debe reconocer los espacios mínimos de existencia de una comunidad y los relatos redentores de reivindicación de derechos.

DERECHO A LA SALUD DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS-Enfoque diferenciado

DERECHO A LA SALUD DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS-Desarrollo normativo interno del enfoque diferenciado

DERECHO A LA SALUD Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES INDIGENAS-Fundamento normativo

DERECHO A LA SALUD Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE COMUNIDADES INDIGENAS-Normas específicas que rigen la prestación del servicio de salud

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDÍGENA-Vulneración por Supersalud al trasladar a usuarios de EPS intervenida, a otras EPS que carecían de enfoque diferencial de atención a indígenas

Referencia: Expediente T-6.448.561

Acción de tutela formulada por el Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre contra la Superintendencia Nacional de Salud.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas

en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito de Montería -Córdoba- y el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba en el trámite de la acción de tutela incoada por el el Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre contra la Superintendencia Nacional de Salud.

En Auto del 14 de noviembre de dos mil diecisiete (2017), la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos, escogió los fallos proferidos en el expediente T-6.448.561 para que fueran revisados por esta Corporación. A su vez, en ese mismo proveído se asignó al Magistrado Alberto Rojas Ríos el plenario de la referencia para su sustanciación.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El 18 de marzo de 1998, el Cabildo Mayor del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento de Córdoba y Sucre se constituyó como la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre -MANEXKA- y se aprobaron sus estatutos. Por medio de las Resoluciones No 0018 del 28 de abril y 0043 del 30 de noviembre de 1998, el Ministerio del Interior reconoció que esa organización era una entidad de naturaleza pública sin ánimo de lucro.

1.2. A través de Acta No 001 de 2001, la Asociación amplió su objeto para operar como administradora de los recursos del régimen subsidiado en salud de naturaleza indígena, permiso de actividad que obtuvo por parte del Estado. Mediante la Resolución No 00264 del 3 de marzo de 2009, la Superintendencia de Salud habilitó a MANEXKA para que fungiera como Empresa Promotora de Salud Indígena -EPSI- con una capacidad de afiliación de 215.000 usuarios (75,56% indígenas y 24,44% población general).

1.3. Por medio la Resolución No 002262 del 4 de agosto de 2016, la Superintendencia

Nacional de Salud adoptó medida preventiva de vigilancia administrativa especial a la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA, según establece el Estatuto Orgánico Financiero, por lo que designó como controlador de seguimiento a la firma Sociedad de Auditorías & Consultorías S.A.S – SAC CONSULTING S.A.S, compañía que se encargaría de realizar informes auditoría, los cuales se dirigirían a la Superintendencia referida. MANEXKA Empresa Promotora de Salud Indígena recurrió dicho acto administrativo, empero éste fue confirmado mediante Resolución del 15 de Febrero de 2017 y, en consecuencia se mantuvo la medida preventiva especial a la mencionada empresa promotora de salud indígena.

1.4. Con base en la información recaudada en la vigilancia administrativa especial[1], la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Resolución No 00527 del 27 de marzo de 2017, acto jurídico que ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA. El 28 de marzo de dicha anualidad, funcionarios de la mencionada Superintendencia ocuparon las oficinas de esa empresa promotora de salud indígena con el fin de materializar lo ordenado en la resolución referenciada.

A su vez, dispuso la intervención forzosa para liquidar la Asociación de Cabildos de Indígenas Zenú de San Andrés de Sotavento –MANEXKA-, de modo que autorizó al agente liquidador para “una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, comience a realizar los traslados de los usuarios”[2] a otras empresas promotoras de salud. Designó como agente liquidador de la entidad al ciudadano Gidardo Tijaro Galindo.

1.5. Propuesto el recurso de reposición, a través de la Resolución 001767 del 9 de junio de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud confirmó la Resolución No 00527 del 27 de marzo de 2017, por lo que se mantuvo la decisión de tomar posesión de los bienes, haberes y negocios de MANEXKA. Sin embargo, se precisó que la liquidación se concentra en su objeto social de administradora de recursos del sistema de salud, es decir, en su calidad de empresa promotora de salud indígena y no en la persona de jurídica de derecho público que corresponde con la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre –MANEXKA-.

1.6. La Superintendencia retuvo los bienes de la entidad y trasladó los usuarios afiliados a la misma a otras Empresas Promotoras de Salud que mantienen la operación en

la zona de influencia de MANEXKA, como son: i) COMFASUCRE; ii) CAJACOPI, iii) NUEVA EPS; iv) COOSALUD; y c) MUTUAL SER EPS.

2. Solicitud de Tutela

El ciudadano Eder Eduardo Espitia Estrada, en calidad de representante legal del Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre, formuló acción de tutela contra la Superintendencia Nacional de Salud, en razón de que la Resolución No 00527 del 27 de marzo de 2017, acto administrativo que había iniciado el procedimiento de intervención forzosa, toma de posesión y liquidación de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre -MANEXKA -EPSI, desconoció los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso administrativo de la comunidad que representa.

El primero, porque se adelantaron los trámites mencionados, sin que se agotara la concertación con esa autoridad, pese a que la intervención forzosa y liquidación de la entidad constituye una afectación directa y no es una medida general. La perturbación consistió en que se: i) elimina un sistema propio de salud de la comunidad Zenú; ii) suprime una entidad que ofrece servicios de salud ancestral, situación que restringe su autonomía; iii) usó la fuerza y coerción contra la comunidad indígena; iii) afecta la estabilidad laboral de los trabajadores de la EPSI MANEXKA; y iv) violó el derecho del pueblo Zenú a continuar con la construcción del sistema de salud propio y organizado por éste. Además, se trasladaron los usuarios de MANEXKA a empresas promotoras de salud que carecen de los medios necesarios para atender a los afiliados indígenas, pues no poseen servicios e instalaciones acordes con la identidad cultural y enfoque diferencial del pueblo Zenú.

El segundo, toda vez que la entidad demandada adoptó la medida más perjudicial para la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA, o sea su liquidación. Denunció que la institución de vigilancia tenía la competencia para revocar el permiso de operación y no para liquidar a la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA. También censuró que la Superintendencia Nacional de Salud nunca corrió traslado de los informes y documentos que sustentaron la decisión. Inclusive, indicó que no pudo acceder a la información necesaria para cuestionar el acto administrativo de toma de posesión, toda vez que ésta se encontraba en los discos duros que habían sido sustraídos por parte de la institución

accionada.

Así, el representante del cabildo pidió la tutela transitoria de sus derechos, ya que se encuentra ante el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable y existen otros mecanismos de defensa judicial, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. La lesión es inminente, porque el Cabildo Mayor Indígena de San Andrés de Sotavento va ser liquidado y va a desaparecer del mundo jurídico, situación que requiere medidas urgentes. El perjuicio es grave, dado que esa decisión se adoptó de forma arbitraria.

Por ende, solicitó los siguientes actos: i) suspender la Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017; ii) detener el proceso de liquidación de la EPSI MANEXKA; iii) restituir los usuarios trasladados a otras empresas promotoras de salud; iv) girar los recursos del régimen subsidiado de salud que no fueron desembolsados; v) devolver los bienes de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA; y vi) garantizar el derecho al debido proceso en el trámite de intervención forzosa y de liquidación.

3. Intervención de la parte demandada

La ciudadana Marcela Gómez Martínez, Asesora del Despacho del Superintendente Nacional de Salud, en calidad de representante judicial de la Superintendencia Nacional de Salud, se opuso a la acción de tutela en los términos que se esbozan a continuación.

En el informe, la funcionaria describió el procedimiento de inspección y vigilancia que había adelantado la Superintendencia Nacional de Salud sobre la EPSI MANEXKA. Al respecto, indicó que los auditores y las Superintendencias Delegadas habían hallado varios problemas en el funcionamiento de la empresa promotora de Salud, inconvenientes que referenciaban problemas operacionales que tenían la virtualidad de afectar a la comunidad afiliada. Advirtió que esos documentos habían recomendado la intervención de MANEXKA y su toma de posesión, por lo que se procedió a materializar dichos consejos.

En relación con la censura de desconocimiento del derecho a la consulta previa, la representante judicial aseveró que la medida de toma de posesión de la empresa promotora de salud y su liquidación no puso en riesgo la comunidad indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, debido que sólo el 18,92 % de afiliados de MANEXKA EPSI pertenecen a ese

grupo étnico. Además, las medidas especiales implementadas por la Superintendencia Nacional de Salud no son objeto de consulta previa, porque son de carácter general, al afectar a todas las empresas promotoras de salud de manera uniforme. Tales decisiones carecen de la finalidad de perturbar la calidad de vida de los pueblos tribales o de cercenar su participación. Tampoco están ligadas a su definición de identidad, conocimiento ancestral y autonomía. Por ende, esas medidas no constituyen afectación directa para las comunidades étnicas. Sustentó su posición en el certificado de ausencia de consulta previa en la toma de posesión y liquidación de la EPSI MANEEXKA, proferido por el Ministerio del Interior.

Además, manifestó que el traslado de pacientes de la EPSI MANEXKA a otras empresas promotoras de salud no debía ser objeto de concertación, como quiera que se hizo para garantizar el derecho a la salud de los usuarios afiliados a la persona jurídica intervenida. En todo caso, la consulta previa con las autoridades indígenas operaría en el marco de los 90 días posteriores a los traslados de los pacientes a las nuevas administradoras.

Frente a la presunta vulneración del derecho al debido proceso en la intervención forzosa administrativa para liquidar a MANEXKA, la asesora del Despacho del Superintendente adujo que ese trámite había observado todas las garantías constitucionales y legales, al igual que se había sometido al procedimiento establecido. Por ejemplo, se cumplieron los siguientes pasos: i) emplazamiento en un periódico de amplia circulación del procedimiento de intervención forzosa; e ii) identificación del pasivo de la empresa en acto administrativo motivado.

La abogada aseveró que la resolución cuestionada se había sustentado en un trámite previo de vigilancia especial, por lo que la EPSI MANEXKA no fue tomada desprevenida ante la determinación de intervención forzosa. De hecho, esa empresa promotora de salud nunca llevó a cabo el plan de acción ni cumplió las recomendaciones de la Superintendencia en ello.

Ante esa situación, solicitó que la acción de tutela fuese declarada improcedente, debido a que no existe prueba si quiera sumaria de la vulneración de los derechos. Agregó que tampoco se presenta riesgo de la configuración de un perjuicio irremediable.

4. Intervención del agente liquidador de MANEXKA EPSI

El Agente Liquidador de MANEXKA EPSI solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente, por cuanto no existe prueba de vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad accionante. Indicó que la medida de intervención forzosa pretende salvaguardar los derechos a la salud de los afiliados a la empresa promotora de salud demandada. También adujo que esa determinación se basó en informes recopilados en el procedimiento de vigilancia especial.

Adujo que no hubo desconocimiento de los derechos a la consulta y al debido proceso. El primero, toda vez que los actos administrativos tienen presunción de legalidad y respetaron el Convenio OIT 169. La medida adoptada busca garantizar derechos de la comunidad indígena. Los pacientes podrán usar su libertad de afiliación después de los 90 días del traslado. El segundo, como quiera que la Superintendencia Nacional de Salud tiene la competencia para intervenir a las empresas vigiladas.

Finalmente, informó que fue expulsado por autoridades indígenas de la sede de la EPSI MANEXKA, en consecuencia tuvo que abandonar esas instalaciones y retomar su trabajo desde la ciudad de Bogotá.

5. Sentencia de tutela de primera instancia

En fallo del 2 de mayo de 2017, el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería amparó, de manera transitoria, los derechos a la consulta previa y al debido proceso administrativo invocados por el Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre, dado que la Superintendencia Nacional Salud no adoptó las medidas requeridas para evitar que se desestabilizara el sistema de salud especial de indígenas con la liquidación de Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA; entre ellas, omitió la concertación con la comunidad y la aplicación del enfoque diferencial, que ordena el artículo 13 superior, al momento de expedir la Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017.

En este aspecto, reprochó que la decisión de intervención forzosa no hubiese adoptado las medidas afirmativas necesarias para garantizar los derechos fundamentales de los afiliados indígenas. Con esa omisión se desconoció el enfoque diferencial que ordena la ley.

Así mismo, censuró que no se había efectuado el diálogo con el colectivo étnico diverso,

cuando trasladó a los usuarios indígenas a otras EPS. Además, concluyó que el acto administrativo cuestionado había incurrido en incongruencia entre su parte motiva y resolutive, en razón de que la Superintendencia de Salud profirió una medida que sobrepasaba su competencia, al ordenar la liquidación de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba – Sucre y no exclusivamente de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA, empresa objeto de intervención administrativa.

En virtud de lo expuesto, el a-quo suspendió provisionalmente los efectos de la Resolución No 000527 del 27 de marzo de 2017 hasta que se formulara demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, plazo que no podía sobrepasar el término de caducidad de la acción contenciosa. Además, dispuso que “el estado de cosas” volviera a ser el que era antes de la toma de posesión de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA, por lo que se debía restituir los bienes de esa empresa y los usuarios que se encontraban a la misma.

6. Impugnación

6.1. La Superintendencia Nacional de Salud impugnó la decisión de primera instancia con sustento en que la acción de tutela es improcedente para retrotraer los efectos de un acto administrativo. El ciudadano tiene a su disposición el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual no ha sido desplazado por la acción de tutela. Ese otro mecanismo de defensa judicial cuenta con la suspensión provisional de los actos administrativos, institución que refuerza la eficacia de esa herramienta procesal, toda vez que debe ser resuelta en el mismo tiempo que la acción de amparo de derechos fundamentales.

Censuró que el juez de primera instancia hubiese descartado, sin justificación alguna, las pruebas técnicas que sustentaron la Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017, medios de convicción que evidenciaban los problemas operacionales de MANEXKA. En los demás aspectos, la entidad reiteró los argumentos de la contestación de la acción de tutela.

6.2. Edwin Gaspar Jerónimo, miembro del Pueblo Zenú, coadyuvó la impugnación formulada por la Superintendencia Nacional de Salud. Pidió que el fallo de primera instancia

sea revocado, debido a que omitió estudiar los siguientes elementos de juicio: i) la decisión de intervención forzosa se justificó en informes técnicos que demostraron los riesgos operacionales en salud de MANEXK, por ejemplo no reportó el plan de acción en el marco de la vigilancia especial o persisten graves deficiencias en la prestación de los servicios de salud de las personas; y ii) no se evidencia que la institución atacada hubiese violado un derecho fundamental del accionante, quién tiene a su disposición otros medio de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales. La Superintendencia Nacional de salud sólo pretendió garantizar los derechos a la salud de miles de personas de la etnia Zenú, al liquidar MANEXKA y ordenar el traslado de sus afiliados a otra empresa promotora de salud.

6.3. El Agente liquidador de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA, nombrado en la Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017, cuestionó la decisión del a quo y solicitó que ésta fuese revocada, por cuanto los trámites de intervención forzosa y de toma de posesión de la asociación no requieren de consulta previa de la comunidad indígena. Lo anterior, en razón de que esos procedimientos afectan el manejo de los recursos del sistema de salud y no el autogobierno del pueblo Zenú. Así mismo, indicó que el demandante no había acreditado la existencia de un riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

6.4. La Procuradora I Judicial 1º Civil Laboral de Montería, Córdoba, formuló recurso de alzada contra la providencia de primer grado, impugnación que se fundamentó en que la acción de tutela es improcedente para censurar actos administrativos, debido a que el ordenamiento jurídico consagró el medio de control de nulidad y restablecimiento para tal fin. Además, aseveró que en la presente causa no se evidencia el riesgo de que se consume un perjuicio irremediable en los derechos de los actores.

6.5. El Procurador 124 Judicial II Administrativo de Montería, Córdoba emitió concepto sobre la presente causa. En primer lugar, consideró que la acción de tutela era improcedente para cuestionar los actos administrativos que intervinieron forzosamente a MANEXKA EPSI, porque la comunidad demandante tiene a su disposición medios ordinarios de defensa judicial eficaces e idóneos para garantizar sus derechos, herramientas procesales que poseen la suspensión provisional de los actos administrativos, petición que debe resolverse en 10 días. Así mismo, no se evidencia un riesgo de configuración de

perjuicio irremediable en los derechos del pueblo Zenú. En segundo lugar, concluyó que el traslado indiscriminado de los pacientes de MANEXKA EPSI entraña un quebranto al derecho a la salud del colectivo étnico diverso, debido a que las empresas receptoras carecían de un enfoque global diferencial en el derecho a la salud.

7. Decisión de segunda instancia

En Sentencia del 14 de junio de 2017, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba confirmó el amparo sobre el derecho a la consulta previa del Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre. Aunque, modificó las órdenes proferidas por el a-quo de la siguiente forma: i) dejar sin efecto las Resoluciones 00527 y 001767 de 2017, actos administrativos que dispusieron la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, así como la intervención forzosa para liquidar la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA; ii) devolver los bienes que fueron objeto de posesión; iii) regresar a la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA los afiliados trasladados a otras EPS; y iv) realizar consulta previa para que se adelanten esos procedimientos.

Esa determinación se basó en que los trámites de intervención forzosa, traslado de usuarios y toma de posesión debieron ser objeto de concertación con la comunidad, como quiera que afectaron de manera directa al pueblo Zenú. Esas medidas perjudicaron a una Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA que posee mayoritariamente afiliados indígenas, dado que, el 75.55% de los usuarios de esa empresa pertenecen a ese grupo étnico diverso. Al mismo tiempo, esa perturbación se produjo, porque el traslado de los pacientes de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA se había producido con destino a otras EPS que carecían de prestadores con enfoque diferencial para atender a una colectividad indígena. La denunciada perturbación no se superó con la contratación de instituciones prestadoras de servicio de salud étnicas diversas por parte de las empresas promotoras de salud donde fueron remitidos los afiliados de MANEXKA. Las resoluciones cuestionadas omitieron la concertación con la colectividad étnica diversa.

En contraste, el juez colegiado de segunda instancia declaró improcedente la acción de tutela en relación con el derecho al debido proceso administrativo, toda vez que la comunidad peticionaria tiene la opción de acudir al medio ordinario de defensa judicial para

obtener la protección de esa salvaguarda, al no existir riesgo que se configure un perjuicio irremediable. Ello, porque, en la Resolución 001767 del 9 de junio de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud precisó que la intervención forzosa y la liquidación recaía sobre la EPSI MANEXKA y no sobre la totalidad de los objetos sociales desarrollados por la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba – Sucre MANEXKA. Además, señaló que la empresa promotora de salud pudo controvertir las decisiones y ejercer su derecho de defensa en el procedimiento de vigilancia.

La funcionaria Paula Robledo Silva, Defensora Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales, pidió que los fallos de instancia fueran revocados con el fin de que la acción de tutela sea negada.

La representante del Ministerio Público manifestó que la toma de posesión y liquidación de una EPS indígena no requieren de consulta previa con la comunidad, debido a que es una medida transitoria y excepcional que busca la protección de la colectividad, en este caso la etnia Zenú. No se trata de una intromisión intolerante en las dinámicas económicas, sociales y culturales que determinan su cosmovisión. Las medidas adoptadas jamás implican que la comunidad quede imposibilitada para que el pueblo Zenú ejerza su derecho a la libre escogencia de empresa promotora de salud dentro del trámite respectivo.

Conjuntamente, indicó que la colectividad participó en regulación de la normatividad de apertura, manejo financiero, permanencia, cierre y liquidación de estructuras propias de salud de las comunidades étnicas diversas, empero esa concertación no puede extenderse a las decisiones de la Superintendencia Nacional de Salud que se aplican a las situaciones concretas, pues éstas deben ser tomadas de manera ágil y célere para garantizar el servicio de salud. Advirtió que someter a concertación ese tipo de acciones afectaría la eficacia y la finalidad de esas medidas correctivas, al igual que sería un precedente inconveniente para la función de vigilancia, control y corrección.

Precisó que la Resolución 000527 de 2017 había reportado hallazgos en la operación de MANEXKA EPSI, entre los que se encontraban: i) las prácticas financieras inseguras; ii) la manipulación de estados financieros – sobreestimación de valor de activos e ingresos financieros-; iii) la omisión de control en el sector salud; iv) la posible comisión de delitos

contra el patrimonio público -peculado por aplicación oficial diferente de recursos de la Seguridad Social a favor de terceros: recursos destinados al pago de la prestación de servicios de salud usados en el desembolso de nómina de la EPSI, celebración indebida de contratos, suscripción de negocios jurídicos sin el cumplimiento de requisitos legales, omisión de control en el sector de la salud-, y v) ocultamiento y pérdida de información financiera y contable. Así las cosas, dejar sin valor y efecto el mencionado acto administrativo significaría desconocer el deber del Estado de garantizar el derecho a la salud de los afiliados, y de preservar el interés general así como patrimonio público.

9. Pruebas relevantes del expediente

- Fotocopia del acta del registro de la Junta del Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú ante la Alcaldía Municipal de Tuchín, Córdoba, Departamento de Córdoba, documento que evidencia que el señor Eder Eduardo Espitia Estrada, identificado con la cédula de ciudadanía No 11060114 de San Andrés de Sotavento, tendría la calidad de Cacique Mayor Regional del pueblo Zenú por un período de 3 años, plazo comprendido entre el 1º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2017. (Folio 141 Cuaderno 1)

- Copia del certificado No 16-000000452-DAI-2200 proferido por el Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior y de Justicia, oficio que indicó que, mediante Resolución No. 54 del 21 de septiembre de 1984 y ampliado a través de Resoluciones No 51 del 23 de julio de 1990, No 43 del 30 de noviembre de 1998 y el Acuerdo No 234 del 23 de diciembre de 2010, se había reconocido el Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento. A su vez, constató que el señor Eder Eduardo Espitia Estrada, identificado con la cédula de ciudadanía No 11060114 de San Andrés de Sotavento, tiene la calidad de Cacique Mayor Regional del pueblo Zenú (Folios 148 Cuaderno 1).

- Copia de los estatutos de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA, documento que muestra que es una entidad de derecho público de carácter especial. Dicha institución tiene varios objetos sociales, entre ellos, administrar los recursos provenientes del Régimen Subsidiado de la Seguridad Social mediante la conformación de una Empresa Promotora de Salud Indígena. (Folios 7-97 Cuaderno 1)

- Copia de la Resolución No 002262 del 04 de agosto de 2016 proferida por

parte de la Superintendencia Nacional de Salud -SNS-. En ese acto administrativo se adoptó la medida de vigilancia especial sobre la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA, Empresa Promotora de Salud Indígena.

En los considerandos, se reseñó que: i) los artículos 48 y 49 de la Constitución, 154 de la Ley 100 de 1993, 69 de la Ley 1753 de 2015, 113 del Estatuto Financiero y 2.5.5.1. del Decreto 780 de 2016 otorgan a la SNS la competencia de realizar vigilancia y control sobre la actividad de las empresas promotoras de salud con el fin de que funcionen de manera adecuada; ii) la Superintendencia Delegada para Supervisión de Riesgos presentó concepto técnico donde se evidenció que MANEXKA EPSI padece de riesgos legales, reputacionales, en salud, operativos y financieros; iii) la Superintendencia Delegada para Supervisión Institucional presentó al Comité de Medidas Especiales concepto técnico sobre MANEXKA, escrito que concluyó padecía de varios inconvenientes, por ejemplo la EPSI referida superó su capacidad de afiliación autorizada en los Departamentos de Córdoba y Sucre, o ha tenido problemas para garantizar los servicios de baja, mediana y alta complejidad; iv) el informe de auditoría realizado por la firma Consorcio Audisupersalud del año 2015 halló irregularidades en el flujo de recursos para las vigencias de los años 2014 y primer semestre de 2015; v) la Superintendencia Delegada para la Protección del Usuario emitió un informe estadístico, que demostraba el aumento de peticiones, quejas, reclamos y denuncias sobre MANEXKA en un 91.7% para el año 2015. En ese contexto, el Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud recomendó a la SNS implementar medida preventiva de vigilancia especial sobre MAEXKA EPSI.

En la parte resolutive, se adoptó la medida preventiva de vigilancia especial a la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA. Como consecuencia de ello, se ordenó a la EPSI referida que presentara un plan de acción para conjurar los riesgos encontrados por la Superintendencia. Además, se revocó al revisor fiscal de MANEXKA y se designó como contralor de la medida preventiva a la firma Sociedad de Auditorías & Consultorías S.A.S – SAC. Se indicó que esa última compañía debería velar por el cumplimiento de la vigilancia especial, por lo que presentara informes de gestión de la EPSI MANEXKA (Folio 132 y 208 del Cuaderno No 1)

· Copia de la Resolución No 00289 del 15 de febrero de 2017 proferida por parte

de la Superintendencia Nacional de Salud –SNS-. En ese acto administrativo se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra Resolución No, 002262 del 4 de agosto de 2016, que adoptó la medida de vigilancia especial sobre la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA, Empresa Promotora de Salud Indígena.

En los considerandos, la SNS rechazó los argumentos de falsa motivación que había formulado el recurrente en relación con el retiro del revisor fiscal de la EPS indígena. Sobre el particular, la entidad sustentó sus determinaciones en los riesgos legales, reputacionales, de salud, operativas y financieras. (Folios 126-143 Cuaderno 1)

· Copia de la Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017 proferida por parte de la Superintendencia Nacional de Salud –SNS-. Ese acto administrativo ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, y la intervención forzosa administrativa para liquidar la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA.

En los considerandos, se precisó que: i) Decreto 780 de 2016 asignó a la SNS la competencia de tomar posesión de las empresas promotoras de salud con fines de liquidación; ii) el contralor de la vigilancia especial para MANEXKA, la Sociedad Auditorias & Consultorías S.A.S, reportó que los estados financieros de esa empresa promotora de salud no presentan razonablemente la situación financiera, económica y social de sus operaciones, de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados. Por ejemplo, MANEXKA incumplió el patrimonio mínimo, las condiciones de habilitación financiera e indicadores de permanencia y los requerimientos técnicos científicos en la atención de los menores de 5 años; ii) la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional estimó que existían deficiencias en la caracterización de los afiliados como pertenecientes a la etnia indígena, de modo que podrían existir pagos indebidos de unidad de pago por capitación (UPC) diferencial. Además, reconoció que no se habían observado las obligaciones de aseguramiento de oportunidad de atención derivada de las órdenes de la Sentencia T-760 de 2008. También encontró un exceso de gasto administrativo, entre otros; iii) la Unión Temporal Auditoría referenció el informe 024 de 2016, documento en que se plasmaron los hallazgos que ejemplificaron falencias en los estados financieros de MANEXKA; iv) la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos concluyó que la

empresa promotora de salud mencionada tiene riesgo legal – por imposición de sanciones –, riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo – por sindicación de altos directivos de MANEXKA a procesos penales e incumplimiento de las instrucciones de la Circular Externa 009 de 2016-, riesgo reputacional -por aumento de quejas en los años 2015 y 2016 -, en salud y operativo -inobservancia de indicadores en salud sexual y reproductiva, y la deficiencia en atención a menores de 5 años, detección de cáncer de cuello uterino, citas de ginecobstetricia y estrategias de captación temprana de la población gestante-, financieros -por crecimiento de pasivos-; y v) la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales esbozó que el plan de acción presentado por MANEXKA EPSI careció de estrategias específicas para superar los riesgos identificados en la Resolución 002262 de 2016. Esa metodología apenas propone actividades de diagnóstico. Con base en esos conceptos, la Superintendencia sintetizó que MANEXKA EPSI no se encuentra en condiciones de ejercer su actividad social por lo que debe procederse a su liquidación.

En la parte resolutoria, se ordenó tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, por dos años, y la intervención forzosa para liquidar la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA. Entonces, comisionó a la Superintendente Delegado de Medidas Especiales para ejecutar las determinaciones de ese acto administrativo. También dispuso medidas preventivas, como la guarda de bienes de la EPSI y la suspensión de los procesos de jurisdicción coactiva. Se designó como agente liquidador al ciudadano Gildardo Tijaro Galindo, quien tendría la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la entidad. Así mismo, garantizaría el traslado de los afiliados de MANEXKA a otras EPSI. También se designó como contralor de la medida a la Sociedad de Auditorías & Consultorías S.A.S – SAC Consultign S.A.S-, empresa que estaba obligada a remitir informes a la SNS. (Folios 98-125 del Cuaderno No 1 y Folios 254-282 del Cuaderno de la Corte)

· Copia del recurso de reposición formulado por la Empresa Promotora Salud Indígena MANEXKA EPSI contra la Resolución 000527 de 2017, que ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la Asociación de Cabildos del Resguardos Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA. El recurrente sustentó su inconformidad en los siguientes aspectos:

i) la SNS carece de la competencia para liquidar a la persona jurídica de la Asociación de Cabildos del Resguardos Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA, orden que se tomó en el acto administrativo atacado.

ii) la resolución cuestionada es ilegal, dado que no fue objeto de consulta previa, tal como obliga el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011 y el convenio 169 de la OIT. Al respecto, señaló que la medida de intervención y de liquidación de MANEXKA EPSI constituye una afectación directa a la comunidad Zenú, al punto que la medida debe ser concertada con ésta.

iii) la SNS negó el derecho de contradicción y defensa, porque la EPSI no tuvo la opción de presentar pruebas para desvirtuar el acto administrativo cuestionado. Los medios de convicción fueron sustraídos por el Superintendente Delegado para las Medidas Especiales, por lo que no podían desvirtuar las conclusiones de la SNS.

iv) la decisión de la superintendencia desconoce la autonomía del pueblo Zenú para tener un sistema de salud propio que revise sus prácticas ancestrales médicas. En efecto, el derecho a una medicina cultural se ve quebrantado.

v) el acto administrativo cuestionado incurrió en falsa motivación, al aplicar condiciones de habilitación financiera de las EPS que carecen diversidad étnica. En concreto, denunció que el artículo 2.5.2.2.1.15 no podía ser utilizado para resolver el caso de MANEXKA EPSI.

vi) la SNS vulneró el derecho al debido proceso de la EPSI MANEXKA, porque no puso en conocimiento de ésta el informe del agente controlador designado para verificar la medida de vigilancia especial, ni aprobó el plan de acción designado. (Folios 287 y 343 del Cuaderno No 2)

· Copia de la Resolución 1757 del 9 de junio de 2017 proferida por parte de la Superintendencia Nacional de Salud -SNS-. Ese acto administrativo resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017, que ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA.

La entidad señaló que el peticionario se equivoca cuando advierte que la SNS carece de la

competencia para liquidar la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA, Empresa Promotora de Salud Indígena. Lo anterior, dado que esa entidad tiene varios objetos sociales, entre los que se encuentra la administración de recursos del sistema de salud, y en consecuencia esa persona jurídica es la misma que MANEXKA EPSI. Sin embargo, aclaró que la medida de liquidación recae exclusivamente sobre la actividad asociada a la administración de los recursos provenientes del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Subrayó que la SNS no había pretendido eliminar todas las actividades que desarrolla la asociación cabildos.

El ente de control descartó la vulneración del derecho a la consulta previa, debido a que la resolución cuestionada es una medida de carácter general que no produce afectación directa sobre la comunidad Zenú. La intervención y liquidación sobre las empresas promotoras de salud indígenas no perturban a la comunidad sino a una persona jurídica distinta, puesto que su fin último es salvaguardar el interés público representado en garantía de los derechos de los usuarios del servicio de salud. A su vez, adujo que la mayoría de los afiliados a MANEXKA EPSI no hacían parte de la población indígena. Recordó que uno de los hallazgos había consistido en identificar que existía deficiencia en la caracterización de la comunidad étnica diversa, al punto que se presentó un pago indebido de UPC diferencial. También, aseveró que ese argumento desvirtúa la supuesta afectación del derecho a la salud del pueblo Zenú, debido a que es imposible sostener que la medida de liquidación impide a esta comunidad tener un sistema de atención propio que revise sus prácticas ancestrales, cuando la mayoría de sus afiliados no son indígenas.

La Superintendencia Nacional de Salud descartó el argumento de sustracción ilegal de los discos duros y otros documentos, así como el sellamiento de las oficinas con fundamento en que ese tipo de acciones se encuentran respaldadas por el Decreto 2555 de 2010. La toma de posesión de los bienes es una de las medidas preventivas que existen en el ordenamiento jurídico. Además, indicó que el agente liquidador y representante legal de MANEXKA es la persona que tiene acceso a los discos duros y la posibilidad de levantar los sellos, por lo que la SNS no puede hacer nada al respecto.

En contraste, la SNS reconoció que había incurrido en un yerro, al utilizar en los considerandos de la Resolución 000527 de 2017 el artículo 2.5.2.2.1.15. No obstante, advirtió

que ese error no vicia de nulidad el acto administrativo, dado que la referencia es tangencial y la medida de intervención forzosa y de toma de posición tuvo sustento en otras normas.

Con base en las consideraciones anteriores, la SNS confirmó la Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017 y ordenó las notificaciones correspondientes. (Folios 308 - 410 del Cuaderno de la Corte Constitucional)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en sede de revisión en relación con el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política Colombiana, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Cuestión previa: solicitud de medida cautelar

2. El Superintendente Nacional de Salud solicitó que se suspendiera provisionalmente el cumplimiento de lo ordenado por los jueces de primera y segunda instancia en el proceso de tutela y el incidente desacato abierto en contra del Superintendente Nacional de Salud (E) hasta que se resuelva la revisión de los fallos de esta causa. Además, pidió que se desvinculara del procedimiento de incidente de desacato al ciudadano Norman Julio Muñoz Muñoz, Superintendente Nacional de Salud, debido a que, mediante Decreto 1744 de 2017, la Procuraduría General de la Nación suspendió al funcionario mencionado, situación que impide que éste pueda adelantar algún acto tendiente a observar las decisiones proferidas en el presente proceso.

El Despacho del Superintendente sustentó su petición cautelar en que las órdenes expedidas en los fallos de tutela y en los autos del trámite del incidente de desacato han limitado las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud. Es más, indicó que el cumplimiento de los mandatos judiciales pone en riesgo a 210.000 usuarios del sistema de salud, dado que se obligó a trasladar a los afiliados, sin que se revisara que la EPS receptora contara con las condiciones mínimas para atender a

esos pacientes.

En concreto, precisó que la suspensión de las sentencias de instancia se requiere para evitar la configuración de un riesgo en el derecho a la salud de 210.000 personas, quienes podrían quedar sin atención de salud por las ineficiencias en la operación de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA. Además, la compañía mencionada volvería a administrar recursos del sistema de seguridad social, gestión que ha sido reprochada por las Delegadas de la Supervisión de Riesgos y de la Supervisión Institucional Superintendencia en el marco de la medida preventiva para la vigilancia administrativa especial. Tales hallazgos fueron remitidos a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación.

Al respecto, reseñó que esa empresa promotora de salud indígena padece de las siguientes falencias: i) alta tasa de mortalidad infantil y perinatal (informe forense de SAC CONSULTING S.A.S); ii) deficiencias en la caracterización de la población indígena, al punto que se concluyó que en realidad tiene el 18, 92% de ese grupo étnico entre sus afiliados, por lo que podría haber recibido unidad de pago por capitación -UPC- diferencial sin contar con esa población étnica (auditoría forense de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional); iii) incumplimiento de las obligaciones para asegurar oportunamente la atención con riesgo de la población afiliada, al no contar con el acceso y oportunidad de los servicios de salud que requieren (auditoría forense de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional); iv) afectación a los procesos de aseguramiento de la población, debido a la captura de casi la totalidad de la planta directiva de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA (auditoría forense de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional); v) falta de progresividad en la prestación de los servicios de salud durante las vigencias vigiladas de 2015-2016 y falta de seguimiento de los indicadores de la Sentencia T-760 de 2008 (auditoría forense de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional); vi) falta de verificación del suministro de los medicamentos para población afectada (auditoría forense de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional); vii) la presencia de peligros operativos, por ejemplo en salud sexual y reproductiva, el aumento de reclamos en la prestación de servicios de cáncer y crecimiento en el tiempo de asignación de citas (informe técnico de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos); y viii) malversación de los recursos de salud (Informe Contraloría General de la República).

El escenario descrito evidencia, según el criterio del Superintendente de Salud, una certeza del riesgo de vulneración del derecho a la salud de los usuarios que serían trasladados a MINEXKA, amenaza que pueden sufrir los afiliados a esa EPSI ante las diversas dilaciones en la prestación de los servicios de salud, verbigracia el alto índice de mortalidad infantil. También, manifestó que existe conexidad entre la medida provisional y la protección de los derechos amenazados, como quiera que la suspensión podría evitar que se vean afectadas personas que requieren la asistencia en salud.

Pronunciamiento de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotaveno Córdoba y Sucre MANEXKA Empresa Promotora de Salud Indígena - sobre la medida provisional solicitada

3. El apoderado judicial de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotaveno Córdoba y Sucre MANEXKA Empresa Promotora de Salud Indígena se opuso a la solicitud de medidas provisionales, toda vez que se fundó en informes desconocidos para esa empresa. Resaltó que sólo pudo conocer esos documentos con la notificación del acto administrativo de toma de posesión con fin de liquidación. Así mismo, argumentó que el traslado de los usuarios y la intervención forzosa ocurrió sin que se hubiese realizado consulta previa con la comunidad étnica plenamente diferenciada, ni garantizado el derecho al debido proceso.

Además, manifestó que no es cierto que exista riesgo en salud para la población afiliada a la empresa promotora de salud indígena. Por el contrario, MANEXKA EPSI tiene garantizada la red de prestación de servicio para atender a las 210.000 personas que deben retornar a la empresa, como lo ha realizado por 20 años. Inclusive, resaltó que la EPSI cuenta con todas condiciones técnicas, científicas y financieras para prestar los servicios de salud con enfoque diferencial, por ejemplo ocupó el segundo puesto en el ranking de EPS indígenas y cuenta con los contratos suficientes para garantizar la atención en salud. A su vez, mencionó que desde la toma de posesión se han producido alrededor de 100 muertes indígenas Zenú, decesos que ocurrieron por falta de prestación del servicio de salud de las empresas promotoras de salud a las que fueron trasladados los usuarios de MANEXKA. También, remitieron las declaraciones de autoridades ancestrales del pueblo Zenú, quienes indicaron que querían ser atendidos por la empresa promotora de salud que dirige la comunidad demandante. De igual forma, señaló que no existe reproche alguno frente a sus

directivos o miembros de junta directiva, y aseveró que los dueños de la empresa son ciento veintinueve (129) cabildos menores del pueblo Zenú. Conjuntamente, cuestionó las cifras de los informes aportados por la Superintendencia Nacional de Salud, verbigracia adujo que sólo se presentaron dos (2) muertes maternas en el año 2016.

Con base en lo anterior, consideró que no se encuentra demostrado la certeza del peligro en que se encuentran los afiliados al retornar a MANEXKA, ni la existencia de un perjuicio irremediable a los derechos de salud de los usuarios. Tampoco se evidencia un nexo causal entre la medida provisional y la presunta amenaza denunciada por parte de la Superintendencia de Salud.

Ahora bien, en relación con la limitación de las facultades de intervención, vigilancia y control de la Superintendencia, el mandatario de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA EPSI esbozó que los jueces de instancia jamás restringieron esas funciones, puesto que el Tribunal Administrativo de Córdoba había especificado que no quedaba suspendida la medida especial de vigilancia de esa entidad sobre la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA. Sin embargo, sólo podía hacerse uso de esas potestades con respeto al derecho a la consulta previa y al debido proceso. Es más, informó que la EPSI desea que la Superintendencia Nacional de Salud ejerza esas funciones, por lo que había solicitado la creación de una mesa interinstitucional que realizara seguimiento mes a mes a las actividades de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA.

A su vez, comunicó que el 8, 14 y 20 de noviembre de 2017 se efectuaron varias reuniones entre las autoridades del pueblo Zenú, el Gerente de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA y el Superintendente de Salud (E). En esas sesiones se discutieron la forma en que se podrían observar los fallos de instancia del proceso de tutela de la referencia. De ahí que se fijaron plazos para entregar los bienes de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA y para que se produjeran los traslados de los usuarios, fecha límite los días 20 y 30 de noviembre del presente año respectivamente.

Por último, aclaró que no puede predicarse la libre elección de empresa promotora de salud de los afiliados que han manifestado quedarse en las empresas receptoras de

usuarios de MANEXKA, después del traslado que se produjo por la liquidación forzosa de esa prestadora. Ello, en razón de que esta EPSI no pudo ser una alternativa de selección por encontrarse en liquidación. Así mismo, señaló que los jueces de tutela dispusieron retrotraer el estado de cosas al momento anterior a la vulneración de los derechos, de modo que los afiliados sólo podrán utilizar su voluntad dentro de los noventa (90) días siguientes del retorno a MANEXKA.

Actuaciones adelantadas en sede de revisión

4. En Auto del 14 de noviembre de dos mil diecisiete (2017), la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió los fallos proferidos en el expediente T-6.448.561 para que fueran revisados por esta Corporación. A su vez, en ese mismo proveído se asignó al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos el proceso de la referencia para que asumiera su sustanciación.

4.1. En oficio del 29 de noviembre de 2017, la Secretaría General de esta Corporación remitió el expediente al despacho del Magistrado Sustanciador. El día 30 de noviembre de ese año, realizó bajo la presencia del ponente Alberto Rojas Ríos la entrega del expediente y de la solicitud de medida provisional presentada por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

4.2. Después de estudiar la mencionada solicitud, en Auto del 19 de diciembre de 2017, se decretaron una serie de pruebas de informe absolutamente necesarias para decidir la protección cautelar, con la finalidad de establecer los siguientes aspectos: i) si la ejecución de las sentencias objeto de revisión contiene e implica alguna amenaza para los pacientes originalmente afiliados a la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA, quienes fueron trasladados a otras empresas promotoras de salud y que según los fallos de instancia deben retornar a MANEXKA; ii) si ocurrió el fallecimiento de algunos indígenas por causa de falencias en la prestación del servicio de salud después de la intervención de MANEXKA; y iii) la gestión que han realizado el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba en la observancia de sus fallos.

4.3. En atención a la celeridad y pronta respuesta que requería esa petición de medidas cautelares, el Despacho del Magistrado Sustanciador comunicó el mismo día 19

de diciembre, por la vía más expedita y ágil el auto de pruebas mencionado, como fue el correo electrónico que debe tener por mandato ley toda entidad pública para afrontar los procesos judiciales adelantados en su contra[3]. Así, se remitió el proveído referenciado al buzón electrónico de las autoridades judiciales de instancia, de MANEXKA EPSI – dirección aportada al proceso – y de la Superintendencia Nacional de Salud –dirección registrada en su página web-. Sin embargo, la Secretaria General de la Corte Constitucional continuó con el trámite normal de comunicación física para los involucrados con el proveído.

4.5. El Despacho del Magistrado Sustanciador recibió la respuesta de la Superintendencia Nacional de Salud hasta el día 25 de enero de 2018, cuando se cumplió el trámite secretarial de comunicación y el término probatorio del Auto del 19 de diciembre de 2017.

4.6. Las autoridades judiciales y las partes del proceso atendieron los requerimientos formulados. El apoderado judicial de MANEXKA y la Superintendencia Nacional de Salud indicaron que no se habían cumplido los fallos de instancia, proferidos por el Juzgado Cuarto Administrativo de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba, en relación con la orden de retorno de los afiliados a la EPSI indígena y con la reanudación de los pagos de los dineros de la seguridad social.

La Superintendencia Nacional de Salud informó que no ha trasladado los usuarios a MANEXKA IPSI, porque la normatividad que regula la materia sólo prevé el cambio de empresa promotora de salud por afiliación voluntaria, revocatoria de afiliación o de autorización de operación, o por intervención forzosa. En su criterio, el retorno de los afiliados por un fallo de tutela no es una hipótesis que tenga un procedimiento de actuación, por lo que supuestamente carece de competencia y de las herramientas legales para observar dicha medida, no obstante habiendo ordenado dos jueces de constitucionalidad en tutela.

Ante la inexistencia de afiliación por parte de los usuarios, indicó que no se pueden causar los pagos por concepto de unidad de pago por capitación –UPC-. Las empresas promotoras de salud que tienen registrados a esas personas son las que reciben dichos recursos.

Resolución de las medidas cautelares

5. El Artículo 7 del Decreto 2591 de 1991[4] autoriza al juez constitucional para que adopte, a petición de parte o de oficio, “cualquier medida de conservación o seguridad”. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido que la oportunidad que tiene el funcionario judicial para pronunciarse sobre la protección provisional va desde la presentación de la acción de tutela hasta antes de pronunciarse definitivamente en el fallo[5], “pues al resolver de fondo deberá decidir si tal medida provisional se convierte en permanente, esto es, definitiva o si por el contrario, habrá de revocarse”[6].

La protección provisional está dirigida a[7]: i) proteger los derechos de los demandantes con el fin de impedir que un eventual amparo se torne ilusorio; ii) salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en discusión o en amenaza de vulneración; y iii) evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos objeto de análisis en el proceso, perjuicios que no se circunscriben a los que pueda sufrir el demandante. De ahí que, el juez está facultado para “ordenar lo que considere procedente” con arreglo a estos fines (inciso 2º del artículo transcrito).

Las medidas provisionales cuentan con restricciones, debido a que la discrecionalidad que entraña su ejercicio no implica un poder arbitrario u omnímodo. Por ello, la expedición de esa protección cautelar debe ser “razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada”[8].

Ante la necesidad de una decisión que resuelva la causa objeto de revisión con efectos de cosa juzgada, la Sala considera pertinente emitir una determinación definitiva en el asunto de la referencia y no resolverlo provisionalmente. Se trata de imprimir celeridad en este caso y fallarlo de manera expedita. En la causa analizada se encuentran en disputa de manera inmediata el derecho a la consulta previa de una comunidad étnica; y de forma mediata el derecho a la salud de 210.000 personas, por lo que se requiere una pronta respuesta por parte de la administración de justicia.

Una vez analizados los medios de convicción allegados a este Despacho el 25 de enero del presente año, se acumuló la petición de protección provisional con la decisión de revisión definitiva de los fallos de tutela.

Presentación del caso, formulación de los problemas jurídicos y metodología de la decisión

6. Mediante Resolución 527 del 27 de marzo de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud decidió tomar posesión de los bienes y haberes de MANEXKA EPSI, al igual que procedió a su intervención forzosa y liquidación. Esa determinación se basó en que dicha empresa tenía riesgos operacionales que afectaban la prestación del servicio de salud para sus afiliados, información que se sustentó en varios informes expedidos en el marco del procedimiento de vigilancia especial abierto en su contra un año antes. El ente de control ordenó trasladar los usuarios de MANEXKA a otras EPS y nombró un liquidador para que llevara a la persona jurídica a su extinción.

6.1. Ante esa situación, el 18 de abril de 2017, el ciudadano Eduardo Espitia Estrada, Cacique Regional del Pueblo Zenú y representante legal del Cabildo Mayor Regional del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre, interpuso acción de tutela contra la decisión de intervención forzosa, porque desconoció los derechos a la consulta previa y al debido proceso de esa comunidad étnica. El primero, por cuanto no se concertó la medida administrativa que afecta de manera directa a la comunidad, al suprimir el cabildo y su sistema de salud. También denunció que se debió dialogar con la colectividad el traslado de los pacientes a otras empresas promotoras de salud. El segundo, como quiera que nunca conoció los informes que sustentaron la decisión y la Superintendencia Nacional de Salud adoptó una medida de la que carece competencia. Aunado a ello, reprochó que se hubiese tomado la medida más grave, es decir, la liquidación de MANEXKA EPSI.

6.2. La Superintendencia Nacional de Salud y el Agente Liquidador de MANEXKA EPSI solicitaron que la acción de tutela de la referencia sea declarada improcedente, debido a que no existe prueba de la vulneración de los derechos de la comunidad actora ni se encuentra en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable.

En relación con el desconocimiento del derecho a la consulta previa, indicaron que las medidas de intervención forzosa no deberían ser objeto de concertación con el pueblo Zenú, como quiera que están dirigidas de manera uniforme a toda empresa promotora de salud que administre recursos del régimen subsidiado de salud. Se trata de unas directrices que no se hallan ligadas a la autonomía de la comunidad, de modo que no constituyen afectación directa. Tampoco debe ser consultado el traslado de pacientes, porque esa medida se adoptó para garantizar el derecho a la salud de los afiliados a MANEXKA EPSI y el

diálogo operaría dentro de los 90 días posteriores a la remisión de los pacientes.

6.3. En calidad de amicus curiae intervinieron en el presente proceso de tutela la Procuraduría 124 Judicial II de Montería y la Defensora Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo para solicitar que la acción de tutela sea negada.

Manifestaron que la medida de toma de posesión y liquidación de una empresa promotora de salud indígena no requiere ser consultada bajo los siguientes criterios: i) es decisión transitoria y excepcional que pretende salvaguardar la comunidad; ii) no es una intromisión intolerable a la vida cotidiana de la colectividad; iii) nunca impide que el pueblo Zenú ejerza su derecho a la libre selección de empresa promotora de salud; iv) concluir lo contrario restaría eficacia a las medidas correctivas y sería un precedente inconveniente para la función de vigilancia y control de la Superintendencia. A su vez, reseñaron que las resoluciones atacadas se sustentaron en hallazgos de deficiencias operacionales de MANEXKA EPSI.

Aunque, la Procuraduría concluyó que el traslado indiscriminado de los pacientes de MANEXKA EPSI entraña un quebranto al derecho a la salud del colectivo étnico diverso, dado que las empresas receptoras carecían de un enfoque global diferencial en el derecho a la salud.

6.4. El Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería amparó los derechos a la consulta previa y al debido proceso. El primero, toda vez que las decisiones de la Superintendencia Nacional de Salud afectaron de manera directa y desmedida el sistema de salud especial indígena, al igual que no se revisó el enfoque diferencial con esas medidas ni con el traslado de los pacientes. El segundo, en razón de que se liquidó todo el Cabildo de San Andrés de Sotavento Córdoba – Sucre y no exclusivamente a la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA. Por eso, se suspendió la Resolución No 000527 del 27 de marzo de 2017 hasta que se formulara demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y se dispuso que “el estado de cosas” volviera a ser el que era antes de la toma de posesión de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA

Apelada la decisión, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba

confirmó el amparo sobre el derecho a la consulta previa del Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre, debido a que la intervención forzosa constituye una afectación directa a esa comunidad, al tener mayoritariamente miembros indígenas y trasladar a éstos a empresas promotoras que carecen de prestaciones étnicas diversos. De ahí que se mantuvo la suspensión de los actos de liquidación y de intervención forzosa y la orden de restablecimiento. Son embargo, declaró improcedente el amparo del derecho al debido proceso ante la existencia del medio ordinario de defensa judicial y del perjuicio irremediable.

7. Conforme a los hechos y planteamientos expuestos en los antecedentes, la Sala Novena de Revisión debe resolver los siguientes asuntos de forma y de fondo.

7.1. Inicialmente, se debe establecer la procedibilidad del amparo. Para ello, esta Corporación debe determinar si: ¿la acción de tutela es procedente para cuestionar un acto administrativo particular y concreto que ordenó tomar posesión de los bienes, haberes y negocios e intervenir forzosa y administrativamente a MANEXKA EPSI para su posterior liquidación -Resoluciones No 000527 y 1283 de 2017, censura que se fundamenta en el desconocimiento del derecho a la consulta previa y al debido proceso, decisión que tiene el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para su cuestionamiento?

7.2. Más adelante, en el evento en que la respuesta a la incógnita mencionada sea afirmativa, la Corte deberá emprender el examen de fondo del caso. Así, debe definir si:

7.2.1. ¿La Superintendencia Nacional de Salud desconoció el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena Zenú del Cabildo Mayor Regional del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre, toda vez que tomó posesión de los bienes, haberes y negocios e intervino forzosa y administrativamente a MANEXKA EPSI para su posterior liquidación -Resoluciones No 000527 y 1283 de 2017-, sin haber concertado esta decisión con el colectivo?

7.2.2. ¿La autoridad demandada vulneró el derecho a la consulta previa y a la salud del Pueblo Zenú, en razón de que, mediante las Resoluciones No 000527 y 1283 de 2017, trasladó de manera inconsulta los afiliados indígenas de MANEXKA a otras empresas promotoras de salud carentes de prestadores con enfoque diferencial étnico?

7.2.3. ¿La Superintendencia Nacional de Salud conculcó el derecho al debido proceso, en la medida en que la intervención a MANEXKA EPSI incurrió en los siguientes yerros: a) sobrepasó su competencia al recaer sobre la persona jurídica del Cabildo Mayor Regional del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre; b) se sustentó en informes que no fueron conocidos por la empresa promotora de salud MANEXKA; y c) tomó la medida más grave para los derechos de la comunidad, es decir, la liquidación?

8. Para resolver los problemas jurídicos, la Sala de Revisión reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a (i) el principio de diversidad cultural y étnica; ii) las reglas de aplicación de la consulta previa. En especial, referenciará la concertación en el ámbito de las actuaciones administrativas; (ii) la prestación del servicio de salud en las comunidades indígenas. Una vez realice este análisis, (iii) abordará el caso objeto de estudio. Sin embargo, con antelación, se desarrollarán los aspectos atinentes a la viabilidad procesal de la presente causa.

Análisis de procedibilidad formal de la acción de tutela

9. La Corte ha precisado que “la legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados”[9]. Con base en los artículos 7 y 70 de la Constitución, la Corte ha reconocido que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales, entre ellos la consulta previa[10]. Además, ha precisado que las autoridades ancestrales, de manera directa o por medio de apoderado, tienen la legitimidad de interponer las acciones de tutela para garantizar la protección de sus derechos[11]. El artículo 10 del Decreto 2581 de 1991 establece la opción de que la demanda de amparo de derechos sea incoada “a través de representante”[12].

En el caso concreto, la Sala Novena de Revisión concluye que se observa el requisito de legitimidad por activa, debido a que la comunidad Zenú del Resguardo Mayor de San Andrés de Sotavento es titular derechos colectivos. Mediante Resolución No. 54 del 21 de septiembre de 1984 y ampliada a través de Resoluciones No 51 del 23 de julio de 1990, No 43 del 30 de noviembre de 1998 y el Acuerdo No 234 del 23 de diciembre de 2010, se reconoció el Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, tal como indicó el certificado NO 16-000000452-DAI-2200 proferido por el Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías

del Ministerio del Interior y de Justicia.

Ese grupo es el titular del derecho a la consulta previa, que se denunció como conculcado, pues la Superintendencia Nacional de Salud tomó posesión e intervino forzosamente la empresa promotora de salud de la comunidad –MANEXKA EPSI-, sin haber concertado ésta. Por último, el señor Eder Eduardo Espitia Estrada, identificado con la cédula de ciudadanía No 11060114 de San Andrés de Sotavento, tiene la facultad de representar sus intereses, debido a que está acreditado como autoridad ancestral del grupo, al haber sido electo como Cacique Mayor Regional del pueblo Zenú por un período de 3 años, plazo comprendido entre el 1º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2017. Esa información se sustentó con el acta del registro de la Junta del Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú ante la Alcaldía Municipal de Tuchín, Córdoba, Departamento de Córdoba, y el certificado NO 16-000000452-DAI-2200 proferido por el Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior y de Justicia.

Ahora bien, el sujeto pasivo corresponde con quien se le enrostra la afectación de los derechos fundamentales y con quien tiene la posibilidad de subsanar esa situación. Así, la legitimidad en la causa por pasiva se encuentra cumplida en la presente causa, porque la Superintendencia Nacional de Salud es la entidad competente para adelantar la intervención forzosa y la liquidación de las empresas promotoras de salud, según establece la Ley 100 de 1993, los artículos 113 a 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 715 de 2001, la Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011, el Decreto 2462 de 2013 y el Decreto 780 de 2016. Además, esa entidad expidió los actos administrativos que materializaron la toma de posesión y liquidación de MANEXKA, por lo que es la única institución que puede revocar o reversar dicha determinación.

10. Como regla general, el Decreto 2591 de 1991 y la Corte Constitucional han indicado que la acción de tutela es procedente, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Lo anterior, en razón de que el amparo no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico[13].

La citada norma tiene dos excepciones, que comparten como supuesto fáctico la existencia del medio judicial ordinario, a saber[14]: i) instaurar la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y ii) promover el

amparo como mecanismo principal, situación que ocurre en el evento en que las acciones ordinarias carecen de idoneidad o de eficacia para defender los derechos fundamentales del accionante[15].

La causa sub-judice advierte que existen dos aspectos diferenciados de análisis de subsidiariedad. El primero se relaciona con estudiar la idoneidad de las acciones ordinarias y de tutela para salvaguardar el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diversas. El segundo se refiere a definir si la acción de tutela en el caso concreto desplaza las herramientas procesales ordinarias en la protección de una eventual afectación al derecho al debido proceso.

10.1. Esta Corporación ha precisado que las acciones contenciosas carecen de idoneidad para salvaguardar el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diversas, en el evento en que las autoridades avalan actuaciones ausentes de concertación que afectan a esas colectividades[16]. Esa conclusión no varió con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011[17].

De acuerdo con el precedente vigente[18], esas herramientas procesales no ofrecen una respuesta clara, omnicomprendiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad, ni siquiera, ante la posible imposición de medidas provisionales, pues si la suspensión provisional del acto queda en firme de manera expedita, continuará la impotencia de esa institución para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales.

La protección que ofrecen las acciones contenciosas al derecho de la consulta previa es insuficiente, porque “estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales”[19].

En el caso concreto, la Sala considera que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es la herramienta procesal inidónea para proteger el derecho de la consulta previa del cabildo demandante, quienes pertenecen a la etnia Zenú. El Cacique del cabildo indígena formuló argumentos plausibles que podrían evidenciar una omisión en el trámite de consulta previa en el marco del procedimiento de intervención forzosa de la EPSI MANEXKA, medida que podría traer una afectación directa a la

comunidad.

La flexibilización de la procedibilidad de la medida cautelar de suspensión provisional sobre los actos administrativos que autorizaron la intervención forzosa de MANEXKA EPSI y el traslado de los pacientes de esta empresa a otras entidades promotoras de salud, no descarta el hecho que eliminar momentáneamente los efectos las resoluciones jamás restaurará la ausencia de diálogo ni reemplazará la participación que pueden tener el grupo demandante con la concertación. Tampoco tienen la potencialidad de reparar adecuadamente los posibles daños culturales que pudieron sufrir y los perjuicios a la cotidianidad de la vida de la colectividad. Se recuerda que una prestación con enfoque diferencial étnico es un elemento que se relaciona con la identidad cultural de la comunidad, aspecto que no reconoce la acción contenciosa. La acción de tutela es el medio de control preferente para salvaguardar la supervivencia de los sujetos étnicos diferenciados.

10.2. Cosa distinta sucede con el derecho al debido proceso, garantía que toma importancia central en las acciones ordinarias. En principio, la demanda de tutela dirigida a enervar los actos administrativos de carácter particular y concreto es improcedente, porque el ordenamiento jurídico previó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar ese tipo de decisiones. Los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 establecen que esa herramienta procesal sirve para acusar los actos administrativos que regulan situaciones concretas por conculcación de normas de superior jerarquía, como el debido proceso, o por el desconocimiento de las normas de trámite que estaba obligada a seguir.

Sin embargo, en la Sentencia SU-355 de 2015, la Sala Plena reconoció la posibilidad de que la acción de tutela sea procedente para cuestionar actos, actuaciones y omisiones de las autoridades, siempre que quede desvirtuada la idoneidad del medio de control que existe en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Lo propio ocurrirá si las herramientas procesales consagradas en la ley 1437 de 2011 no proporcionan una protección oportuna e integral de los derechos fundamentales de demandante en el caso sub-examine.

En el asunto analizado, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es la herramienta procesal adecuada para salvaguardar el derecho al debido proceso de acuerdo

con las hipótesis que denunció el peticionario, estas son: i) la ausencia de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para liquidar al Cabildo Mayor Indígena de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre; ii) la omisión en el traslado de los informes que sustentaron la expedición de la Resolución 000527 de 2017; y iii) la desproporcionalidad en la gradualidad de la sanción. Todos esos supuestos son en últimas el desconocimiento de normas procesales de un trámite de inspección, control y vigilancia, materia que debe ser resuelta por el juez administrativo. Inclusive, la comunidad demandante aceptó la idoneidad del medio de control ordinario para proteger esos derechos, pues solicitó un amparo transitorio en el debido proceso respecto de las irregularidades legales alegadas.

La Sala Novena de Revisión estima que la acción de tutela no procede de manera transitoria, porque el supuesto central de la existencia del riesgo del perjuicio irremediable que había alegado el actor desapareció. La Resolución No 1757 de 2017 aclaró que la medida de liquidación recae exclusivamente sobre la actividad asociada a la administración de los recursos provenientes del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De ahí que la existencia del Cabildo Mayor Indígena de San Andrés de Sotavento continúa intacta.

Además, la comunidad debate la vulneración del derecho al debido proceso de una persona jurídica que cuenta con los asesores jurídicos necesarios y el capital para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El trámite de liquidación e intervención forzosa es un procedimiento sumamente especializado que requiere del control y visión especializada del juez administrativo. Por tanto, no es desproporcionado remitir a una empresa, como MANEXKA EPSI, a un proceso ordinario en compañía de sus asesores legales.

Por último, MANEXKA no presentó razones para descartar la procedencia de la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos cuestionados, al punto que no hizo referencia alguna a ese tipo de herramientas procesales destinadas a ejercer una tutela de derechos rápida y oportuna. Nótese que esa institución, cuando es de urgencia, debe ser resuelta en 10 días hábiles después de su interposición y puede presentarse antes de acudir al requisito de conciliación[20]. En efecto, las medidas cautelares representan una salida pronta y ágil ante la presunta vulneración de derechos de la comunidad demandante.

Por tanto, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es idóneo y eficaz para salvaguardar el derecho al debido proceso de los actores bajo las hipótesis denunciadas.

11. El principio de inmediatez exige que la acción de tutela sea promovida dentro del plazo razonable al hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales de las personas[21]. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez surge de la naturaleza de la acción de tutela, pues la finalidad última del amparo es proteger de forma inmediata los derechos constitucionales.

La Sala Plena estima que la demanda de amparo de derechos cumple el requisito de inmediatez, debido a que se formuló dentro de un tiempo razonable a los hechos acusados de vulnerar las prerrogativas fundamentales de MANEXKA EPI, es decir, no transcurrió 1 mes desde de la expedición de la Resolución 527 del 27 de septiembre de 2017 para que se utilizara el mecanismo de protección de derechos. La comunidad actora fue diligente para acudir a la acción de tutela, el 18 de abril de ese mismo año, o sea a los pocos días de la ejecución del acto administrativo cuestionado.

El principio de diversidad cultural y étnica. Reiteración jurisprudencial

12. La Constitución Política de 1991 otorgó un reconocimiento especial para los pueblos indígenas y tribales, quienes desde la época colonial hasta nuestros días continúan siendo grupos altamente discriminados o marginados en relación con el conjunto mayoritario de individuos de la misma sociedad. En virtud de que el Estado colombiano se constituye como una República democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que admite la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional de la nacionalidad colombiana (C.P. arts. 7 y 70), las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales.

“...la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo propias de tales grupos, que en la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Este hecho refuerza la necesidad de protección especial por parte del Estado, en defensa de la multiculturalidad y las minorías”[22].

Las normas enunciadas construyen el principio de diversidad étnica y cultural en el marco de un Estado democrático, participativo y pluralista. Ello implica aceptar las diferentes formas de vida y visiones de las personas o grupos[23]. La disparidad es celebrada y no censurada. De ahí que el derecho reconozca las diferentes percepciones del mundo que tienen las múltiples comunidades, ya sea al reconocer un espacio de existencia o al permitir que reivindiquen sus posiciones. “El Estado se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes, que valora positivamente esa diferencia y la considera un bien susceptible de protección constitucional”[24].

Tales directrices se materializan en varios derechos que tienen las comunidades étnicas diversas, entre ellos se encuentran la consulta previa, la autonomía, el territorio, el autogobierno y la prestación de un servicio de salud con perspectiva cultural. De acuerdo con las circunstancias fácticas del caso, la Sala Novena de Revisión se concentrará en el primero y el último.

El derecho fundamental de la consulta previa y ámbitos de protección. Reiteración jurisprudencial

13. La consulta previa se armonizó en Colombia con la adopción del Convenio 169 de la O.I.T, el cual tiene la finalidad de examinar constitucionalmente las decisiones legislativas y administrativas que pueden afectar directamente el *modus vivendi* de las comunidades indígenas o tribales, quienes mantienen unos patrones de existencia y comportamiento que son patrimonio histórico, cultural y étnico de la Nación.

En Colombia, el Convenio 169 de la OIT fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Ley 21 de 1991 “Por la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, motivo por el cual, la consulta previa adquirió especial trascendencia constitucional, pues pasó a ser un mecanismo directo de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales. Con la mencionada validación del Convenio por el Legislativo, se incluyó la consulta previa como fuente obligatoria de derecho constitucional.

Respecto a este Convenio y el bloque de constitucionalidad, ha reiterado la Corte Constitucional:

“... el Convenio 169 de la OIT , y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales”[25].

13.1. En el balance constitucional actual, la Corte ha indicado de manera constante y uniforme que la consulta previa es un derecho de rango fundamental[26]. Ello se sustenta en que esa garantía materializa los principios de participación de los grupos vulnerables. Inclusive, ese mandato de optimización adquiere una obligación reforzada en esos sujetos de especial protección constitucional, por ejemplo participación en los asuntos públicos (Art. 40 C.P). Así mismo, el precepto 7º de la Carta Política reconoce la diversidad cultural.

En la reciente Sentencia T-226 de 2016, la Sala Novena de Revisión indicó que “la idea de que ese valor se salvaguarda permitiendo que las comunidades étnicamente diferenciadas decidan autónomamente sobre sus propios asuntos explica la importancia del papel que cumple la consulta previa dentro del marco jurídico que rige las relaciones entre esos colectivos y el Estado”.

De igual forma, la concertación desarrolla los compromisos que ha adquirido el Estado frente a los pueblos diversos culturalmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Convenio 169 de la OIT de 1989, compendio que hace parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, define los lineamientos de la consulta previa, a saber: i) los grupos indígenas o tribales deben ser consultados por las medidas administrativas o legislativas que los afecta de manera directa (Art. 6º, Inciso 1º, Literal a); ii) define los medios para garantizar la participación; iii) formula los criterios centrales de la concertación, por ejemplo los principios de buena fe, la flexibilidad en su realización y la

búsqueda del consentimiento de los pueblos perturbados (art. 6 literal 2º); iv) protección de los valores sociales, culturales y religiosos de las colectividades tribales (Art. 5); v) la garantía de la participación en los planes de desarrollo nacionales y locales (Art. 7); vi) la obligación de consultar a las comunidades antes de emprender los proyectos de exploración y explotación de recursos existentes en sus tierras. Al igual que el derecho a participar de los réditos de esas actividades (Art. 15); y vii) el deber de obtener el consentimiento de la colectividad, cuando ésta va ser trasladada.

Reglas de aplicación de la consulta previa

13.2. Con base en la Constitución y en normas de derecho internacional, esta Corporación ha delimitado y precisado las diversas facetas del derecho de la consulta previa. En esa labor ha construido una serie de subreglas, principios y criterios que deben ser usados por órganos y actores que se involucran en ese derecho. En Sentencias T-129 de 2011, C-389 de 2016 y SU- 217 de 2017, la Corte escogió los principales parámetros normativos de la materia, los cuales se resumen de la siguiente forma:

Todo procedimiento consultivo con las comunidades étnicas diversas posee criterios generales, a saber:

“(i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes”[27].

Desde este punto, la Sala Novena de Revisión considera importante reiterar que el concepto

de afectación es el parámetro determinante para concluir que una medida legislativa o administrativa debe ser objeto de concertación[28]. Existen dos niveles de afectación, como son[29]: i) uno general, el cual se refiere a las políticas y programas que se relacionan con colectivos indígenas y afrocolombianos; y ii) otro directo que implica una perturbación inmediata sobre los intereses del pueblo involucrado, al recibir una interferencia intolerante y desmedida sobre sus dinámicas sociales, espirituales, políticas, económicas y culturales[30]. Este segundo nivel es objeto de consulta previa.

El problema radica en que el concepto de afectación directa es indeterminado, al punto que los supuestos de aplicación no se hallan fijados en una norma positiva. El Convenio 169 establece algunas hipótesis que deben ser objeto de concertación, a saber: i) la prospección o explotación de recursos en el territorio indígena[31]; ii) el traslado o reubicación de la comunidad en tierras diferentes a las que ocupan[32]; iii) la restricción o regulación a la capacidad de que el colectivo étnico enajene o transfiera sus derechos fuera de su comunidad[33]; iv) la reglamentación con la organización y funcionamiento de programas de formación profesional[34]; v) fijación de las condiciones mínimas para conformar instituciones de educación y autogobierno[35]; y vi) la políticas de enseñanza y la conservación de su lengua[36].

Esa lista de supuestos objeto de consulta no es taxativa, por lo que las medidas que se encuentran fuera de las hipótesis referenciadas en el Convenio 169 de la OIT jamás deben ser excluidas de concertación por ese motivo[37]. En realidad, debe revisarse en cada caso si la alternativa propuesta por el Estado afecta de manera directa a las comunidades tribales. El juez tiene la difícil labor de identificar ese perjuicio. Por ello, la Corte se propuso la tarea de establecer criterios que permitan que el operador identifique cuando se encuentra frente a un escenario de afectación de los colectivos étnicos; estos son:

“ [si la medida hace alusión a] (i) la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos

étnicamente diferenciados”[38].

En ese contexto, la Corte ha encontrado una afectación directa en medidas legislativas – expedición de regulaciones[39] o configuración de presupuestos[40]-, decisiones sobre prestación del servicio de educación[41], políticas de garantía de subsistencia[42] y determinaciones administrativas referentes a proyectos de desarrollo, como licencias ambientales –explotación de recursos no renovables o construcción de obras de infraestructura-, contratos de concesión y concesiones mineras entre otros[43]. En ese trabajo de control judicial, se ha precisado que el elemento demográfico no es un factor determinante de la obligatoriedad de la concertación, pues esa relevancia se centra en la afectación directa[44].

Esta Corporación ha desarrollado de manera más amplia el concepto de afectación directa en la expedición de medidas legislativas, que en los eventos de actuaciones administrativas[45], debido a que se hallan en un nivel fáctico disímil. Por tanto, el control judicial se pone en dos dimensiones diversas de afectación de derechos de las comunidades étnicas diversas[46].

13.2.1. Debido a las particularidades del caso objeto de revisión, la Sala Novena de Revisión se concentrará en las reglas de concertación en torno a medidas administrativas.

En esa materia, la afectación directa se presenta ante las siguientes hipótesis[47]: i) el eventual impacto sobre la autonomía, diversidad, idiosincrasia y auto percepción de la identidad étnica de la comunidad que puede traer la decisión; o ii) en las intervenciones sobre las dinámicas, económicas, sociales y culturales que padece el colectivo. Inclusive, la Corte ha identificado elementos que permiten presuponer que existe afectación directa sobre una comunidad, por ejemplo la necesidad de obtener una licencia ambiental para desarrollar una actividad es un indicio fuerte de la necesidad de consulta previa, toda vez que es un instrumento de control que evidencia impactos ambientales que constituyen una afectación directa[48].

Inclusive, la indeterminación del concepto ha conducido a que se plantee un iter metodológico que facilite la aplicación del derecho a la consulta previa. En Sentencias T-576 de 2004 y T-197 de 2016, se precisaron algunas directrices en el área, a saber: (i)

comprobar si la medida es una de las hipótesis de afectación directa que se reconocen en el Convenio[49]; (ii) estudiar si la actuación implica algún tipo de riesgo de afectación directa, es decir, no se corresponde con disposiciones o medidas que se han previsto de manera uniforme para todos los colombianos[50]; o (iii) perturba sus intereses, con independencia que estos cuenten o no con un reconocimiento formal del Estado.

Además, la consulta previa tiene diferentes niveles de intensidad, al ser una manifestación del derecho a la participación. Las opciones son la participación de la colectividad, su consulta o la obtención del consentimiento previo, libre e informado. Nótese que la concertación es la materialización de un equilibrio o ponderación entre el interés general y los derechos de los grupos étnicos diversos[51], en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación. Se trata de establecer límites y aplicaciones de los derechos fundamentales a partir del balance adecuado entre los principios en conflicto.

Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, en Sentencia T-376 de 2012, la Sala Primera de Revisión manifestó que “la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho: (i) la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, así como la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esta medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial”[52].

Más adelante, en Sentencia T-236 de 2017, la Sala Séptima de Revisión precisó que el contenido de derecho a la participación de los grupos étnicos diversos tiene dos niveles: uno indirecto y otro directo. El primero limita la obligación de concertación a la participación de los colectivos, o sea a la intervención de éstos en los organismos de carácter nacional o la mediación de sus organizaciones en todos los espacios que les interese. El segundo implica consulta o la obtención del consentimiento previo libre e informado dependiendo de la intensidad de la afectación que padece la comunidad.

En el nivel subsecuente, habrá consulta previa cuando la afectación tiene una intensidad menor, o en el evento en que la medida establezca un beneficio a la colectividad y encuentre razones constitucionales que justifican la limitación de ese derecho[53]. En contraste, se requerirá el consentimiento previo e informado de una colectividad, siempre que los cambios sociales y económicos sean tan extremos que causen un nivel de afectación grave a los derechos del pueblo tribal. Ello sucede con el traslado o reubicación de la misma de su lugar de asentamiento, por amenaza de extinción física o cultural, o el uso de materiales peligrosos -tóxicos- en sus tierras y territorios[54]. La idea en este estándar es encontrar junto con la comunidad la alternativa menos lesiva para ésta[55].

Sin embargo, esa regla de consentimiento previo, libre e informado no significa un derecho de veto en cabeza de las comunidades, debido a que la consulta es un diálogo entre iguales. Las posturas adversariales entre los interlocutores de la concertación entrañan una contradicción normativa en la consulta previa, pues desconoce el principio de buena fe con que se debe adelantar la comunicación. En ese contexto, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional; mientras la consulta es el parámetro general.

Además, la ausencia del consentimiento de la colectividad en ese tipo de medidas no es una prohibición de implementación para las autoridades, empero tienen vedado hacer lo que quieran y actuar de manera arbitraria. En realidad, el Estado debe adoptar y ejecutar la decisión en el marco del principio de proporcionalidad y razonabilidad, análisis que debe tener en cuenta la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas diferenciadas[56]. Sin embargo, en caso de que se encuentre probado que la medida y todas sus alternativas conducen al aniquilamiento o extinción del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de la colectividad étnica, debido a la aplicación del principio *pro-personae*[57]. Por ende, se establece un único caso donde nunca podrá avasallarse a la colectividad étnica diversa. Esta es la última barrera de defensa de la minoría ante el utilitarismo, pues el progreso social no puede edificarse en el perjuicio individual y en la eliminación del otro por diferente que sea[58].

13.2.2. Ahora bien, la jurisprudencia también ha precisado reglas específicas para adelantar la consulta previa, a saber:

“i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá

incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social[59].

En atención a la causa objeto de revisión, la Corte realizará algunas precisiones en torno a las normas adscritas (i) y (iv).

La subregla (i) indica que la concertación debe realizarse antes de la ejecución de la medida, empero han existido casos en donde ya se habían ejecutado la actividad objeto de consulta.

Ese fenómeno se conoce como consulta posterior, hipótesis en que la Corte ha considerado oportuno salvaguardar el derecho a la concertación, aunque se ha encontrado frente al problema de que el objeto del diálogo ya pasó. Ante esa situación, esta Corporación ha estimado que no puede avalar la vulneración del derecho y declarar un daño consumado en términos procesales. De ahí que ha ordenado una consulta sobre los siguientes aspectos: i) la identificación de los impactos causados, las medidas para mitigarlos así como compensarlos; y ii) las nuevas afectaciones que surjan en la realización de la actividad, al igual que en las fases restantes del proyecto.

En los eventos en donde se había efectuado la actividad, las diversas Salas de Revisión precisaron que el objeto de la consulta recaería sobre la indemnización o compensación que debería recibir la comunidad por la ejecución inconsulta de la medida. Ello sucedió en los casos que se referencian a continuación: i) la construcción de la hidroeléctrica de Urrá (1) en el río Sinú, causa donde se ordenó la indemnización de la colectividad indígena Embera-Katío a partir de una concertación con ésta[60]; ii) la aspersión aérea con glisofato en territorio de comunidades étnicas diversas, evento en que se ordenó la consulta en los impactos del programa cuestionado y las medidas requeridas para mitigar, corregir o restaurar los efectos de dicho plan[61]; iii) la elaboración y operación del Oleoducto de los Llanos, asunto que se restringió a ordenar un diálogo con las autoridades indígenas, “con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios

causados a la comunidad dentro de sus territorios con la construcción del oleoducto, que garanticen su supervivencia física, cultural, social y económica”[62]; iv) la edificación de la represa Salvajina, asunto en que esta Corporación ordenó que se consultara el Plan de Manejo Ambiental que la empresa operadora tenía la obligación de formular y ejecutar, debido a que ese documento contenía las actividades de mitigación, corrección o compensación de los impactos ambientales y socioeconómicos de las obras[63]. Se aclaró que la concertación serviría de espacio de diagnóstico de los efectos de ese gobierno y para que la comunidad escoja los mecanismos de compensación, de mitigación así como de corrección más idóneos; y v) la cimentación de una base militar y varias antenas de comunicación en territorio ancestral y sitio de pago de la comunidad indígena Arhuaca[64]. En esa oportunidad, se dispuso que se efectuara la concertación sobre las medidas de reparación para proteger “ahora y en lo sucesivo”[65] los derechos de la colectividad étnica diversa, pues la lesión de la integridad cultural de ésta continua, al no poder usar el territorio ancestral.

Bajo esa misma hipótesis de ejecución de actividad, esta Corte ha indicado que puede ordenarse la postconsulta sobre las fases posteriores a la ejecución de la actividad o construcción de la obra. Verbigracia, en el caso de la tutela formulada contra la edificación de la hidroeléctrica Urrá I también se ordenó que se concertara en torno con el llenado y funcionamiento de la represa. A su vez, en la constitución de la doble calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo se precisó que la comunidad Zenú podía concertar sobre la edificación restante de la carretera para reducir los impactos que hubiese sufrido el cerro de Sierra Flor y en los efectos negativos que surjan con ocasión de la ejecución de la actividad.[66].

La subregla (v) puede resultar, a primera vista, chocante en términos de diálogo intercultural y de reconocimiento de las comunidades como interlocutores válidos. Sin embargo, es el resultado de una ponderación adecuada entre el interés público y los derechos de los colectivos étnicos, por lo que esa restricción en uno u otro sentido es constitucional. En párrafos precedentes se explicó que ocurriría con la ausencia de aquiescencia en el estándar de consentimiento previo, libre e informado. Dichas consideración se aplican a toda forma de consulta, en consecuencia, en el evento en que no se alcance un acuerdo, el Estado tiene la posibilidad de establecer los términos de la medida, siempre y cuando su decisión “i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo;

por el contrario, ii) esté basada en criterios de ‘razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación’; y iii) prevea mecanismos ajustados para la atenuación de los efectos desfavorables que seguramente traiga consigo o pueda producir la medida a ser adoptada en la comunidad, sus miembros y su lugar de asentamiento”[67].

13.3. Entonces, la consulta previa es un derecho fundamental que materializa el principio de participación que tienen las comunidades étnicas diversas. Dicha garantía opera ante la presencia de una afectación directa y bajo unos criterios que han sido fijados por la jurisprudencia.

Afectación directa de las comunidades tribales en las medidas administrativas diversas a explotación o exploración de recursos no renovables y ejecución de obras

13.4. El balance constitucional vigente ha considerado aplicable el derecho a la consulta previa en medidas administrativas diversas a la explotación o exploración de recursos no renovables o la ejecución de obras de infraestructura. Sin embargo, en esas hipótesis no se ha presentado un caso que haya valorado la existencia o no de afectación directa de un grupo étnico por la ejecución de las funciones de vigilancia y control de las Superintendencias sobre los servicios públicos por parte. Entonces, hay una ausencia de precedente análogo a la causa estudiada en esta oportunidad, empero ello no significa que este juez pueda inhibirse para fallar o que cuente con una total discrecionalidad para resolver el caso sub-judice. En realidad, tiene a su disposición los criterios jurisprudenciales que permiten identificar cuando se presenta una perturbación específica a un pueblo tribal y varios ejemplos que muestran la manera en que la Corte ha evaluado ese elemento.

Por ello, la Sala Novena de Revisión considera pertinente referenciar situaciones en donde este juez constitucional hubiese evaluado la obligatoriedad de la concertación en decisiones administrativas que no se relacionan con actividades extractivas o de construcción, como son: i) programas o políticas públicas que benefician a la comunidad; e ii) intervenciones en actividades que desarrolla la colectividad o sus miembros.

13.4.1. En el primer escenario constitucional, la Sala Novena de Revisión encuentra que la Corte Constitucional ha evaluado la afectación del derecho a la consulta previa en programas o políticas públicas que benefician a la comunidad étnica en materia

de alimentación y/o educación.

En las Sentencias T-466 de 2016[68], T-475 de 2016[69], T-201 de 2017[70] y T-582 de 2017[71], esta Corporación estudió las acciones de tutela formuladas por parte de comunidades étnicas contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, porque no concertó con esos colectivos el programa de infancia desarrollado en su territorio, que pretendía garantizar la alimentación de los menores de edad de sus poblaciones. Los colectivos denunciaron que quienes prestaban el servicio no contaban con estándares étnicos diferenciados que respetaran sus tradiciones, alimentación y cultura.

Las Salas de Revisión estimaron que la implementación del programa constituye una afectación directa para los grupos étnicos diversos por la naturaleza cultural del mismo. Además, consideraron que perturbaba la autonomía de las comunidades, como quiera que esa política tenía efectos sobre elementos que representan la identidad de su etnia, como son la alimentación o la educación, máximo cuando la medida social se dirige a los niños del grupo. Inclusive, precisaron que el hecho que el programa esté destinado a todo el país no elimina la trascendencia cultural de la política, la cual debe adelantarse con planes diferenciados.

Por ende, concluyeron que los programas de alimentación deben ser objeto de concertación en las medidas específicas que tienen incidencia en sus derechos, es decir, en el enfoque diferencial de los proyectos que se efectúen sobre las comunidades. Empero, esta Corte aclaró que en caso de que no sea posible un acuerdo, las autoridades y el ICBF pueden adoptar las medidas que consideren pertinentes, siempre que sean razonables y proporcionados. También deben tratar de que esas políticas sean compatibles con los usos y tradiciones de las comunidades indígenas, sin perder que su norte es la realización del interés superior del niño.

En materia educativa, la jurisprudencia ha manifestado que esas políticas deben tener un enfoque diferencial respetuoso de la cosmovisión de las colectividades étnicas diversas[72]. Así, ese servicio debe implementarse en cooperación con las comunidades con el fin de atender sus necesidades, puesto que se relaciona con su identidad cultural. El Convenio OIT 169 prevé que la intervención en la enseñanza o educación es un criterio de afectación directa a dichas comunidades.

Así, la Corte ha manifestado que debe ser objeto de consulta las siguientes medidas educativas: i) cubrimiento de licencia de maternidad de los profesores, retiro de docentes[73] y fusiones de plantas de personal[74]; ii) la clausura de establecimientos educativos con estudiantes que pertenecen a la comunidad indígena[75]; iii) el nombramiento de docentes que laboran en los territorios, los cuales deben ser preferiblemente miembros de la comunidad[76]; iv) el estatuto de los etnoeducadores[77]; v) la creación y organización de programas especiales de formación para los etnoeducadores en las entidades territoriales donde se encuentran ubicados los grupos étnicos, en caso que ninguna institución de educación superior o escuela normal atienda el servicio[78]; vi) la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos[79]; vii) la creación de alfabetos oficiales de las lenguas y de los grupos étnicos como base para la construcción del currículo de la etnoeducación[80]; y viii) la elaboración, selección, adquisición de materiales educativos, textos, equipos y demás recursos didáctico[81].

En la Sentencia T-355 de 2014, se resaltó la importancia de la participación de la comunidad en las políticas educativas, las cuales deben respetar la identidad cultural de esos pueblos.

13.4.2. En otros supuestos fácticos, la Corte se ha pronunciado en torno a la aplicación de la consulta previa en decisiones administrativas que recaen sobre actividades de las comunidades o sus miembros.

Así, no existirá necesidad de concertación en la ejecución de medidas de protección al ambiente contra labores ilegales que perturben al colectivo étnico diverso. En un caso donde se estudiaba la afectación directa que sufrió una presunta comunidad indígena derivado del cierre de una mina ilegal, esta Corporación estimó que esa perturbación no podía entenderse cuando se realiza una protección colectiva del ambiente, toda vez que era una medida que garantizaba eficazmente los intereses de toda la sociedad y del grupo étnico diverso, al preservar la naturaleza, el territorio y la cosmovisión ancestral de éstas[82].

En ese mismo sentido, la Corte estimó que no habrá afectación directa de un colectivo étnico diverso en el evento en que la regulación administrativa interfiera en actividades

económicas propias de la economía moderna, las cuales carecen de relevancia para identificar culturalmente a una comunidad[83].

Por contraste, en la jurisprudencia se ha considerado que la actualización de información catastral, realizada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, que incluye zonas tituladas de colectividades étnicas diversas o que se encuentran en esa disputa o trámite de reconocimiento debe ser consultada, al existir afectación directa sobre los derechos fundamentales al territorio de las comunidades asentadas en la franja objeto de muestra[84]. Ello sucede, en razón de que esa base de datos incidiría en la visión que el Estado tiene sobre la composición de la tierra en la zona, concepción que tendrá impactos en las políticas de ordenación y planeación territorial, al igual que serviría de criterio para definir la situación jurídica, económica y fiscal de los predios del área. Inclusive, podría conducir a autoridades para que catalogaran terrenos colectivos como privados.

Un precedente relevante en esta línea es la Sentencia SU-097 de 2017, porque evalúa el grado de afectación en medidas administrativas que desarrollan beneficios a una comunidad en una actividad cotidiana y cultural. Ese análisis permite comprender la verdadera naturaleza de la consulta previa en las comunidades tribales ante las diversas medidas que pueden transformar su vida diaria en sus más íntimos aspectos.

En esa ocasión, la Sala Plena advirtió que entregar a una fundación de Bogotá la concesión de operación del Centro de Producción de Contenidos Culturales Old Providence en San Andrés Islas constituía una afectación directa al pueblo raizal del lugar. Ello, primero, por la naturaleza cultural de la medida; segundo, por el impacto que tiene esa alternativa sobre el territorio, la economía del pueblo raizal y su sector cultural; tercero, por la incidencia negativa en su ejercicio de autogobierno. Reprochó que hubo ausencia de concertación en la elección del operador del plan y en todo el trámite administrativo del programa de fortalecimiento de la industria de música raizal. La Sala Plena subrayó que la afectación directa de los colectivos tribales opera en la incidencia de la construcción y auto percepción de su identidad étnica y cultural, como ocurre con la melodía y/o los ritmos.

También precisó que las medidas que benefician a la población étnica diversa deben ser objeto de concertación, debido a que requieren de la participación de la comunidad para que se permita su autonomía y autodeterminación. La idea descrita es una comprensión del

Estado multicultural, el principio de igualdad de las culturas y el derecho de respetar, proteger y garantizar las diferencias culturales.

13.5. En suma, en medidas administrativas distintas a las actividades de explotación de recursos naturales o de construcción, la aplicación del derecho a la consulta previa toma énfasis en la afectación cultural e identidad de la comunidad. En estas materias, el concepto clave de la concertación se preocupa por verificar que la alternativa o estrategia de las autoridades perturba la construcción y auto percepción de la identidad étnica y cultural del colectivo. Ello no deja de lado las demás fuentes de afectación específica, como son el territorio, los impactos ambientales y/o las hipótesis consignadas en el Convenio OIT 169.

El criterio cultural es un desafío para el juez constitucional, como quiera que debe entrar en un diálogo intercultural, el cual implica que sea sensible a las diversas visiones de mundo en múltiples ámbito de la vida. Se requiere tomar en serio esas concepciones de los pueblos tribales y no banalizar el control judicial en una deferencia frente a la administración. Para ello, el juez debe reconocer los espacios mínimos de existencia de una comunidad y los relatos redentores de reivindicación de derechos.

La prestación del servicio a la salud en comunidades indígenas

14. El servicio de salud en las comunidades indígenas se relaciona con elementos culturales, puesto que éstos justifican la aplicación de un enfoque diferencial y la existencia de una normatividad especial. La contracara de esa dimensión es el derecho fundamental a la Salud en grupos indígenas. Esa interacción tiene especificaciones en temas de afiliación, prestación del servicio y control del mismo.

14.1. El principio de diversidad étnica y cultural consagrado en los artículos 7 y 8 de la Constitución entraña el respeto de las creencias y costumbres en el acceso y la prestación del servicio de salud[85]. La identidad cultural significa: i) reconocer las diferencias culturales; ii) garantizar el ejercicio de derechos fundamentales conforme con su visión del mundo; y iii) permitir que los miembros de las comunidades puedan expresarse al igual que auto determinarse, guiados por su cosmovisión. En este aspecto, el Estado se obliga a evitar la desaparición de una cultura (dimensión negativa[86]); o proteger una identidad cultural (dimensión positiva[87]).

En Sentencia C-882 de 2011, se precisó que el mencionado principio aplicado en materia de salud conduce a “(x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales” (...). Así, en ese ámbito deben respetarse las creencias y costumbres de los pueblos indígenas en el acceso y prestación de los servicios de salud.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se han utilizado criterios para identificar los contenidos del derecho a la Salud. Por ejemplo, en la Observación General No 14[88], el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales precisó que esa garantía se compone de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y calidad. En el caso de los indígenas, la aceptabilidad cobra una gran importancia, toda vez que contiene el respeto cultural de las colectividades[89]. Tal ámbito permite que ese grupo desarrolle un sistema de salud propio que responda a su facultad de autogobierno, al punto que ellos puedan operar su prestación y usar sus medicinas tradicionales. También, tiene la potestad de exigir que el sistema de salud mayoritario preste una atención que respete sus costumbres y creencias.

14.2. De los contenidos del derecho de la salud se desprenden algunas obligaciones y contenidos mínimos que debe tener la prestación de ese servicio, el cual se encuentra bajo la dirección y control del Estado. Por ejemplo, el artículo 25 del Convenio 169 OIT reconoce la importancia de la participación de los miembros de la comunidad en la regulación y prestación del servicio de salud. Además, el enfoque diferencial transforma la estructura de atención, al incluir mandatos, como la interculturalidad y la protección de los pueblos indígenas, según indica la Ley 1751 de 2015.

“i. El mismo responde a una concepción plural respecto del servicio de salud, que impone a los operadores jurídicos que lo desarrollen la necesidad de hacer consideraciones respecto del entorno natural, el cuadro de enfermedades, la base alimentaria, los procedimientos de curación tradicionales, los medicamentos para tal efecto utilizados y demás elementos que diferencien a las comunidades indígenas de la sociedad mayoritaria.

ii. En esta medida se ha avanzado en la implementación de un sistema de aseguramiento en salud que responda a las condiciones de vida de las comunidades en materias como subsidio a la prestación del servicio, afiliación conjunta de toda la comunidad, prelación

respecto de otros sectores poblacionales, participación de sus autoridades legítimas y tradicionales en la toma de decisiones, etc.

iii. El sistema de seguridad social en salud de las poblaciones deberá prever un plan obligatorio de salud adaptado a las necesidades que cada comunidad tenga, atendiendo aspectos propios de la comunidad como son su cuadro epidemiológico, sus procedimientos de curación y los medicamentos que la comunidad emplea”[90].

En los últimos 20 años, el legislador y el ejecutivo, en compañía de las comunidades tribales, han intentado configurar un sistema de atención a las colectividades indígenas, esquema que pretende tener en cuenta el enfoque diferencial y la identidad cultural de los grupos étnicos, sin que el Estado pierda la función de dirección, vigilancia y control.

14.2.1. En la Ley 691 de 2001, se reglamentó la participación de los grupos étnicos en el sistema general de seguridad social. Aquí, se establecieron las formas de vinculación de los miembros de esa comunidad, la cual se hará al régimen subsidiado, con excepción de aquellas personas que tengan un contrato de trabajo, una relación laboral con el Estado o devenguen una pensión (art. 5). También, remite al régimen de beneficios de la ley 100 de 1993 y los planes de salud generales (Capítulo III), la financiación (Capítulo IV); la administración de los subsidios (Capítulo V), la afiliación y la movilidad en el sistema (Capítulo VI); la participación en los órganos de dirección (Capítulo VII) y las disposiciones generales (Capítulo VIII).

Más adelante, el sistema de salud propio para indígenas se materializó normativamente con la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud. Ese compendio legal reconoció la importancia de una atención integral a ese sector minoritario de la sociedad, según sus cosmovisiones y conceptos a través del referido SISPI[91]. Ello tomó más fuerza con la expedición del Decreto 1953 de 2014, estatuto de rango legal que fijó pautas al funcionamiento de los territorios indígenas y a su coordinación con las demás entidades territoriales. Se trató de regular las facetas del régimen territorial indígena para que sus autoridades logran recibir recursos del sistema general de participaciones e implementar la descentralización y el autogobierno en esas comunidades. Así:

“El Decreto se encuentra dividido en seis títulos que se ocupan de diferentes materias relacionadas con el funcionamiento de los territorios indígenas. En esa dirección regula su

objeto, ámbito de aplicación y los principios generales para el funcionamiento de los territorios indígenas (Título I); las competencias generales de los territorios indígenas y de sus autoridades propias (Título II); la administración del sistema educativo indígena (Título III); el sistema indígena de salud propio intercultural (Título IV); el agua potable y saneamiento básico (Título V); y los mecanismos para el fortalecimiento a la jurisdicción especial indígena (Título VI). [92]

Los territorios indígenas tendrán la competencia de definir, adoptar y adaptar las acciones de salud pública en concurrencia con el Ministerio de Salud y de Protección Social (Artículo 83 Decreto 1953 de 2014). También asumirán la competencia del manejo del riesgo de salud en el grado del SISPI (Ibídem). Inclusive, se precisó que los Territorios Indígenas podrán ejercer directamente el servicio con las estructuras propias de la comunidad (Ibídem). Tales medidas evidencian que ese decreto considera a los Territorios Indígenas como entidad territoriales, por lo que se reguló lo que sería el sistema general de participaciones en esas comunidades étnicas diversas. La norma pretendió distribuir las competencias entre las instituciones étnicas diversas y la Nación.

Conjuntamente, el Acuerdo 00326 de 2005 fijó algunos lineamientos para la organización y funcionamiento del Régimen Subsidiado de los pueblos indígenas. Ese acto administrativo regula las obligaciones de las EPSI, la cobertura, la identificación de los usuarios, la adecuación de los entonces planes obligatorios de salud. Esas funciones deben estar de acuerdo con el enfoque diferencial. Al respecto, se advirtió la necesidad de implementar acciones de medicina tradicional, adecuación sociocultural, promoción y prevención en salud indígena. Más adelante, el Acuerdo 415 de 2009, estableció los criterios para identificar, seleccionar y priorizar a las personas que podían ser beneficiarios de los subsidios. A su vez, reglamentó el procedimiento a seguir para la afiliación de beneficiarios y el proceso de contratación del aseguramiento.

Sobre el particular, debe precisarse que la afiliación de personas pertenecientes a las comunidades tribales puede realizarse de manera colectiva e/o individual[93]. La primera opción se presentará cuando el individuo se encuentra en los listados de la población étnica. La segunda sucederá cuando el sujeto no se encuentra en esos censos[94]. Dicha dualidad se debe al principio de protección de diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. En ese escenario, la mencionada garantía tiene dos dimensiones de protección.

Por una parte, ampara la comunidad como sujeto de derecho colectivo; por otra parte, salvaguarda a los individuos que pertenecen a ese grupo[95].

El derecho a libre escogencia de EPS toma una relevancia importante en el caso de las colectividades étnicas.

En la cultura mayoritaria, el ordenamiento jurídico concede a la persona la posibilidad de escoger cada año la empresa promotora de salud que considere adecuada[96]. A su vez, el individuo tiene la total autonomía para trasladarse de EPS, siempre que lleve un año vinculado a ésta, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 25 de la Ley 1122 de 2007. Ello opera también en el régimen subsidiado, empero pone en cabeza de las entidades territoriales la obligación de garantizar ese derecho.

Con los indígenas, el artículo 17 de la Ley 691 de 2001 establece algunas precisiones derivadas de su diversidad cultural. Se permite una afiliación colectiva y una selección libre de la EPS, empero la comunidad será quien escoja al promotor a través del procedimiento que considere pertinente. Dicha elección se registrará en un acta, suscrita por parte de las autoridades ancestrales, documento que se acompañará de un listado censal que acredita la pertenencia del individuo a la comunidad[97]. Los dos textos referidos reemplazan el formato único de afiliación, por lo que implican la vinculación o traslado de todos los miembros del colectivo [98]. Sin embargo, ese procedimiento no se usa para los indígenas que tienen una relación laboral vigente.

14.2.2. Ahora bien, el sistema de atención indígena se complementa con las empresas promotoras de salud mayoritarias o indígenas que tienen permiso para administrar los recursos que desembolsan las entidades territoriales por los afiliados étnicos en una unidad de pago por capitación diferencial[99]. Ellas son las encargadas de contratar la prestación de los servicios de salud. Se recuerda que este modelo funcionará de manera transitoria mientras se implementa el SISPI.

Con el fin de proteger la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, el Decreto 1848 de 2017 estableció las condiciones y los requisitos para habilitar el funcionamiento de las entidades promotoras de salud indígenas -EPSI-, las cuales serán constatadas por la Superintendencia Nacional de Salud[100]. Cabe resaltar que ese estatuto tuvo consulta previa con la Mesa Permanente de Concertación con Pueblos y organizaciones indígenas

realizada entre el 17 y 19 de julio de 2016. El Decreto 780 de 2016 colocó un mínimo afiliados indígenas en los casos en que las empresas promotoras de salud no cuenten con 100.000 afiliados.

14.2.3. En el sistema de seguridad social en salud indígena se han prefigurado reglas claras de control y vigilancia. El numeral 22 del artículo 189 de la Constitución reconoce que el Presidente de la República tiene la función de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos, por ejemplo la salud. La máxima autoridad administrativa delega esas funciones en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud[101]. Esta institución cumple un rol importante en el monitoreo del funcionamiento y manejo de recursos. Los objetivos de esas acciones son:

“la eficiencia en la obtención, aplicación y utilización de todos los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, como la oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los mismos; el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades públicas y privadas del sector salud; la cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, beneficencias que administren loterías, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar; y la adopción de medidas encaminadas a permitir que los entes vigilados centren su actividad en la solución de sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un crecimiento adecuado de las mismas”[102].

Como primera regla, el artículo 30 de la Ley 691 de 2001 acudió a la complementariedad jurídica para subsanar los vacíos jurídicos de esa regulación, por lo que se acudirán a las normas generales y las que se expidan en el futuro en asuntos no reglamentados en ese estatuto. En consonancia con esa prescripción, el artículo 87 del Decreto 1953 de 2014 señaló que la función de inspección, vigilancia y control se regirá por los principios generales del Sistema General de la Seguridad Social en Salud.

Esa remisión normativa significa que el operador jurídico debe recurrir al marco jurídico común del Sistema General de Seguridad Social, como son el parágrafo 2º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993[103] y el artículo 68 de la Ley 715 de 2001[104]. Los enunciados legales referenciados permiten ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las entidades

que prestan el servicio de salud. Inclusive, autoriza la utilización de los trámites de intervención forzosa sobre las instituciones vigiladas.

El monitoreo y control pretende asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente del servicio de salud, al igual que busca garantizar la destinación efectiva de dineros para la atención. En Sentencia C-607 de 2012, la Sala Plena resaltó que la Ley 1438 de 2011 había ordenado implementar en esa labor algunas acciones y medidas especiales, por ejemplo adelantar los proceso de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza. También puso énfasis en la protección de los recursos del sistema de salud, ya sea en su destinación y eficiencia de los gastos, so pena de la imposición de las respectivas sanciones.

En concreto, el artículo 15 de la Ley 691 de 2001 atribuyó a la Superintendencia Nacional de Salud la competencia de inspección vigilancia y control sobre las EPSI. Además, el Decreto 1848 de 2017 consignó que la mencionada institución será la entidad encargada de verificar las condiciones de constitución y funcionamiento de esas personas jurídicas, así como de habilitación. En los últimos requisitos se incluye las exigencias de operación y de permanencia; entre las que se encuentran las condiciones de capacidad técnico-administrativa, financiera al igual que tecnológica y científica de esas empresas. Tales requerimientos deben demostrarse y mantenerse durante todo el tiempo de funcionamiento de la EPS indígena. En caso de incumplimiento, la institución de supervisión tendrá la facultad de revocar la habilitación de la empresa promotora de salud, de acuerdo con el procedimiento fijado en el artículo 16 y 17 del Decreto 515 de 2004, modificado por el Decreto 3556 de 2008.

14.2.4. En desarrollo de ese modelo de salud, la Corte Constitucional ha conocido casos en donde las comunidades indígenas cuestionaron la prestación del servicio de salud ante el desconocimiento de los contenidos mínimos del derecho a la salud. Ello ha ocurrido en omisiones de la prestación del servicio o en discusiones sobre el traslado de miembros de la colectividad étnica de una EPSI a otra empresa promotora.

En Sentencia T-357 de 2017, se estudió la demanda de tutela formulada por parte del Defensor del Pueblo de Vaupés, en calidad de agente oficioso de la población indígena y

mayoritaria, porque en ese departamento no existían centros de salud y la prestación del servicio de ese servicio era deficiente en términos de disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad. En relación con las comunidades indígenas, el problema jurídico discurrió sobre la vulneración de su derecho a la salud y a la identidad cultural.

En esa oportunidad, se referenciaron las principales características de la salud como derecho y servicio público en poblaciones indígenas, al evidenciar el estrecho vínculo que existe entre esas dos facetas y los principios de la identidad cultural y diversidad. Ello significó que se reconociera el carácter necesario del enfoque diferencial en la garantía de las dimensiones analizadas.

La Sala encontró que en el Departamento del Vaupés existían problemas estructurales que impedían la garantía del derecho a la salud en cada una de sus ámbitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Ese estado de negación de derechos ocurrió por inconvenientes en la prestación del servicio, a saber: i) disponibilidad, al no existir suficientes establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, por ejemplo la ausencia de puestos de atención cercanos a las comunidades indígenas y el deficiente funcionamiento de los existentes, poco personal capacitado, medicamento e infraestructura para su almacenamiento, y falta de suero antiofídico así como de equipos de radio-comunicación; ii) accesibilidad, debido a que algunas instituciones quedan a una gran distancia de las comunidades indígenas, los inconvenientes en remisiones y autorizaciones de traslado en casos de acceso al diagnóstico y tratamiento de citas de rutina y de urgencia, los costos del transporte para acceder a los servicios de salud constituye una barrera para la garantía del derecho a la salud, la deficiente vacunación y controles prenatales, el aumento de los casos suicido; y iii) aceptabilidad, que protege la creación de un sistema de salud propio y la atención con enfoque diferencial. Se encontró que no existía diálogo entre las autoridades médicas occidentales e indígenas.

Ante ese escenario, esta Corporación expidió remedios judiciales estructurales para modificar el comportamiento burocrático a largo plazo y garantizar la protección eficaz de los derechos de la comunidad indígena y no indígena. Indicó que era indispensable dictar órdenes complejas, como quiera que necesitaba asegurar la protección del derecho fundamental a la salud con la concurrencia de varias instituciones. Se ordenaron medidas inmediatas y de largo plazo. Un ejemplo de los primeros remedios son las brigadas de salud

extramurales y las órdenes de protección en los casos particulares. Una muestra de los segundos mandatos corresponde con la formulación de una política específica para tratar los temas de salud mental, un diseño de atención en el Departamento del Vaupés y campañas de manejo de alimentos entre otros. Esos planes debían ser sensibles a las identidades culturales de los pueblos tribales.

En otra vía, se debatió sobre la afectación de derechos de comunidades indígenas producto de trámites de afiliaciones o de traslado de miembros de la comunidad.

En Sentencia T-920 de 2011[105], la Sala Séptima de Revisión consideró que la alcaldía Municipal de Rosas Cauca había vulnerado los derechos a la salud y a la consulta previa de un colectivo indígena, al negar el traslado de EPSI bajo la premisa que: i) la comunidad indígena no estaba sisbenizada ni censada; ii) la EPS elegida no estaba operando en el municipio; y iii) la compañía no había firmado el acta de apertura de los traslados con las demás EPS. Sostuvo que la autoridad administrativa no puede negar la solicitud de traslado colectivo cuando se cumplen los requisitos, o sea, el acta suscrita por las autoridades ancestrales y que la EPSI seleccionada preste sus servicios en el municipio. La negativa de la remisión impedía que la comunidad gozará de un sistema de salud conforme con su identidad cultural. Se encontró vulnerado el derecho a la concertación, empero no se ordenó diálogo alguno.

Para la Corte, dejar a disposición de las comunidades los procedimientos de afiliación y traslados no quebranta la Constitución, pues la autonomía y el principio de diversidad cultural incluyen ese tipo de prerrogativas[106]. Esas decisiones hacen parte de la idea de que las autoridades ancestrales gobiernen sus asuntos, prerrogativa que desarrolla sus usos y costumbres de cada comunidad.

14.3. En tal virtud, la salud tiene la doble naturaleza de servicio y de derecho. En las comunidades indígenas, esa simbiosis adquiere un sentido particular por el nexo que tienen con el principio a la diversidad étnica y cultural de esos pueblos. El derecho cobra relevancia para prefigurar aspectos en la estructura y prestación del servicio, debido a la relevancia que se otorga a la identidad cultural de los grupos tribales en materia de salud. La aceptabilidad obliga, primero, a que exista un modelo de atención en salud propio de esas colectividades que incluya la medicina tradicional, al igual que la administración y

gestión; segundo, que respete su cosmovisión y autodeterminación, por ejemplo el acceso y prestación del servicio según sus creencias y costumbres. Ello se materializó en un enfoque diferencial.

Esa visión permite que las comunidades puedan prestar el servicio de salud y exigir a los prestadores del mismo que sean sensibles ante su lectura del mundo. Verbigracia, la afiliación y el traslado de empresa promotora de salud es una prerrogativa de autogobierno de la comunidad y de sus autoridades ancestrales. Sin embargo, ello no excluye que sobre la prestación del servicio de salud, ya sea por instituciones propias o empresas de salud indígenas, el Estado ejerza sus funciones de inspección, vigilancia y control a través de la Superintendencia de Salud.

IV. CASO CONCRETO

15. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se estudia la demanda formulada por el Cacique del Cabildo Indígena de San Andrés de Sotavento del Pueblo Zenú contra la Superintendencia Nacional de Salud, debido a que desconoció el derecho a la consulta previa, al intervenir forzosamente a la EPSI MANEXKA y trasladar a los afiliados de esa compañía a otras empresas promotoras. Censuraron que las actuaciones cuestionadas habían carecido de concertación con la comunidad.

Los jueces de instancia estimaron que el ente de vigilancia conculcó el derecho a la concertación del pueblo Zenú, como quiera que suprimió la habilitación de la asociación de cabildos indígenas de San Andrés de Sotavento para administrar los recursos del régimen subsidiado de salud y trasladó a los afiliados de esa empresa a otras administradoras, sin haber concertado con la colectividad. Las autoridades judiciales indicaron que esas medidas constituyeron afectación directa en los derechos de la comunidad, puesto que perturbaron el sistema de salud indígena.

Para Sala, ese escenario fáctico y jurídico implica dos problemas que deben ser resueltos de manera separada, pues entrañan dos medidas diferentes de interferencia a comunidades indígenas. De un lado, se estudiará si la intervención forzosa y toma de posesión de los haberes y bienes de MANEXKA EPSI afectó de manera directa al pueblo Zenú, por lo que era necesario la concertación con esa comunidad. De otro lado, se analizará si el traslado de los usuarios de MANEXKA EPSI a otras empresas promotoras de salud perturbó de manera

específica a la colectividad mencionada, al punto que debía ser objeto de consulta previa con la comunidad. A continuación se procederá a resolver las incógnitas de fondo planteadas.

Primer problema jurídico: aplicación de la consulta previa en los trámites de intervención forzosa con fines de liquidación de las EPSI, al igual que toma de posesión de bienes, haberes y créditos

16. La comunidad de San Andrés de Sotavento manifestó que la toma de posesión de bienes, haberes y créditos, así como la intervención forzosa administrativa con fines de liquidación debió ser objeto de consulta previa, porque es una medida que entraña una afectación directa. Indicó que la perturbación había consistido en que se: i) elimina un sistema propio de salud de la comunidad Zenú; ii) suprime una entidad que ofrece servicios de salud ancestral, situación que restringe su autonomía; iii) usó la fuerza y coerción contra la comunidad indígena; iii) afectó la estabilidad laboral de los trabajadores de la EPSI MANEXKA; y iv) violó el derecho del pueblo Zenú a continuar con la construcción del sistema de salud propio y organizado por éste

16.1. En esta providencia, la Corte concluyó que la consulta previa es un derecho fundamental que materializa el principio de participación que tienen las comunidades étnicas diversas. Dicha garantía opera ante la presencia de una afectación directa y bajo unos criterios que han sido fijados por la jurisprudencia (Supra 13.3)

Además, precisó que en las medidas administrativas distintas a las actividades de explotación de recursos naturales o de construcción, la aplicación del derecho a la consulta previa toma énfasis en la afectación cultural e identidad de la comunidad. En estas materias, el concepto clave de la concertación se preocupa por verificar que la alternativa o estrategia de las autoridades perturba la construcción y auto percepción de la identidad étnica y cultural del colectivo (Supra 13.5).

En relación con la salud, la Sala Novena de Revisión estimó que tiene la naturaleza de servicio y de derecho. En las comunidades indígenas, esa simbiosis adquiere un sentido particular por el nexo que posee con el principio a la diversidad étnica y cultural de esos pueblos. La aceptabilidad obliga, primero, a que exista un modelo de atención en salud propio de esas colectividades, que incluya la medicina tradicional, al igual que la

administración y gestión; segundo, que respete su cosmovisión y autodeterminación, por ejemplo el acceso y la prestación del servicio se ejecute según sus creencias y costumbres. Se trata de un enfoque diferencial. Sin embargo, ello no excluye que sobre la prestación del servicio de salud, ya sea por instituciones propias o empresas de salud indígenas, el Estado ejerza sus funciones de inspección, vigilancia y control a través de la Superintendencia Nacional de Salud.

16.2. Esta Corporación considera que la Superintendencia Nacional de Salud no vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad Zenú, al tomar posesión de bienes, haberes y créditos, al igual que al intervenir forzosamente a MANEXKA EPSI, porque esa medida no implicó una afectación directa para ese colectivo. A continuación se esbozarán las razones que sustentan esa conclusión:

16.2.1. En primer lugar, la medida adoptada por el ente de vigilancia - Resoluciones 000527 del 27 de marzo y 1757 del 9 de junio de 2017- no perturbó elemento cultural alguno del modelo de salud indígena. Así, nunca desdibujó las competencias de los Territorios Indígenas en materia de planeación de políticas de salud. En realidad materializó la eficacia de la prestación del servicio de salud y los derechos de los usuarios.

La intervención administrativa forzosa no implicó la perturbación de la dimensión más relevante en el derecho a la salud de las comunidades indígenas, es decir, la aceptabilidad.

Las decisiones de la Superintendencia nunca afectaron a las autoridades propias del Territorio Indígena Zenú, figuras que fueron reguladas en el Decreto Ley 1953 de 2014. El artículo 88 de esa norma precisó que mientras se implementa el SISPI el sistema de seguridad social en salud garantizará el derecho a la salud de los pueblos indígenas a través de EPSI o de EPS. De ahí que, las empresas promotoras de salud indígenas son instituciones del sistema de seguridad social, empero no del SISPI. Ello sucede con independencia de que esas empresas estén compuestas por cabildos étnicos. Se recuerda que la autorización de prestación de servicios de esas actividades es un modelo de transición que pretende salvaguardar que los indígenas reciban una atención de acuerdo con sus creencias y cosmovisiones, condiciones que debe cubrir cualquier EPS sea o no indígena.

En su funcionamiento, MANEXKA EPSI se encuentra sujeta a la normatividad que también

debe seguir otra empresa que desee prestar el servicio de salud a la comunidad indígena y a los demás afiliados de la cultura mayoritaria. Nótese que si otra institución hubiese incurrido en las mismas deficiencias, la Superintendencia estaría obligada a adoptar una determinación similar. La medida de intervención administrativa no perturba a una comunidad, siempre que las autoridades garanticen la prestación del servicio de salud con un enfoque diferencial y atendiendo sus creencias y costumbres.

Aunado a lo antepuesto, la Superintendencia Nacional de Salud no lesionó la otra dimensión del derecho a la salud en su ámbito de la aceptabilidad, que responde con el deber de respetar las creencias de la comunidad indígena y su cosmovisión. En las Resoluciones 000527 del 27 de marzo y 1757 del 9 de junio de 2017 y en el procedimiento de vigilancia especial, la entidad enunciada nunca cuestionó las prácticas ancestrales de la comunidad Zenú, ni sus creencias.

La Superintendencia Nacional de Salud constató que MANEXKA EPSI había incurrido en las siguientes falencias: a) inexistencia de reportes en el cumplimiento del plan de acción para la suficiencia de red en los niveles de atención, en especial en los servicios de alta complejidad, como Hematología Oncológica o Quimioterapia[107]; b) persistencia de incumplimiento de los indicadores de gestión en salud sexual y reproductiva[108], en asistencia a la primera infancia[109], en cuidados maternos[110] y en programas de detección temprana de pacientes con cáncer[111]; c) el suministro parcial de medicamentos, al punto que entregó un promedio de 2 fármacos de 3 drogas prescritas, dato que evidencia un suministro del 67% de los medicamentos solicitados. Tampoco entrega de manera completa los fármacos y no acata la Resolución 1604 de 2013; d) dentro del seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, la empresa promotora de salud mencionada incumplió las obligaciones para asegurar la oportunidad de la atención ni observó las acciones de mejora. Se evidenció un alto riesgo en salud de la población afiliada al no contar con el acceso y oportunidad a los servicios de salud que requieren los afiliados más vulnerables[112].

En el componente financiero, los estudios técnicos cuestionaron las siguientes fallas en la EPSI MANEXKA: a) el aumento de capital injustificado[113]; b) las operaciones que explican la adquisición de edificaciones no han sido explicadas y soportadas en documentos[114]; c) el excesivo gasto administrativo que supera el tope de 8 % establecido en la Ley 1438 de

2011[115]; d) la autorización de servicios de salud posteriores a la fecha de reporte del usuario en la base de datos de fallecidos (\$ 733.928.031)[116]; y e) deficiencia en los mecanismos de seguimiento y control al sistema de información y en la protección de los recursos de la entidad, en la administración del riesgo, con carencia de mecanismo de auto control y autogestión que lleven a garantizar la eficiencia, eficacia y economía en todas las operaciones[117].

En el riesgo de lavados de activos y financiación del terrorismo LA/LT, la Superintendencia Nacional de Salud indicó que se había incumplido la Circular Externa 009 de 2016, por la cual se imparten instrucciones relativas al sistema de administración del riesgo de lavados de activos y la financiación del terrorismo, en los aspectos que se señalan a continuación: “i) reporte del archivo Tipo 192, oficial de cumplimiento; ii) reporte archivo Tipo 191, políticas de prevención frente al riesgo de lavados y financiación del terrorismo; y iii) reportes de transacciones individuales, transacciones múltiples u operaciones sospechosas a través del SIREL, sistema de reporte de la UAIF, para los meses de enero y febrero de 2017”[118].

Entonces, las aserciones a las que llegó la Superintendencia no tuvieron la finalidad de perturbar la identidad cultural Zenú ni su auto percepción. En realidad, son afirmaciones que evidencian problemas en la prestación de servicio de salud por parte de MANEXKA EPSI.

Adicionalmente, debe advertirse que el ente de vigilancia encontró que existían inconvenientes sobre la caracterización de la población afiliada a MANEXKA EPSI, inconsistencias que dificultan la identificación del porcentaje de usuarios indígenas vinculados a la entidad promotora mencionada. Esa conclusión descarta el argumento de los actores y de los jueces de instancia de que existe afectación directa a la comunidad Zenú por la intervención forzosa de una entidad promotora de salud que tiene mayoritariamente afiliados indígenas. Lo anterior, en razón de que el argumento de alta densidad demográfica étnica diversa no está probado y es una premisa irrelevante para la procedencia de la consulta previa. Se recuerda que el criterio clave de la aplicación de la concertación es la afectación directa a los derechos de una comunidad, aspecto que es indiferente ante el número de individuos de un colectivo étnico que se ve perturbado. Así mismo, la Sala subraya que existe una separación entre las funciones del cabildo y

MANEXKA EPSI, al punto que intervenir la segunda no significa afectar al primero.

16.2.2. En segundo lugar, el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control por parte la Superintendencia y su concreción en casos particulares, en principio, no afecta de manera específica a una comunidad, toda vez que es una medida uniforme que regula y disciplina a toda empresa promotora de salud del país y no exclusivamente a las empresas conformadas por comunidades indígenas. En esta labor, se siguen los parámetros técnicos que se aplica indistintamente a toda administradora de los recursos de la seguridad social en salud.

Además, la normatividad vigente reconoce que la Superintendencia Nacional de Salud tiene la facultad de ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las EPSI, tal como establece el artículo 88 del Decreto 1953 de 2014. Entre las medidas que puede adoptar la entidad de monitoreo se encuentra la liquidación forzosa. Como se advirtió en la parte motiva de esta providencia, esa competencia también se deriva de Ley 691 de 2001 y el Decreto 1848 de 2017. Nótese que esas facultades de control e inspección fueron concertadas con la Mesa de Concertación Permanente y protocolizadas entre el 17 y 19 de julio de 2016.

Sin embargo, la Sala Novena de Revisión subraya que esa conclusión no descarta la posibilidad de que en algunas ocasiones el ejercicio de esas competencias pueda afectar directamente la identidad cultural de una comunidad indígena. Ello debe ser verificado en cada caso para determinar la aplicación o no de la consulta previa. Verbigracia, constituiría perturbación a la auto-percepción de un grupo étnico si la Superintendencia Nacional de Salud cuestiona la capacidad asistencial de una EPSI por la aplicación de medicamentos ancestrales o prácticas culturales, en vez del protocolo médico occidental. Lo mismo sucedería con la imposición de políticas de atención en salud, al excluir a los médicos ancestrales del tratamiento de los miembros de la comunidad a la que pertenecen.

16.2.3. En suma, se concluye que la toma de posesión de bienes, haberes y créditos, así como la intervención forzosa con fines de supresión del objeto social de MANEXKA EPSI para administrar recursos de la seguridad social – Resoluciones 000527 del 27 de marzo y 1757 del 9 de junio de 2017- no afectó de manera directa a la comunidad Zenú, porque jamás perturbó su identidad cultural y étnico con esa determinación. Encima,

esa es una medida uniforme para el resto de las empresas promotoras de salud, por lo que no se puede concluir que es una facultad que implique una afectación directa per se. Ante esa situación, no era aplicable la consulta previa sobre la medida analizada.

Segundo problema jurídico: aplicación de la consulta previa en el traslado indiscriminado de los afiliados de MANEXKA EPSI a otras empresas promotoras de salud como resultado de su intervención forzosa

17. La comunidad actora también censuró que la Superintendencia Nacional de Salud desconoció su derecho a la consulta previa, al trasladar los usuarios de MANEXKA EPSI a empresas promotoras de salud que carecían de los medios necesarios para atender a los afiliados indígenas, pues no poseen servicios e instalaciones acordes con la identidad cultural y el enfoque diferencial en salud del pueblo Zenú.

La Superintendencia trasladó los usuarios a otras Empresas Promotoras de Salud que mantienen operación en la zona de influencia de MANEXKA, como son: i) COMFASUCRE; ii) CAJACOPI, iii) NUEVA EPS; iv) COOSALUD; y c) MUTUAL SER EPS.

17.1. En la parte motiva de esta decisión, la Sala precisó que la afiliación y el traslado de empresa promotora de salud es una prerrogativa de autogobierno de la comunidad étnica y de sus autoridades ancestrales. Esa facultad desarrolla los usos y costumbres de cada comunidad (Supra 14.3).

17.2. De la reseña expuesta, la Sala concluye que la Superintendencia Nacional de Salud vulneró el derecho a la consulta previa de la comunidad Zenú, debido a que trasladó a los indígenas afiliados a MANEXKA EPSI a otras EPS y no realizó una concertación con la colectividad en seguida de la remisión. Esa medida debía ser objeto de deliberación inmediatamente después del traslado de los pacientes, toda vez que implica perturbar la identidad cultural, al usurpar un espacio de autogobierno del grupo étnico.

Para la Sala Novena de Revisión, resulta razonable que la Superintendencia Nacional de Salud hubiese trasladado, de manera provisional, a los pacientes indígenas de MANEXKA EPSI a otras empresas promotoras de salud ante el trámite de intervención forzosa y liquidación de aquella compañía, sin que previamente se hubiese efectuado un diálogo con la comunidad Zenú. Lo anterior, porque es una medida que garantizaba la continuidad del

servicio de salud de los usuarios.

Sin embargo, la posibilidad de que los pacientes indígenas puedan ejercer su derecho a la libre escogencia de EPS, dentro de los 90 días calendarios posteriores a su traslado, no subsana la vulneración del derecho a la consulta previa, puesto que el Estado se abrogó competencias propias de la etnia Zenú. En realidad, la Superintendencia Nacional de Salud tenía la obligación de realizar la concertación con ese grupo étnico inmediatamente después de la remisión provisional de los usuarios, producto del trámite de toma de posesión, de bienes haberes y créditos, al igual que liquidación de la EPSI MANEXKA.

Se aclara que el objeto de la consulta no recaía sobre la decisión de la comunidad de ser trasladada de MANEXKA a otra empresa promotora de salud, o si quería quedarse en esa EPSI. La concertación debió realizarse en torno a la selección de la EPS a la que desearían ser remitidos los pacientes o si querían permanecer en una de las EPS receptoras.

La obligatoriedad de la consulta no quedaba desvirtuada con la rapidez con que debía efectuarse el traslado producto del trámite de intervención forzosa sobre MANEXKA. Lo anterior, debido a que esa interferencia entraña un gran impacto para los asuntos propios de la comunidad y su autogobierno. Se reitera que la Superintendencia tenía el deber de realizar una consulta posterior al traslado para convalidar el consentimiento de la comunidad, empero no implementó acción alguna de diálogo.

17.3. Aunado a lo antepuesto, la Superintendencia Nacional de Salud vulneró el derecho a la consulta previa de la etnia Zenú, toda vez que trasladó a los usuarios indígenas de MANEXKA a empresas promotoras de salud que carecían de servicios con enfoque diferencial para las comunidades indígenas. En este aspecto, la afectación directa se presenta en que se perturbó la identidad cultural y étnica de la comunidad actora, porque incumplió la dimensión de aceptabilidad del derecho a la salud, al permitir que recibieran una atención que ignoraba la cosmovisión y autodeterminación del pueblo Zenú. Ello en razón de que el acceso y la prestación del servicio no tuvo en cuenta sus creencias y costumbres.

El Tribunal Administrativo de Córdoba constató que las empresas promotoras de salud donde fueron trasladados los usuarios de MANEXKA, inicialmente, carecían de enfoques diferenciales en la prestación del servicio de salud. Más adelante, ese vacío se subsanó con

la contratación de instituciones prestadoras del servicio de salud para comunidades étnicas diversas. Sin embargo, la Sala censura que la entidad de vigilancia administrativa no hubiese realizado un análisis para remitir a los pacientes a EPS que tuvieran servicios acordes con las costumbres de la comunidad.

17.4. Por consiguiente, la Sala Novena de Revisión estima que la Superintendencia Nacional de Salud quebrantó el derecho a la consulta previa del pueblo Zenú, al trasladar a los usuarios de MANEXKA EPSI a otras empresas promotoras de salud que carecían de enfoque diferencial de atención a indígenas, y al omitir realizar una concertación con la comunidad después de la remisión. Esa medida afectaba de manera directa a la colectividad actora, al perturbar su identidad cultural y étnica, porque la entidad demandada usurpó las competencias de autogobierno de ese grupo y desconoció la aceptabilidad del derecho a la salud, al permitir la prestación de un servicio de salud sin revisar la costumbre y cosmovisión del pueblo Zenú.

Decisiones y órdenes a impartir en la presente decisión

18. La Sala Novena de Revisión revocará parcialmente los fallos emitidos por parte del Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería y del Tribunal Administrativo de Córdoba en relación con el amparo del derecho a la consulta previa por la toma de posesión de bienes, haberes y créditos, así como de la intervención forzosa con fines de liquidación de MANEXKA EPSI. Por tanto, revocará todas las órdenes proferidas por parte de los jueces de instancia, por ejemplo los remedios que dejaron sin efecto las Resoluciones 000527 del 27 de marzo y 1757 del 9 de junio de 2017 y dispusieron el retorno de afiliados a MANEXKA. También perderán vigencia los trámites adelantados, las decisiones y sanciones expedidas en los incidentes de desacato que se abrieron en contra de los Superintendentes Nacionales de Salud, nombrados en la modalidad de encargado y/o en propiedad, procedimiento promovido como consecuencia del incumplimiento de las sentencias de instancia, porque, al revocarse los fallos, tales medidas y procedimientos quedan sin sustento jurídico por sustracción de materia.

Se aclara que los actos administrativos demandados no desconocieron el derecho a la consulta previa de la comunidad Zenú, dado que carecían de la entidad requerida para afectar de manera directa a ese colectivo. Por ende no debían ser objeto de concertación.

Así mismo, confirmará parcialmente las sentencias objeto de revisión en relación con la improcedencia del derecho al debido proceso. Lo propio sucederá con el amparo a la consulta previa derivado de la ausencia de concertación en el traslado de los usuarios de MANEXKA EPSI a otras empresas promotoras de salud que carecían de enfoque diferencial.

18.1. Por tanto, ordenará al Ministerio del Interior que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites respectivos de la consulta previa con la comunidad del Cabildo Mayor Regional de San Andrés de Sotavento del Pueblo Zenú, diálogo en el que debe participar la Superintendencia Nacional de Salud. La concertación versará sobre la libre escogencia de EPS por parte del grupo étnico. De ahí que el colectivo debatirá si desea continuar en las empresas promotoras de salud donde fueron trasladados los miembros de la comunidad, o si quiere acudir a otra EPS. Los acuerdos de esa deliberación deben tener en cuenta las reglas establecidas para la afiliación de indígenas.

Para adoptar esa decisión, deberá contarse con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo, pues la libertad en la elección de la empresa promotora de salud es un ámbito de autogobierno propio de las comunidades indígenas, al tener un nexo con la identidad cultural.

De la anterior actuación se informará al Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería para que en el término de diez (10) días evalúe el proceso de consulta adelantado.

18.2. A su vez, no se considera pertinente dejar sin efecto las Resoluciones 000527 del 27 de marzo y 1757 del 9 de junio de 2017, actos que reconocieron la medida de traslado, debido a que sería desproporcionado afectar la eficacia de un acto administrativo por un elemento incidental que no se relaciona con la declaración de voluntad central de las autoridades. Además, el derecho a la consulta previa, materializado en libre elección de la empresa promotora, puede ser restituido con un proceso de concertación en el que se delibere con la comunidad a qué empresa promotora de salud desea trasladarse.

Síntesis de la decisión

19. Mediante Resolución 527 del 27 de marzo de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud decidió tomar posesión de los bienes y haberes de MANEXKA EPSI, al igual que procedió a su intervención forzosa y su liquidación. Esa determinación se basó en que dicha empresa tenía riesgos operacionales que afectaban la prestación del servicio de salud para sus afiliados, información que se sustentó en varios informes expedidos en el marco del procedimiento de vigilancia especial abierto en su contra un año antes. El ente de control ordenó trasladar los usuarios de MANEXKA a otras EPS y nombró un liquidador para que llevara a la persona jurídica a su extinción.

Ante esa situación, el 18 de abril de 2017, el ciudadano Eduardo Espitia Estrada, Cacique Regional del Pueblo Zenú y representante legal del Cabildo Mayor Regional del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre, interpuso acción de tutela contra la decisión de intervención forzosa porque, de conformidad con sus afirmaciones, desconoció los derechos a la consulta previa y al debido proceso de esa comunidad étnica. El primero, por cuanto según su decir no se concertó la medida administrativa que afecta de manera directa a la comunidad, “al suprimir el cabildo y su sistema de salud”. También denunció que se debió dialogar con la colectividad el traslado de los pacientes a otras empresas promotoras de salud. El segundo, como quiera que, de acuerdo con el actor, nunca conoció los informes que sustentaron la decisión y la Superintendencia Nacional de Salud adoptó una medida de la que carece competencia. Aunado a ello, reprochó que se hubiese tomado la medida más grave, es decir, la liquidación de MANEXKA EPSI.

19.1. El Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería amparó los derechos a la consulta previa y al debido proceso. El primero, toda vez que conforme a sus disposiciones las decisiones de la Superintendencia Nacional de Salud afectaron de manera directa y desmedida el sistema de salud especial indígena, al igual que no se revisó el enfoque diferencial con esas medidas ni con el traslado de los pacientes. El segundo, en razón de que se liquidó todo el Cabildo de San Andrés de Sotavento Córdoba - Sucre y no exclusivamente a la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA. Por eso, se suspendió la Resolución No 000527 del 27 de marzo de 2017 hasta que se formulara demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y se dispuso que “el estado de cosas” volviera a ser el que era antes de la toma de posesión de la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA

Apelada la decisión, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba confirmó el amparo sobre el derecho a la consulta previa del Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre, debido a que la intervención forzosa constituye una afectación directa a esa comunidad, al tener mayoritariamente miembros indígenas y trasladar a éstos a empresas promotoras que carecen de prestaciones étnicas diversos. De ahí que se mantuvo la suspensión de los actos de liquidación y de intervención forzosa y la orden de restablecimiento. Sin embargo, declaró improcedente el amparo del derecho al debido proceso ante la existencia del medio ordinario de defensa judicial y del perjuicio irremediable.

19.2. Ante esa situación fáctica, en el escrutinio de forma, la Corte precisa que la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado y preferente para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas. De ahí que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho carece de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión. Lo anterior, por cuanto esas herramientas procesales no ofrecen una solución clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad.

En el caso concreto, se sintetiza que los criterios enunciados de procedibilidad aplicaban a la demanda de tutela de la referencia, pues se solicitó la protección del derecho a la consulta previa y se formularon argumentos plausibles de desconocimiento de la concertación con el colectivo étnico.

Por el contrario, la Sala Novena de Revisión estima que la acción de tutela era improcedente para salvaguardar el derecho al debido proceso de la comunidad demandante, como quiera que tenía a su disposición el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para restablecer las presuntas irregularidades procedimentales denunciadas. Se trataban de cargos que pretendían demostrar el desconocimiento de normas del trámite de inspección, vigilancia y control de empresas promotoras de salud, aspectos que podían ser cuestionados ante el juez contencioso, como indicó la colectividad demandante. Además, concluyó que no existía riesgo para la configuración de un perjuicio irremediable, porque la Superintendencia Salud había aclarado, en la Resolución No 1757 de 2017, que la liquidación recaería sobre la actividad asociada a la administración de los recursos

provenientes del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y no frente a la persona jurídica del Cabildo Mayor Indígena de San Andrés de Sotavento, por lo que ésta continúa intacta.

19.3. En el análisis de fondo, esta Corporación señala que debe estudiar dos problemas jurídicos. De un lado, definir si la intervención forzosa y toma de posesión de los haberes, créditos y bienes de MANEXKA EPSI había afectado de manera directa al pueblo Zenú, por lo que era necesario la concertación con esa comunidad. De otro lado, analizar si el traslado de los usuarios de MANEXKA EPSI a otras empresas promotoras de salud había perturbado y perturba de manera específica a la colectividad mencionada, al punto que debe ser objeto de consulta previa con la comunidad.

19.4. Para resolver la primera incógnita de derecho, esta Corte precisa que la consulta previa es un derecho fundamental que materializa el principio de participación que tienen las comunidades étnicas diversas. Dicha garantía opera ante la presencia de una afectación directa y bajo unos criterios que han sido fijados por la jurisprudencia (Supra 13.3)

Además, considera que en las medidas administrativas distintas a las actividades de explotación de recursos naturales o de construcción, la aplicación del derecho a la consulta previa toma énfasis en la afectación cultural e identidad de la comunidad. En estas materias, el concepto clave de la concertación se preocupa por verificar que la alternativa o estrategia de las autoridades perturba la construcción y auto percepción de la identidad étnica y cultural del colectivo (Supra 13.5).

En relación con la salud, la Sala Novena de Revisión estima que tiene la naturaleza de servicio y de derecho. En las comunidades indígenas, esa simbiosis adquiere un sentido particular por el nexo que posee con el principio a la diversidad étnica y cultural de esos pueblos. La aceptabilidad obliga, primero, a que exista un modelo de atención en salud propio de esas colectividades, que incluya la medicina tradicional, al igual que la administración y gestión; segundo, que respete su cosmovisión y autodeterminación, por ejemplo el acceso y prestación del servicio según sus creencias y costumbres. Se trata de un enfoque diferencial. Sin embargo, ello no excluye que sobre la prestación del servicio de salud, ya sea por instituciones propias o empresas de salud indígenas, el Estado ejerza

sus funciones de inspección, vigilancia y control a través de la Superintendencia de Salud.

19.4.1. En el caso sub-judice, se concluye que la toma de posesión de bienes, haberes y créditos, así como la intervención forzosa con fines de supresión del objeto social de MANEXKA EPSI para administrar recursos de la seguridad social - Resoluciones 000527 del 27 de marzo y 1757 del 9 de junio de 2017- no afectó de manera directa a la comunidad Zenú, porque jamás perturbó su identidad cultural y étnica con esa determinación. Encima, esa es una medida uniforme para el resto de las empresas promotoras de salud, por lo que no se puede concluir que es una facultad que implique una afectación directa per se. Ante esa situación, no era aplicable la consulta previa sobre la medida analizada.

Sin embargo, esa conclusión no descarta la posibilidad de que en algunas ocasiones el ejercicio de esas competencias pueda afectar directamente la identidad cultural de una comunidad indígena. Ello debe ser verificado en cada caso para determinar la aplicación o no de la consulta previa

19.5. En el segundo problema jurídico, la Sala Novena de Revisión manifiesta que la afiliación y el traslado de empresa promotora de salud es una prerrogativa de autogobierno de la comunidad étnica y de sus autoridades ancestrales. Esa facultad desarrolla los usos y costumbres de cada comunidad (Supra 14.3).

En el asunto sometido a revisión, se concluye que la Superintendencia Nacional de Salud quebrantó el derecho a la consulta previa del pueblo Zeñú, al trasladar a los usuarios de MANEXKA EPSI a otras empresas promotoras de salud, que carecían de enfoque diferencial de atención a indígenas, y al omitir realizar una concertación con la colectividad después de la mencionada remisión. Esa medida afectaba de manera directa a la colectividad actora, al perturbar su identidad cultural y étnica, porque la entidad demandada usurpó las competencias de autogobierno de ese grupo y desconoció la aceptabilidad del derecho a la salud, al permitir la prestación de un servicio de salud sin revisar las costumbres y cosmovisión del pueblo Zenú.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- **NEGAR** la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional formulada por parte de la Superintendencia Nacional de Salud en relación con la cesación de efectos de los fallos de instancia proferidos en el trámite de tutela de la referencia.

Segundo.- **CONFIRMAR PARCIALMENTE** el fallo emitido, el 14 de junio de 2017, por parte de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, que a su vez confirmó la sentencia proferida, el 2 de mayo de 2017, por el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, que amparó el derecho fundamental a la consulta previa por la ausencia de concertación en cuanto al traslado de afiliados de MANEXKA EPSI a otras empresas promotoras de salud. A su vez, se confirmará la decisión de improcedencia de la tutela pretendida que se adoptó en relación con el derecho al debido proceso.

Tercero.- **REVOCAR PARCIALMENTE** el fallo emitido, el 14 de junio de 2017, por parte de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, que a su vez confirmó la sentencia proferida, el 2 de mayo de 2017, por el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, que amparó el derecho de consulta previa por la ausencia de concertación en cuanto a la toma de posesión de bienes, haberes y créditos, así como por la intervención forzosa con fines de liquidación de MANEXKA EPSI, y ordenó dejar sin valor y efecto las Resoluciones 00527 del 27 de marzo de 2017 y 001767 del 9 de junio de 2017, devolver a MANEXKA EPSI todos los bienes y haberes que fueron objeto de posesión con fundamento en esos actos administrativos y el retorno y traslado de los usuarios de otras Empresas Promotoras de Salud a la Empresa Promotora de Salud Indígena MANEXKA EPSI. Por sustracción de materia, los incidentes de desacato adelantados en contra de los Superintendentes Nacionales de Salud, nombrados en la modalidad de encargo y/o en propiedad, perderán su vigencia.

Cuarto.- **ORDENAR** al Ministerio del Interior y a la Superintendencia Nacional de Salud que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicien los trámites respectivos de la consulta previa con la comunidad del

Cabildo Mayor Regional de San Andrés de Sotavento del Pueblo Zenú. La concertación versará sobre la libertad de escogencia de las empresas promotoras de salud por parte de la comunidad demandante. De ahí que el colectivo étnico debatirá si desea continuar en las empresas promotoras de salud a donde fueron trasladados los miembros de la colectividad, o si quiere afiliarse a otra EPS. Los acuerdos de esa deliberación deben tener en cuenta las reglas establecidas para la afiliación de indígenas. Para adoptar esa decisión, deberá contarse con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo Zenú. De la anterior actuación se informará al Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería para que en el término de diez (10) días evalúe el proceso de consulta adelantado.

Quinto.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos aquí protegidos.

Sexto.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud

reconoció que esa decisión se sustentó en los informes presentados por parte de las Superintendencias Delegadas de Riesgo y de Vigilancia Administrativa, así como en la auditoria forense realizada por la consultoría y en el estudio del Contralor Designado. Subrayó que en tales documentos se había evidencia que la EPSI MANEXKA padece de una situación crítica por los riesgos operativos, legales y financieros.

[2] Artículo 6º de la Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017, por medio de la cual se ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar de la (sic) Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andres de Sotavento Córdoba y Sucre MANEXKA”.

[3] El artículo 197 de la Ley 1437 de 2011 indica que “Las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales. Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico.”

[4] Decreto 2591 de 1991, “Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.”

[5] Sentencia T-888 de 2005

[6] Sentencia T-440 de 2003 y Autos 049 de 1995.

[7] Autos 419 de 2017, 380 de 2010, 350 de 2010,

[8] Auto 419 de 2017 y A-222 de 2009

[9] Sentencias T-531 de 2002, T-711 de 2003 y T-361 de 2017.

[10] Sentencias T-379 de 2011, T-049 de 2013 y T-272 de 2017.

[11] Cfr. Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-049 de 2013.

[12] Cfr. Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-049 de 2013

[13] Sentencias T-162 de 2010, T-034 de 2010 y T-099 de 2008.

[14] Sentencias T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000.

[15] Sentencia T-235 de 2010.

[16] Sentencia SU-217 de 2017, SU-133 de 2017, T-436 de 2016. Tal posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-384A de 2014, T-576 de 2014, T-766 de 2015 y T-197 de 2016.

[17] Sentencias T-766 de 2015, T-197 de 2016, T-272 de 2017.

[18] Sentencias T-568 de 2017, T-416 de 2017, T-272 de 2017, T-236 de 2017 y SU-217 de 2017.

[19] Sentencia T-436 de 2016

[20] Sentencia SU-691 de 2017.

[21] Sentencia T-361 de 2017

[22] Sentencia T-425 de 2014.

[23] Sentencia T-568 de 2017

[24] Sentencia T-514 de 2009

[25] Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003

[26] Sentencia T-661 de 2015.

[28] Ibídem.

[29] Sentencias T-1045^a de 2010 y T-236 de 2017

[30] Sentencia T-745 de 2010.

[31] Convenio 169, Artículo 15

[32] Convenio 169, Artículo 16.

[33] Convenio 169, Artículo 17

[34] Convenio 169. Artículo 22.

[35] Convenio 169, Artículo 27.

[36] Convenio 169. Artículo 28

[37] Sentencia C-077 de 2017

[38] Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-371 de 2014, T-376 de 2012, T-766 de 2015.

[39] Sentencias C-366 de 2011; C-196 de 2012, C-317 de 2012 y C-077 de 2017, entre otras.

[40] Sentencia C-461 de 2008.

[41] Sentencias C-208 de 2007, T-907 de 2011, T-801 de 2012 y T-049 de 2013

[42] Sentencias T-201 de 2017 y T-582 de 2017

[43] Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-547 de 2010, T-745 de 2010, T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-993 de 2012, T-172 de 2013, Sentencia T-849 de 2014, T-660 de 2015, T-436 de 2016 y T-568 de 2017.

[44] Sentencia C-217 de 2015.

[45] Sentencia T-236 de 2017.

[46] En Sentencia C-030 de 2008, se precisó que las afectaciones directas y diferenciadas a pueblos indígenas en los casos de medidas legislativas ocurren bajo los siguientes supuestos: (i) estén orientadas a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, o (ii) cuando se le impongan cargas o se le atribuyan beneficios a una comunidad de tal forma que modifique su situación o su posición jurídica.

[47] Sentencias T- 698 de 2011 T-236 de 2017.

[48] Sentencia T-236 de 2017. Se expuso como conclusión: “la jurisprudencia constitucional evidencia que un proceso de licenciamiento ambiental en el que se encuentren involucrados grupos étnicos supone el desarrollo de consulta previa, por la propia naturaleza del mismo. Dicho de otra forma, la necesidad legal de una licencia ambiental bajo los parámetros de la Ley 99 de 1993 demuestra que los impactos de la actividad licenciada constituyen una afectación directa. Aunque el análisis de la afectación directa debe hacerse en cada caso, para la Sala, la necesidad de licencia ambiental es un indicio fuerte de la necesidad de una consulta previa”

[49] En Sentencia T-705 de 2016, se manifestó que “el mismo Convenio puntualizó algunas hipótesis en las que ineludiblemente los Estados se comprometieron a realizar la consulta. Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la

conservación de su lengua. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante”

[50] Sentencia T-769 de 2009. En esa decisión se consideró que la autorización para explotar hidrocarburos en una de los Departamento de Choco y Antioquia debió ser objeto de consulta previa por parte de las comunidades del área. Con basen en la Sentencia C-030 de 2008, la Corte identificó que la concertación era obligatoria, dado que la medida administrativa afectaba de manera específica a las comunidades tribales, pues la empresa se encontraba iniciando labores únicamente en la zona de las colectividades consultadas y protocolizadas. Así, varios grupos se hallaban en el área de influencia de la exploración y explotación.

[52]Sentencia T-376 de 2012. En esta providencia se dijo que si la consulta es un proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades; pero de igual manera excluye la imposición de gobierno, aspecto implícito en el concepto de deliberación, en la subregla que establece que la participación debe ser efectiva (literalmente que tenga efectos), y en la subregla que prohíbe decisiones irrazonables o desproporcionadas en ausencia de acuerdo.

[53]Sentencias T-466 de 2016 y T-475 de 2016. En ambos casos la Corte Constitucional consideró que el interés superior del menor permite eventualmente realizar actividades en beneficio de las comunidades sin consulta previa.

[54]Sobre el tema, consultar las sentencias T-376 de 2012, T-766 de 2015, T-197 de 2016, T-766 de 2015, T-764 de 2015, T-661 de 2015, T-550 de 2015, T-256 de 2015, C-371 de 2014, T-969 de 2014 y C-068 de 2013

[55] Sentencia T-219 der 2011.

[56] Sentencias SU-217 de 2017 y T-236 de 2017

[57] Sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011 y T-704 de 2016

[58] BOBBIO, Norberto, Teoría General de la Política, editorial Trotta, Tercera edición, 2009, parte IV.

[59] Esta síntesis se basa en las sentencias T-693 de 2011 y T-129 de 2011 y SU-097 de

2017.

[60] Sentencia T-652 de 1998. La Corte consideró que los daños irreversibles que se vienen causando en el ambiente tales como la desviación del río Sinú y la inundación de varias secciones del territorio de la comunidad indígena afectada, entre otros, en nada se remedian cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido. Por lo tanto, ordenó el pago de una indemnización al pueblo afectado, al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras se elaboran los cambios culturales, sociales y económicos requeridos que no fueron realizados gracias a la desatención tanto de la empresa hidroeléctrica como del Estado. Así mismo, ordenó la inaplicación del Decreto 1320 del 13 de julio de 1998, “por medio del cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales renovables dentro de su territorio”, por resultar en este caso contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991, y en su lugar indicó las pautas que debe seguir el proceso de consulta del proyecto hidroeléctrico a la comunidad.

[61] Sentencia SU-383 de 2003, T-080 de 2017 y T-236 de 2017. Inclusive en la Sentencia de T-080 de 2017 se precisó que la consulta debería tener “la finalidad de adoptar medidas de etno-reparación y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica.”

[62] Sentencia T-693 de 2011

[63] Sentencia T-462^a de 2014

[64] Sentencia T-005 de 2016. Lo relevante en este corresponde con el hecho de que la construcción de la base militar ocurrió 50 años antes de la formulación de la acción de tutela que dio origen a los fallos objeto de revisión.

[65] Ibídem.

[66] Sentencia T-436 de 2016.

[67] Sentencias T-745 de 2010 y C-175 de 2009.

[68] En esa ocasión se estudió un caso de consulta previa de indígenas Wayuu en la Guajira donde se cuestionaba la implementación inconsulta de los programas de alimentación para menores en estado de desnutrición.

[69] En esa oportunidad, la Corte analizó la situación de un Consejo Comunitario que había solicitado la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, el cual estimó vulnerado por el ICBF, al no concertar los programas de primera infancia por esa entidad. El Consejo referido solicitó la consulta de las políticas públicas de alimentación que recaían sobre los menores de su comunidad.

[70] La Sala Novena de Revisión resolvió las censuras contra el ICBF por la implementación del programa de la primera infancia sobre alimentación para menores de edad, debido a que los prestadores del servicio carecían de estándares étnicos.

[71] En ese caso, la demandante de ese entonces, representante legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrodescendientes del Municipio de San Jacinto (Bolívar), reprochó que el ICBF hubiese ejecutado los programas para la primera infancia en su faceta de educación y alimentación sin haber realizado consulta previa con la comunidad.

[72] Sentencia C-208 de 2007

[73] En Sentencia T-379 de 2011, el accionante de ese entonces interpuso acción de tutela aduciendo que los profesores pertenecientes a la comunidad indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, que habían sido nombrados en provisionalidad en la institución educativa municipal “El Encano”, del municipio de Pasto, habían sido desvinculados de la misma tras haberse surtido todas las etapas del concurso de méritos para proveer los cargos de docentes no indígenas. La Corte reiteró que la previsión de cargos de profesores en establecimientos educativos indígenas debe estar precedido de consulta previa.

[74] Sentencia T-355 de 2014. En esa ocasión, la comunidad del Resguardo Indígena Señora Candelaria de la Montaña consideró que la Gobernación de Caldas desconocía sus derechos a la consulta previa y a la educación de los niños de ese colectivo, porque: i)

omitió nombrar a los profesores que cubrirían la licencia de maternidad y la supresión de cargos; ii) cerró instituciones educativas con estudiantes indígenas; y iii) suprimió cargos de docentes.

[75] Ibídem.

[76] Sentencia T-116 de 2011, providencia donde la Corte Constitucional revisó la exclusión de la Institución Educativa Social Guanacas y sus sedes del Decreto 0591 de 2009, expedido por la Gobernación del Departamento del Cauca. La Sala concluyó que esa medida constituía una afectación directa a la comunidad indígena Páez de la Gaitana, porque se descartó a una institución educativa que tenía el 45.5% de estudiantes indígenas para ser beneficiaria de la política etnoeducativa de la entidad territorial. Sostuvo acerca del ámbito material: “al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio”

[77] Sentencia T-049 de 2013. La Sala Novena de Revisión analizó la demanda de dos comunidades indígenas que censuraron que la Secretaría de Educación del Cauca nunca nombró en propiedad a los docentes que vienen laborando en provisionalidad en las instituciones educativas del resguardo. Precisó que “no llevar a cabo los nombramientos en propiedad de los docentes indígenas de que tratan estas tutelas, los cuales vienen ejerciendo en provisionalidad, o no nombrar en propiedad a aquellos que las comunidades indígenas seleccionen como etnoeducadores para tal efecto, significaría perpetuar indefinidamente una situación de estabilidad laboral precaria y, restringirles el acceso a un derecho que es de aplicación inmediata”.

[78] Artículo 8, decreto 804 de 1995. Sentencias T-116 de 2011 y T-355 de 2014.

[79] “Artículo 63, ley 115 de 1994”, y jurisprudencia Ibídem

[81] Artículo 20, decreto 804 de 1995” y jurisprudencia Ibídem

[82] Sentencia T-204 de 2014

[83] En Sentencia T-597 de 2015, se estudió la tutela formulada contra el Decreto 1228 de 2014, que suspendía el uso de unas playas y los permisos de ocupación e intervención del

espacio público en zonas donde sería construido el proyecto vial Anillo de Crespo. Se concluyó que la actora no era miembro de una comunidad indígena. No obstante, se resaltó que esa norma no había afectado específicamente a la comunidad negra de Cartagena de Indias que se dedicaba a las ventas ambulantes y a alquilar carpas en las zonas de interdicción, porque es una actividad económica moderna que carece de relación con la identidad cultural de un colectivo étnico. Las actividades descritas por la peticionaria de ese entonces son realizadas por muchas personas con independencia de su origen racial o étnico.

[84] Sentencia T-247 de 2015. Indicó que “el ámbito material de afectación a las comunidades indígenas, especialmente en relación con su derecho al territorio en un municipio como el de Cumaribo en donde la población indígena es evidentemente mayoritaria y donde algunas de ellas se encuentran en aislamiento voluntario”.

[85] Sentencia T-357 de 2017, C-882 de 2011 y T-778 de 2005

[86] Por ejemplo, la prohibición de manifestaciones públicas de prácticas religiosas ajenas a la tradición de una cultura.

[87] Verbigracia, los procesos como la etnoeducación. Al respecto, las perspectivas negativa y positiva del derecho a la identidad cultural ver sentencia T-477 de 2012.

[88] Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: . 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments), párr. 27. No se desconoce que en otros derechos sociales el Comité y los Relatores han utilizados otros modelos para fijar la obligatoria de los derechos sociales, por ejemplo la vivienda o educación. El modelo respeto, garantía o cumplimiento y protección se concentra en las obligaciones internacionales del Estado.

[89] Ibídem. Sostuvo que “los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de

salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas”

[90] Ver sentencia C-063 de 2010, consideración no. 3.3.

[91]El Artículo 74 precisión la siguiente definición del del Sistema Indígena de Salud Propio Intercultural (SISPI): “Es el conjunto de políticas, normas, principios, recursos, instituciones y procedimientos que se sustentan a partir de una concepción de vida colectiva, donde la sabiduría ancestral es fundamental para orientar dicho Sistema, en armonía con la madre tierra y según la cosmovisión de cada pueblo. El SISPI se articula, coordina y complementa con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), con el fin de maximizar los logros en salud de los pueblos indígenas. El SISPI es integral y se desarrolla en el marco del derecho fundamental a la salud, bajo la rectoría del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, a través de las instancias y procedimientos que determine el presente decreto y demás disposiciones que lo modifiquen, sustituyan y reglamenten”.

[92] Sentencia C-617 de 2015

[93] En sentencia T-349 de 2008, esta Corte reconoció la procedencia de la acción de tutela contra decisiones de las autoridades de los pueblos indígenas cuando aquella es instaurada por integrantes de la comunidad para la garantía de sus derechos fundamentales. Sobre el particular, destacó la Corte en esa oportunidad: “(...) “De ahí que la Corte hubiese sentado reglas de interpretación que recuerdan a los jueces la necesidad de detenerse, en cada caso concreto en los rasgos característicos de la comunidad indígena a la que pertenece el individuo que demanda protección, para marcar la diferencia que es dable establecer entre la comunidad y sus integrantes, porque a mayor grado de conservación cultural mayor es el vínculo de los individuos con las decisiones colectivas, y mayor es la autonomía que requieren sus autoridades para tomar decisiones, las que, a su vez, no pueden quebrantar los derechos individuales fundamentales, en cuanto éstos conforman “(..) el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares

[94] Acuerdo 415 de 2009.

[95] Sentencias T-920 de 2011 y T-704 de 2006.

[96] Decretos 1485 de 1995 y Decreto 806 de 1998.

[97] Sentencia T-920 de 2011.

[98] Acuerdo 325 de 2005.

[99] Artículo 88 del Decreto 1953 de 2014.

[100] Ese decreto modificó el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, acto administrativo que recopiló las normas reglamentarias del Sector, entre las que se encuentra: i) el Decreto 330 de 2001, que contiene disposiciones para la constitución y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud Indígenas –EPSI conformadas por cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas y que fue actualizada en algunos aspectos por la Ley 691 del 2001, mediante la cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que establece respecto de las Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), algunas facultades y requisitos para operar, relacionados con el número mínimo de afiliados y el patrimonio mínimo; ii) el Decreto 515 de 2004, que define el Sistema de Habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado aplicable a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas; y iii) el Decreto 4127 de 2005 que define el número mínimo de afiliados que deben acreditar las ARS o EPS Indígenas.

[101] Sentencia C-921 de 2004.

[102] Sentencia C-921 de 2001

[103] “PARÁGRAFO 2o. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica”

[104] CAPITULO IV Disposiciones generales del sector salud, se reseñó “Inspección y vigilancia. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo (...) La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos,

cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos”.

[105]De igual forma, en la Sentencia T-379 de 2003, la Corte analizó el caso de la comunidad indígena de Pastas, a quien la autoridad municipal de Aldana había negado el traslado colectivo de EPS por considerar que el mismo había sido solicitado de forma extemporánea. En dicho pronunciamiento, este Tribunal indicó que “la autonomía de que gozan las comunidades indígenas cumple una importante función instrumental, puesto que les permite tomar parte activa en la definición de su propio destino, haciendo igualmente efectivos sus derechos fundamentales, como sujeto colectivo, con miras a fortalecer y preservar su integridad y diversidad étnica y cultural.”

[106] Sentencia T-713 de 2011. En esta decisión, se precisó que esa modalidad de afiliación y traslado de indígenas no puede extenderse a otros grupos étnicos diversos, en razón de que ello depende de sus particularidades culturales.

[107]Superintendencia Nacional de Salud, Delegada para Medidas Especiales, Concepto Técnico de Seguimiento, Código MEFL03, adopción y seguimiento de acciones y medidas especiales, p 64.

[108]Ibídem, p. 65. Señaló que apenas el 8,3% de las mujereas de 10 a 49 años usan algún método de planificación familiar.

[109] Ibídem, p. 64. La tasa de mortalidad por neumonía en menores de 5 años correspondió a 31.5 por cada 100.000, línea de base 11,5 x cada niños menores de 5 años.

[110] Ibídem, p. 65. En el concepto técnico se indicó que la mortalidad materna aumentó entre los años 2015 a 2016. Pasó de una tasa de 89 muertes por cada 100.000 nacidos vivos A 105 con la misma escala.

[111]Ibídem. Se encontró una baja cobertura de tamización de mamografía para las mujeres mayores de 50 años -3.1%-. Una baja detección de cáncer de cuello uterino en donde la oportunidad llegó a un 41.5 % para el año 2016, cifra inferior a la media nacional del 79%.

[112]Superintendencia Nacional de Salud, Delegada para la Supervisión Institucional, Código SUFL01, p. 47-48

[113] Opcit. Código MEFL03, p. 63

[114] Ibídem.

[115] Opcit, Código SUFL01, p. 48

[116] Ibídem

[117] Opcit. Código MEFL03, p. 63

[118] Opcit, Código SUFL01, p. 40