

Sentencia T-379/03

ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Decisión de traslado por parte de comunidad indígena

COMUNIDAD INDIGENA-Autonomía/DERECHO A LA INTEGRIDAD ETNICA Y CULTURAL DE COMUNIDAD INDÍGENA-Fundamental

El principio constitucional de diversidad étnica y cultural (CP art. 7°) otorga a las comunidades indígenas un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales, y conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley. Esta autonomía les confiere a dichas comunidades el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres, comporta la existencia de una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes, y también les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, entre otras consecuencias. Las comunidades indígenas, definidas legalmente como conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales, son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que la integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social. Así pues, puede concluirse 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.

DERECHO DE COMUNIDAD INDIGENA A ESCOGER ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Vulneración

Queda establecido que el derecho de las comunidades indígenas a escoger en forma libre e independiente la institución que administrará los recursos del régimen subsidiado de salud, del cual son destinatarios, es trasunto de su autonomía y tiene por finalidad conservar su integridad y unidad socio-cultural. Considera la Sala que de acuerdo con el acervo probatorio

mencionado la comunidad indígena de Pastas dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14 del Acuerdo 77 de 1997 del CNSSS, pues dentro del término allí previsto manifestó su voluntad de traslado de ARS haciéndola conocer tanto de la alcaldía de Aldana como de la ARS a la cual se querían trasladar; e igualmente, comunicó a las ARS de las que se retiraba. Como está acreditado en el expediente, que pese a haber conocido oportunamente la decisión de traslado la alcaldía municipal de Aldana se abstuvo de celebrar el contrato correspondiente con la ARS seleccionada por la comunidad indígena de Pastas, aduciendo, equivocadamente, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 del Acuerdo 77 de 1997 del CNSSS las ARS de las cuales se retiraba no habían sido notificadas de la decisión de traslado dentro del plazo allí establecido, dicha autoridad vulneró los derechos fundamentales a la autonomía, identidad e integridad étnicas de dicha comunidad indígena. Conocida la voluntad de traslado de la comunidad indígena de Pastas, la alcaldía de Aldana debió informar inmediatamente a las ARS involucradas procediendo a la celebración del respectivo contrato con la aseguradora seleccionada por dicha comunidad indígena, sin que pudiera alegar, para abstenerse de hacerlo, la existencia de supuestos vicios en la expedición de la resolución y en el acta de traslado suscrita por las autoridades propias y los miembros de la comunidad. Pero sucedió que a contrapelo de la determinación adoptada por la comunidad indígena de Pastas, la alcaldía de Aldana desconoció la decisión de traslado procediendo a celebrar los contratos de aseguramiento para el respectivo período de contratación con ARS distintas de la que fue seleccionada, vulnerando de esta forma los derechos fundamentales a la integridad étnica y cultural de la referida comunidad.

Referencia: expediente T-620511

Acción de tutela instaurada por Alvaro Eugenio Tupaz Cabrera, Gobernador del Cabildo Indígena de Pastas, contra la Alcaldía Municipal de Aldana (Nariño).

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil tres (2003).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAUJO RENTERÍA Y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en

ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, dicta la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados el 12 de abril de 2002 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Aldana (Nariño), y el 23 de mayo del mismo año, por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia, en el trámite de la acción de tutela iniciada por Alvaro Eugenio Tupaz Cabrera, Gobernador del Cabildo Indígena de Pastas, contra la Alcaldía Municipal de Aldana (Nariño).

I. ANTECEDENTES

El accionante, actuando en su calidad de Gobernador del Cabildo Indígena de Pastas, interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Aldana (Nariño), por considerar que con su actuación esta autoridad ha vulnerado los derechos fundamentales de petición, debido proceso, defensa, vida digna, integridad étnica, libre autodeterminación, salud e igualdad.

La solicitud de amparo se encuentra sustentada en los siguientes hechos:

1. En desarrollo de la autonomía de la cual gozan las comunidades indígenas, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, que habilita a dichas comunidades para escoger la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado en salud a través del procedimiento que ellas determinen, el Cabildo Indígena expidió la resolución No. 01 del 30 de diciembre de 2001 mediante la cual se dispuso el traslado de la comunidad indígena de Pastas, afiliada a EMSSANAR E.S.S., MALLAMAS y UNIMEC, a la empresa administradora de salud GAUITARÁ E.P.S.I.
2. Dicha determinación fue adoptada por la comunidad indígena en consideración a que con fundamento en la ley se había creado una nueva empresa promotora de salud indígena denominada GUAITARÁ, y luego de que la comunidad llegara a una concertación sobre el traslado dejando constancia de que no obstante la decisión adoptada los miembros podían

trasladarse individual y voluntariamente a la ARS de su elección si así lo decidían.

2. La resolución, conjuntamente con las firmas de los miembros de la comunidad que la avalaban, fue entregada oportunamente el día lunes 31 de diciembre de 2001 a la Alcaldía de Aldana y a la empresa Guaitará E.P.S.I en sus oficinas de Ipiales, y a las demás E.P.S objeto del traslado al término del período de las festividades de fin de año.

3. El señor Alcalde Municipal de Aldana no dio cumplimiento inmediato a la decisión del Cabildo sino que guardó silencio debido a que las empresas EMSSANAR E.S.P. y MALLAMAS E.P.S.I. manifestaron su inconformidad con la citada resolución.

4. El Gobernador del Cabildo explicó al alcalde que el proceso por el cual se adoptó la determinación del traslado es competencia exclusiva de la comunidad, y que la notificación hecha a las E.P.S. es tan solo un aspecto operativo que no hace parte de la esencia de tal decisión.

5. De conformidad con la ley, la estabilización de los traslados debe hacerse dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del termino para efectuar traslado, el cual se cumplió el 31 de diciembre de 2002, lo que significa que dada la cercanía acortada por el período de semana santa hacía inminente el vencimiento del término agravando o impidiendo el acceso a la salud de la comunidad indígena con el consecuente riesgo para su integridad física.

Por todo lo anterior, el accionante solicita se ordene a la Alcaldía Municipal, a través de la Dirección de Salud, que proceda a dar trámite inmediato a la decisión de traslado de la Comunidad Indígena de Pastas de las empresas administradoras de salud EMSSANAR, E.P.S.I MALLAMAS y UNIMEC, a la empresa GUAITARA E.P.S.I., y que al mismo tiempo estas empresas den cumplimiento al trámite legal correspondiente.

II. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

En escrito del 4 de abril de 2002, dirigido al juez de primera instancia, el Alcalde Municipal de Aldana contestó la tutela interpuesta en su contra, reconociendo que el 31 de diciembre de 2001 se radicó en la secretaría ejecutiva de la alcaldía la Resolución No. 01 del 30 de diciembre del mismo año en la cual se decide trasladar a la comunidad indígena del

resguardo de Pastas a la empresa GUAITARÁ E.P.S. INDÍGENA.

También expresa que efectivamente tanto la empresa MALLAMAS E.P.S. INDÍGENA como la empresa solidaria de salud EMSSANAR formularon ante su despacho reparos a la decisión adoptada por el Cabildo Indígena por considerar que la resolución de traslado fue radicada extemporáneamente en dichas empresas, quebrantando además lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001 y la Circular No.15 del Instituto Departamental de Salud.

Indica que en respuesta a una consulta suya, la Dirección Local de Salud consideró que el traslado no era válido por cuanto no se hizo durante los plazos determinados en la ley para este proceso, lo que llevó a que mediante oficio del 27 de marzo de 2002 la alcaldía se pronunciara ratificándose en su decisión de no avalar el traslado, por lo que a partir del 1° de abril de 2002 firmaría los contratos con las diferentes A.R.S. existentes en el municipio.

Sostiene que según lo dispuesto en el artículo 315 de la Constitución y el numeral 3° del artículo 14 del Acuerdo 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS-, la administración municipal es competente para decidir definitivamente sobre la validación de los traslados de administradora de régimen subsidiado presentados en su jurisdicción. Fue así como en desarrollo de dicha atribución acertadamente decidió no validar el traslado de administradora de régimen subsidiado acordado por la comunidad indígena de Pastas, puesto que no se cumplió el procedimiento establecido en el artículo 14 del Acuerdo 77 en mención donde se fijan unos plazos perentorios para el efecto, los que en su sentir no fueron modificados por el artículo 14 de la Ley 691 de 2001.

Finalmente advierte que con tal determinación la administración municipal nunca pretendió desconocer principios constitucionales y legales sino cumplir fielmente con lo establecido en la Constitución y la ley.

III. INTERVENCIONES DE LAS EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. EMSSANAR E.S.S Indígena

En escrito del 3 de abril de 2002 dirigido al juez de primera instancia, el Gerente General de EMSSANAR E.S.S., contestó la tutela de la referencia manifestando que la Ley 691 de 2001, que reglamenta específicamente la participación de los grupos étnicos en el sistema general

de seguridad social en salud, establece el procedimiento de traslado de afiliados al régimen subsidiado en salud y redefine los requisitos para la constitución de ARS Indígenas.

Afirma que el procedimiento establecido en dicha ley no es diferente al contenido en el Acuerdo 77 del CNSSS, que en lo concerniente a los plazos para el traslado se encuentra vigente y por ello debe ser aplicado por todas las autoridades incluidas las indígenas.

Sostiene que la única resolución que se encuentra en sus archivos es la No. 001 del 30 de diciembre de 2001 proferida por el Cabildo Indígena de Pastas, la cual fue radicada extemporáneamente en esa empresa el día 9 de enero de 2002 en las oficinas de la ciudad de Pasto. Agrega que sus oficinas en el municipio de Aldana estuvieron abiertas el 31 de diciembre hasta las 2 p.m.

Expresa que no es cierto que el alcalde hubiera guardado silencio ante la decisión del Cabildo de Pastas, pues actuando dentro del término establecido en el numeral 3° del artículo 14 del Acuerdo 77 del CNSSS la Oficina Municipal de Aseguramiento mediante oficio del 7 de febrero del 2002 informó a la empresa GAUITARÁ EPSI que el traslado no podían ser validado por haber sido radicado en forma extemporánea, fundada en el concepto del Subdirector de Seguridad Social del Instituto Departamental de salud

Indica que la Ley 691 de 2001 prohíbe expresamente el traslado individual de los afiliados pertenecientes a los grupos étnicos con el fin de preservar la unidad étnica la cual debe prevalecer siempre y cuando se cumplan las normas y procedimientos señalados en ella.

Insiste ante el juez de primera instancia que la Ley 100 de 1993 estableció el principio de la libre escogencia de la administradora de régimen subsidiado y que en desarrollo del mismo el Acuerdo 77 del CNSSS dispone que la decisión de traslado únicamente se podrá adoptar en el período comprendido entre el 1° de octubre y el 31 de diciembre de cada año, para lo cual el afiliado debe manifestar libremente su voluntad en el formulario correspondiente que debe entregar oportunamente a la ARS, que para el caso de las comunidades indígenas corresponde al acta de traslado colectivo de los afiliados.

2. GUAITARÁ E.P.S Indígena

En su escrito de intervención del 4 de abril de 2002, la empresa GUAITARÁ sostiene ante el juez de primera instancia que el artículo 17 de la Ley 691 de 2001 es la norma que regula en forma especial lo referente al traslado de institución administradora de régimen subsidiado por parte de las comunidades indígenas, y que dado este carácter prevalece sobre lo dispuesto en el Acuerdo 77 del CNSSS que es una norma de inferior jerarquía. En consecuencia, la voluntad manifestada por dicha comunidad es válida pues se encuentra ajustada a lo dispuesto en la ley.

Considera que desconocer la validez del traslado es atentar contra los principios constitucionales de protección de los grupos étnicos y por ende vulnerar el derecho fundamental a la unidad que tienen la población indígena de Pastas el cual es tutelable. Además la negativa y/o falta de pronunciamiento de la alcaldía sobre la validez de los traslados desconoce el derecho fundamental a la prevención y protección de la salud y a la vida.

3. MALLAMAS EPS Indígena

En escrito de intervención del 4 de abril de 2002 también dirigido al juez de primera instancia, el Asesor Jurídico de la empresa MALLAMAS EPSI señala básicamente que no es cierto que la comunidad indígena de Pastas hubiera participado en la creación de la empresa de salud GUAITARÁ, pues de haber sido esto cierto desde un comienzo se hubiera hecho el traslado colectivo.

Anota que la forma en virtud de la cual se expidió la resolución de traslado es inconstitucional e ilegal, por cuanto la autonomía se les reconoce a las comunidades y no a sus autoridades quienes no se la pueden abrogar. Al respecto comenta que las firmas de los miembros de la comunidad fueron recogidas puerta a puerta, sin que se hubiera realizado una asamblea para tomar la decisión en forma democrática.

Afirma que la oficina de la entidad en el municipio de Aldana no estuvo cerrada el día 31 de diciembre de 2001 y también expresa que no es cierto que el alcalde hubiera guardado silencio frente a la decisión de la comunidad pues la Oficina Municipal de Aseguramiento el 7 de febrero de 2002 fundada en un concepto de Instituto Departamental de Salud ofició a la empresa GUAITARÁ que el traslado no era válido por haber sido notificado en forma extemporánea.

Sostiene que la empresa MALLAMAS se opuso al traslado fundada en la ley y no en ningún interés particular y comenta además que con la negativa no se vulnera el derecho a la salud de la comunidad indígena pues dicha entidad está obligada legalmente a garantizar la continuidad de la afiliación y la prestación de los servicios a los usuarios del régimen subsidiado de salud.

Reconoce que las autoridades indígenas son los representantes legales de las comunidades pero dice que esta circunstancia no las autoriza para tomar decisiones a espaldas de sus miembros y tampoco desconociendo los términos establecidos para la escogencia de la administradora de régimen subsidiado.

Dice que la entrega del acta colectiva de traslado no es un simple aspecto operativo sino un elemento fundamental del proceso de afiliación y de traslado, y agrega que con la determinación adoptada no se está negando el derecho de autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad pues se está garantizando que los miembros de la comunidad sean partícipes de su propio destino. Tampoco se han violado los derechos al debido proceso y el de igualdad pues la Dirección Local de salud garantizó a todos los usuarios el derecho a escoger la ARS dentro de los términos legales.

IV. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

En sentencia del 12 de abril de 2002, el Juzgado Promiscuo Municipal de Aldana (Nariño) niega la tutela en cuestión. El juez funda la negativa del amparo solicitado arguyendo que la comunidad indígena de Pastas no agotó debidamente el procedimiento establecido en el Acuerdo 77 del CNSS y en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, razón por la cual la alcaldía municipal en lo relacionado con el trámite de afiliación y traslado de la comunidad indígena accionante no vulneró sus derechos constitucionales fundamentales pues aplicó el procedimiento establecido en la ley, tal como lo confirman los conceptos técnicos del Instituto Departamental de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud.

El accionante impugnó la decisión del a quo, por considerar que desconoce el debido proceso

pues sin ningún análisis probatorio y jurídico le dio la razón al alcalde municipal quien no adelantó actuación alguna una vez fue enterado de la decisión de traslado adoptada por la comunidad indígena, menos aún citó al cabildo para que brindara las explicaciones del caso ni practicó prueba alguna para verificar las afirmaciones de los quejosos.

En su opinión la actitud omisiva del alcalde constituye una flagrante violación del debido proceso, del derecho de defensa, del derecho de petición y especialmente los derechos a la integridad étnica, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

Señala que la decisión de trasladarse de ARS se ciñó a la ley, por cuanto a diferencia de los traslados individuales donde la voluntad se materializa en el procedimiento establecido en el Acuerdo 77 de 1997, para las comunidades indígenas cuando el traslado se hace en forma masiva la voluntad se materializa con la decisión tomada internamente.

Sostiene que la comunidad cumplió con los términos legales pues oportunamente puso en conocimiento de la alcaldía la decisión de traslado ya que esa autoridad es la encargada de depurar la base de datos. También se comunicó el traslado a las empresas de salud, aunque en los días subsiguientes al vencimiento del plazo pues en el último día no hubo jornada laboral. Dichas empresas para proteger sus intereses no pueden desconocer de facto una realidad porque no son la autoridad competente para controvertir tales decisiones.

Indica que para negar el amparo el juez se fundamenta en una declaración de la secretaria de EMSSANAR que no pudo ser controvertida. Además tampoco tomó las declaraciones de los testigos presentados por la comunidad.

Afirma que el juez sustentó su negativa en un escrito de contestación del alcalde comunicado con posterioridad a la presentación de la acción de tutela, y reitera que ninguna autoridad legalmente constituida puede reemplazar los procedimientos de la comunidad basados en sus usos y costumbres y menos decidir sobre los mismos. En su criterio la única autoridad competente para revisar legalmente los actos administrativos es la justicia de lo contencioso administrativo.

Por lo anterior, el impugnante solicita se revoque el fallo.

2. Segunda Instancia

El 23 de mayo de 2002, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Ipiales confirmó en todas sus partes la decisión del juez de primera instancia, por compartir los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a la misma.

Señala que con la actuación de la alcaldía de Aldana no se estaba vulnerando el derecho fundamental del debido proceso pues con la intervención del accionante en el proceso de impugnación a la decisión de traslado demuestra que ejerció el derecho de defensa purgando a la actuación de esa falencia. Considera que la situación hubiera sido distinta si la alcaldía hubiera impedido su intervención, pero está demostrado que ella contestó aunque extemporáneamente el derecho de petición. Frente al derecho de petición afirma que la omisión a dar una respuesta oportuna da lugar al silencio administrativo negativo, por regla general.

Manifiesta que la unidad étnica no puede considerarse vulnerada por el solo hecho de que los beneficiarios del subsidio de salud se hallen atendidos por diferentes empresas máxime si éstas son de origen indígena.

Afirma que cosa diferente es que la comunidad indígena de Pastas no haya dado cumplimiento al procedimiento para el traslado de ARS, ya que ha debido radicar la decisión correspondiente a más tardar el 31 de diciembre de 2001 en las oficinas de las empresas de salud a la cual venían afiliados, trámite que el mismo accionante reconoce haber omitido por estar cerradas las oficinas de dichas empresas, situación que no lo eximía de acudir ante el Personero Municipal para informar la novedad.

En su parecer el cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en las leyes 100 de 1993 y 691 de 2001 así como en el Acuerdo 77 de 1997 del CNSSS del Ministerio de Salud, no atenta contra la autonomía de las comunidades indígenas, y agrega que no se entiende como la habiendo dispuesto de un plazo amplio para llevar a cabo la decisión la comunidad indígena haya esperado hasta el último día para tomarla.

Señala que la discusión acerca de los términos podría considerarse sin importancia salvo si estuviera aparejada de la pérdida de atención de la salud, pero nada de esto ha sucedido en el caso que se revisa pues las empresas siguen prestando sus servicios a la comunidad

indígena y ésta ha venido recibéndolo conforme lo ordena la ley y el contrato.

Dice que es totalmente irrelevante el que las empresas no hubieran laborado todo el horario completo el 31 de diciembre de 2001 pues en estos casos el Código Contencioso Administrativo autoriza al Personero Municipal para atender el derecho de petición.

En lo referente al derecho de petición, afirma que fue atendido debidamente por medio de la Oficina de Aseguramiento del Municipio quien dio respuesta a la petición de traslado contenida en la resolución y el acta del cabildo. Además el municipio finalmente dio respuesta al contestar la tutela interpuesta por la comunidad indígena.

Concluye que más que de una vulneración de derechos fundamentales en el presente caso se está en presencia de una controversia entre distintas autoridades o de una controversia de carácter contractual que debe ser sometida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

2. Lo que se discute

Corresponde a la Corte determinar si la alcaldía municipal de Aldana (Nariño) al no dar cumplimiento a la decisión de traslado de administradora de régimen subsidiado -ARS-, adoptada por la comunidad indígena de Pastas el 30 de diciembre de 2001, con base en lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, desconoció los derechos fundamentales de petición, debido proceso, defensa, vida digna, integridad étnica, libre autodeterminación, salud e igualdad.

3. La comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte ha dejado establecido que con independencia de los miembros que la conforman, la comunidad indígena constituye un verdadero sujeto de derechos fundamentales que, como tal, es destinatario de la protección que brinda la acción de tutela.

En Sentencia T-280 de 1993, dijo esta Corporación:

“8. La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).

“La existencia en el país de 81 grupos étnicos que hablan 64 lenguas diferentes y que representan una población de aproximadamente 450.000 indígenas es un reflejo de la diversidad étnica del país y de su inapreciable riqueza cultural¹. La ley 89 de 1890 ya reconocía la existencia de las comunidades o parcialidades indígenas al permitir su representación mediante los Cabildos. Actualmente, la Constitución misma hace mención explícita de las comunidades indígenas (CP arts. 10, 96, 171, 246, 329 y 330).

“El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas

que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”.

En el mismo pronunciamiento la Corte expresó que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos que son susceptibles de ser protegidos mediante las acciones populares:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”.

Igualmente la Corte ha señalado que entre los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que pueden ser objeto de amparo se encuentran el derecho a la subsistencia, la prohibición de la desaparición forzada y el derecho a su integridad étnica, cultural y social y la libertad religiosa², entre otros.

En suma, resulta claro que la comunidad indígena, como sujeto colectivo, puede solicitar por medio de la acción de tutela el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales.

4. La autonomía de las comunidades indígenas y su relación con el derecho fundamental a la integridad étnica y cultural

El principio constitucional de diversidad étnica y cultural (CP art. 7°) otorga a las comunidades indígenas un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores

culturales, y conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley. Esta autonomía les confiere a dichas comunidades el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres, comporta la existencia de una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes, y también les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, entre otras consecuencias.

Así lo ha reconocido esta Corporación³:

“El status de dichas comunidades, en el texto constitucional, se expresa en cosas concretas:

- a. Forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP artículos 171 y 176);
- b. Ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP artículo 246);
- c. Se gobiernan por Consejos Indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP artículo 330);
- d. Sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza no enajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (CP artículos 63 y 329);
- e. Son merecedoras a una mayor protección (artículo 13, inciso 2° C.P.).

Así pues, las comunidades indígenas, definidas legalmente como conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, artículo 2º), son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que la integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social.

La Corte ha expresado que aunque todavía no existen las entidades territoriales indígenas como forma de descentralización territorial del Estado, esta situación no es óbice para la

aceptación de su autonomía que no solo se predica de las cuestiones administrativas y presupuestales, sino también de aspectos políticos y jurisdiccionales. Ha dicho la Corte:

“Aun cuando hasta el momento no se haya expedido la correspondiente ley llamada a regular el trascendental aspecto del régimen territorial del país, es posible, no obstante, distinguir que, a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no solo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (CP art. 7)”.⁴

En el plano del derecho internacional, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por nuestro país mediante la Ley 21 de 1991, se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas al reconocer la aspiración de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones.

Es así como el citado instrumento internacional dispone que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática “con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”, acción que deberá incluir medidas tendientes a promover la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (art. 2° literal b); también deberán adoptar medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados (art. 4° num. 1°); igualmente los Estados partes deben respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos (art. 5° literal b); establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin (art. 6° literal c).

Particularmente el Convenio garantiza el derecho de las comunidades indígenas a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art. 7° num. 1°).

Igualmente dispone que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, garantizando a dichos pueblos el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8 nums. 1° y 2°).

Así pues, puede concluirse 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.

5. Las comunidades indígenas y el sistema de seguridad social en salud. La libre escogencia de la administradora de régimen subsidiado

Uno de los aspectos donde se proyecta la autonomía de los pueblos indígenas es el de la seguridad social y la salud. Al respecto, el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, dispone que los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna (artículo 24), para lo cual preceptúa que los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios “bajo su propia responsabilidad y control”, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental (art. 25.1).

Agrega el Convenio que los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario, y que deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados teniendo en cuenta “sus condiciones económicas, geográficas, sociales y

culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales” (art. 25.2.). Dispone igualmente que el sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria (art. 25.3) y que la prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país (art.25.4.)

En consonancia con este instrumento internacional, el Congreso expidió la Ley 691 de 2001 por medio de la cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema general de seguridad social en salud. Dicho ordenamiento tiene por objeto “proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los pueblos indígenas, garantizando su integridad cultural de tal manera que se asegure su permanencia e integridad” (art. 1º). Así mismo, allí se establece que para la interpretación y aplicación de dicha ley se debe tener en cuenta, particularmente, el principio de la diversidad étnica y cultural en virtud del cual “el sistema practicará la observancia y el respeto a su estilo de vida y tomará en consideración sus especificidades culturales y ambientales que les permitan un desarrollo armónico a los pueblos indígenas” (art.3º).

Al analizar el significado y alcance del proyecto de ley que luego se convertiría en la Ley 691 de 1991, la Corte en Sentencia C-088 de 2001, expresó que su aprobación se justificaba en razón del reconocimiento y protección constitucional a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Dijo entonces:

“Con todo, tal como lo ha señalado esta Corporación⁵, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural (C.P. art. 7), justifica que se dicten disposiciones especiales dirigidas a las comunidades indígenas. Estas normas, en tanto que implican una distinción, deben basarse en razones suficientes que expliquen la diferencia de trato. En materia de salud, tal como lo pone de presente el Congreso de la República en su insistencia, existen elementos culturales (como la concepción de la enfermedad y su tratamiento) y socioeconómicos (como la existencia de una economía colectiva por oposición al mercado), que de no considerarse en su justa dimensión, hacen más difícil el acceso y disfrute efectivo de los beneficios del sistema de seguridad social en salud. En tales condiciones, resulta justificado que, en términos generales, se establezca un régimen especial de seguridad social

en salud para tales comunidades”.

En armonía con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, que incluye expresamente a las comunidades indígenas como afiliados al sistema de seguridad social en salud mediante el régimen subsidiado, el artículo 17 de la Ley 691 de 2001 consagra el principio de la libre escogencia de la administradora del régimen subsidiado -ARS-, en los siguientes términos:

“Artículo 17. Escogencia de la administradora. Cada comunidad indígena, por el procedimiento que ella determine, y en acta suscrita por las autoridades propias, seleccionará la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado, a la cual deberá afiliarse o trasladarse la totalidad de los miembros de la respectiva comunidad.

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

Como puede apreciarse, compete a cada comunidad indígena decidir sobre la selección o el traslado de administradora de régimen subsidiado -ARS- mediante el procedimiento que ella establezca y en acta firmada por sus propias autoridades. Quiso el legislador que tal determinación afectara a todos los miembros de la comunidad, en procura de mantener o preservar su unidad étnica.

En el mencionado pronunciamiento, la Corte también analizó el contenido normativo del artículo 17 de la Ley 691 de 2001 y señaló que la forma particular en que operan las comunidades indígenas llevó al legislador a disponer que fueran ellas mismas las que establecieran el procedimiento de escogencia de la ARS a la cual afiliarán sus miembros, pues son las que mejor conocen sus necesidades en materia de salud. Dijo la Corte:

“De nuevo, la Corte debe poner de presente, que el legislador ha tenido en cuenta las particularidades que tienen esas comunidades, entre ellas, la forma en que éstas deciden los asuntos comunitarios y la potestad de que están investidas sus autoridades, la cual reconoce la Constitución (art. 330). Nótese que la norma, si bien se refiere a la decisión de cada comunidad indígena al respecto, dispone que ésta debe constar en acta suscrita por sus “autoridades propias”, que en el caso de esos pueblos equivalen a autoridades

administrativas. En otras palabras, la forma particular en que funcionan la mayoría de esas comunidades, requiere que sean ellas mismas las que establezcan el procedimiento de escogencia de la ARS's a la que se afiliarán sus miembros, pues son las que mejor conocen sus necesidades en materia de salud. Además, la norma prevé que cualquier hecho o conducta que busque distorsionar la voluntad de la comunidad para dicha afiliación, invalidará el contrato respectivo. No ve la Corte, en que medida, tal decisión puede desconocer los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrados en el artículo 209 del ordenamiento superior. Por consiguiente, no es de recibo la objeción formulada respecto de esta disposición, que se declarará exequible”.

En consecuencia, queda establecido que el derecho de las comunidades indígenas a escoger en forma libre e independiente la institución que administrará los recursos del régimen subsidiado de salud, del cual son destinatarios, es trasunto de su autonomía y tiene por finalidad conservar su integridad y unidad socio-cultural.

6. El caso concreto

En ejercicio de la facultad conferida por el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, el día 30 de diciembre de 2001 la comunidad indígena de Pastas (Nariño) a través de su Cabildo, y mediante el procedimiento determinado por ella, decidió en resolución 01 de esa fecha trasladar a la población afiliada a las empresas administradoras de régimen subsidiado EMSSANAR E.S.S., MALLAMAS y UNIMEC, a la empresa GUAITARÁ E.P.S. Indígena.

Informado de tal determinación el día 31 de diciembre de 2001, el alcalde municipal de Aldana (Nariño) se abstuvo de darle curso aduciendo, básicamente, que conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud - CNSSS- las ARS de las cuales se decidió retirar la comunidad indígena fueron notificadas de la tal determinación en forma extemporánea. También alegó la existencia de supuestos vicios en el procedimiento adoptado por la comunidad indígena para efectos del traslado de la institución administradora de los recursos del régimen subsidiado.

Frente a esta situación, encuentra la Sala que el citado Acuerdo 77 de 1997 define la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, regulando lo concerniente a la afiliación, la libre escogencia y el traslado de

administradora del régimen subsidiado, así:

ARTICULO 12.- Periodo de afiliación. El periodo de afiliación a una Administradora del Régimen Subsidiado será de un año y deberá coincidir con el periodo de contratación, de que trata el artículo 30 del presente Acuerdo.

ARTICULO 13.- Libre escogencia de Administradora del Régimen Subsidiado. Todos los afiliados actuales al régimen subsidiado, como los que lleguen a afiliarse tienen el derecho de libre elección de ARS.

En el régimen subsidiado no se efectuarán procesos de ratificación de la afiliación, en consecuencia, si antes de 90 días de la terminación del periodo de contratación, el afiliado no manifiesta expresamente su voluntad de cambiar de Administradora, permanecerá en la que ha escogido inicialmente, por otro periodo de contratación.

PARAGRAFO. Los Gobernadores Indígenas, de común acuerdo con las autoridades legítimamente reconocidas al interior de su comunidad, podrán seleccionar la Administradora del Régimen Subsidiado a la cual se afiliarán todos sus integrantes, buscando mantener la unidad étnica. Lo anterior no obsta para que los indígenas individualmente considerados puedan escoger una Administradora diferente. En este último caso no será imperativa la concertación de que trata el artículo 8° del Acuerdo 72 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

ARTICULO 14.- Traslado de administradora. El afiliado podrá trasladarse libremente de Administradora cuando se cumpla cada periodo de afiliación, de conformidad con el siguiente procedimiento:

1. La voluntad de traslado se deberá manifestar, en cualquier momento, después de 6 meses de iniciado el respectivo periodo de afiliación y hasta noventa (90) días calendario antes del vencimiento del periodo.

Para este propósito y durante este tiempo deberá manifestar libremente su voluntad, en el formulario que para tal efecto defina el Ministerio de Salud, en coordinación con la Superintendencia Nacional de Salud y entregar copia de este a la Administradora del Régimen Subsidiado de la cual se retire. Igualmente, en el mismo periodo, el afiliado

entregará copia del formulario, a la Administradora del Régimen Subsidiado que ha escogido con el correspondiente radicado de la anterior Administradora.

2. Las Administradoras del Régimen Subsidiado deberán remitir a la respectiva Alcaldía o Dirección de Salud, la información sobre las personas que se afiliaron a su entidad Administradora, a más tardar sesenta (60) días calendario antes de iniciarse el periodo de contratación.

3. Las Alcaldías o Direcciones Locales de Salud, verificarán los listados enviados por las Administradoras del Régimen Subsidiado e informarán a estas últimas a más tardar cinco (5) días calendario antes de iniciarse el periodo de contratación sobre el listado definitivo de afiliados por los que se realizará el contrato y procederán a la firma del mismo.

4. El traslado de los afiliados se hará efectivo en el momento en que la respectiva entidad territorial suscriba el contrato con la Administradora del Régimen Subsidiado y lo registre presupuestalmente. La fecha del registro presupuestal debe coincidir con la fecha de suscripción del contrato.

PARAGRAFO 1. Cuando se presenten dos o más formularios de traslado de un mismo afiliado a distintas ARS, tendrá validez el que se haya radicado primero en la Alcaldía o Dirección de Salud, dentro del plazo previsto en el numeral 2 del presente artículo.

PARAGRAFO 2. En todo caso, el afiliado que se haya trasladado a otra Administradora del Régimen Subsidiado podrá revocar su voluntad, siempre que dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes al recibo del carnet, acredite debidamente, por cualquier medio, ante la respectiva Dirección Distrital, Departamental o Local de Salud, que el traslado que se revoca obedeció a hechos que hubieran eliminado o limitado de manera grave su libertad de escogencia.

PARAGRAFO 3. Las actividades que adelanten las Administradoras del Régimen Subsidiado tendientes a obtener el traslado entre ARS de los afiliados a dicho régimen, se circunscribirán únicamente a aquellas de carácter general conforme a las instrucciones que sobre la materia imparta la Superintendencia Nacional de Salud.

Por su parte, los artículos 29 y 30 del Acuerdo 77 de 1997 regulan lo concerniente a los

contratos de aseguramiento y el período de contratación:

ARTICULO 29.- Contratos de Aseguramiento. Una vez la Alcaldía o la Dirección de Salud verifique el listado de afiliados entregado por las Administradora del Régimen Subsidiado, procederán a suscribir los respectivos contratos de administración de subsidios.

Estos contratos se registrarán por el derecho privado y deberán incluir como mínimo la información que determine el Ministerio de Salud. Podrán incluirse cláusulas exorbitantes.

Cuando la Administradora del Régimen Subsidiado cumpla con los requisitos exigidos en las normas para administrar los subsidios y los afiliados la hayan elegido, la Entidad Territorial deberá contratar con ella.

ARTICULO 30.- Periodo de contratación. Los contratos del régimen subsidiado se celebrarán por un año, en dos periodos que comprenderán del primero (1) de abril al Treinta y uno (31) de marzo y del primero (1) de octubre al treinta (30) de septiembre del siguiente año.

Las anteriores disposiciones deben interpretarse en consonancia con las normas de la Carta Política y la Convención 169 de la OIT que reconocen autonomía a las comunidades indígenas para decidir sobre sus propios asuntos, y además con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, que consagra el derecho de las comunidades indígenas para escoger libremente la administradora de régimen subsidiado.

En el asunto bajo revisión consta en el expediente que la comunidad indígena de Pastas autónomamente acordó trasladarse a la administradora del régimen subsidiado GUAITARÁ, determinación que fue adoptada en Resolución 01 de 30 de diciembre de 2001 y en acta de la misma fecha.⁶ Además, que dicha comunidad indígena de Pastas tenía plazo hasta el 31 de diciembre de 2001 para hacer conocer de la ARS seleccionada su voluntad de traslado y que en la misma fecha la hizo conocer tanto a la ARS GUAITARÁ, como a la alcaldía municipal de Aldana (Nariño). Así mismo, que el 9 de enero de 2002 hizo conocer esa decisión a las ARS de las cuales se pretendía retirar.

No entrará la Sala a definir la controversia de si es cierto que las sucursales de las ARS de las cuales se pretendía retirar la comunidad indígena de Pastas estaban abiertas el 31 de

diciembre en el municipio de Aldana, pues no puede perderse de vista que en el caso de la acción de tutela la atención del juez constitucional se debe centrar en establecer si hubo violación a un derecho fundamental, sin perderse en los laberintos de las discusiones procesales que no aportan nada significativo a la solución del problema jurídico planteado.

Considera la Sala que de acuerdo con el acervo probatorio mencionado la comunidad indígena de Pastas dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14 del Acuerdo 77 de 1997 del CNSSS, pues dentro del término allí previsto manifestó su voluntad de traslado de ARS haciéndola conocer tanto de la alcaldía de Aldana como de la ARS a la cual se querían trasladar; e igualmente, comunicó a las ARS de las que se retiraba.

A criterio de la alcaldía la comunicación hecha a las ARS EMSSANAR EPS y MALLAMAS ESPI, fue realizada por fuera del término previsto en el Acuerdo citado, afirmación que para la Sala no tiene soporte alguno dado que la norma en cuestión no consagra un término para que la comunidad indígena haga dicha notificación, como sí lo consagra para manifestar su voluntad de traslado tanto a la alcaldía respectiva como a la ARS a la que pretende trasladarse pues es con esta con la cual se debe celebrar el nuevo contrato. Una interpretación de la citada disposición del Acuerdo 77 de 1997, como la efectuada por la alcaldía de Aldana, desconoce la autonomía de que gozan las comunidades indígenas a tenor de lo dispuesto en la Carta Política y la Convención 169 de la OIT, así como el derecho de libre escogencia de la administradora de régimen subsidiado que consagra el artículo 17 de la Ley 691 de 2001.

Acorde con lo anterior, una interpretación del artículo 14 del Acuerdo 77 de 1997 del CNSSS de conformidad con la Constitución Política, la Convención 169 de la OIT y la Ley 691 de 2001, apareja las siguientes consecuencias: i) en virtud de su autonomía a las comunidades indígenas les asiste el derecho de escoger libremente la institución administradora de los recursos del régimen subsidiado en salud, afiliando a todos sus integrantes con el fin de mantener la unidad étnica; ii) la voluntad de traslado de ARS debe manifestarse con arreglo al procedimiento establecido por las comunidades indígenas en acta suscrita por sus autoridades propias, dentro del término previsto en el Acuerdo 77 de 1997; iii) la comunidad indígena debe entregar copia del acta a la ARS de la cual se retire, sin que para ello cuente con término alguno pues se trata de un mero formalismo que no tiene ninguna incidencia en la decisión de traslado ni en el proceso de contratación de la aseguradora; iv) dentro del

termino legal la comunidad debe comunicar su decisión de traslado a la ARS donde ha decidido afiliarse; v) informada del traslado la ARS seleccionada por la comunidad indígena debe a su turno dar noticia a la respectiva alcaldía o Dirección Local de Salud sobre las personas que se afiliaron a la entidad administradora; y vi) recibida y verificada esta información la alcaldía debe proceder a la celebración del contrato de aseguramiento dentro de los plazos legalmente estipulados.

Conocida la voluntad de traslado de la comunidad indígena de Pastas, la alcaldía de Aldana debió informar inmediatamente a las ARS involucradas procediendo a la celebración del respectivo contrato con la aseguradora seleccionada por dicha comunidad indígena, sin que pudiera alegar, para abstenerse de hacerlo, la existencia de supuestos vicios en la expedición de la resolución y en el acta de traslado suscrita por las autoridades propias y los miembros de la comunidad.

Pero sucedió que a contrapelo de la determinación adoptada por la comunidad indígena de Pastas, la alcaldía de Aldana desconoció la decisión de traslado procediendo a celebrar los contratos de aseguramiento para el respectivo período de contratación con ARS distintas de la que fue seleccionada, vulnerando de esta forma los derechos fundamentales a la integridad étnica y cultural de la referida comunidad. Para la Sala es incuestionable que tales contratos de aseguramiento o de administración de subsidios celebrados por la alcaldía de Aldana carecen de validez. Así lo corrobora el artículo 17 de la Ley 691 de 2001 al disponer que “cualquier hecho o conducta manifiesta orientada a distorsionar la voluntad de la comunidad, para la afiliación o el traslado de que trata el presente artículo, invalidará el contrato respectivo..”

Por lo anterior, no cabe duda que al haberse vulnerado derechos fundamentales por parte de la alcaldía de Aldana (Nariño), los jueces de instancia han debido conceder el amparo solicitado.

En consecuencia, la Sala revocará las decisiones de instancia para en su lugar amparar los derechos fundamentales que han sido vulnerados. Al efecto, ordenará a la alcaldía municipal de Aldana (Nariño) que proceda a celebrar el contrato de régimen subsidiado con la ARS GUAITARÁ, seleccionada por la comunidad indígena de Pastas mediante resolución 01 de 30 de diciembre de 2001 y acta suscrita por las autoridades propias. Como quiera que

actualmente está en curso un nuevo período de contratación, dicho contrato deberá suscribirse por el tiempo que reste del término señalado en el artículo 30 del Acuerdo 77 de 1997, siempre y cuando la empresa administradora escogida por la comunidad indígena de Pastas cumpla con los requisitos exigidos legalmente para celebrar esta clase de contratos.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR los fallos adoptados por los juzgados Promiscuo Municipal de Aldana (Nariño) y Promiscuo de Familia de Ipiales (Nariño), calendados el 12 de abril y el 23 de mayo de 2002, respectivamente, mediante los cuales se negó la tutela presentada por el Gobernador del Cabildo Indígena de Pastas Alvaro Eugenio Cabrera Tupaz y, en su lugar, CONCEDER el amparo demandado para proteger los derechos fundamentales a la autonomía, identidad e integridad étnicas de la comunidad indígena de Pastas.

En consecuencia, se ORDENA a la alcaldía municipal de Aldana Nariño que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a celebrar el contrato de régimen subsidiado con la ARS GUAITARÁ, seleccionada por la comunidad indígena de Pastas mediante resolución 01 de 30 de diciembre de 2001 y acta suscrita por las autoridades propias. Dicho contrato debe suscribirse por el tiempo que reste del período de contratación de que trata el artículo 30 del Acuerdo 77 de 1997, siempre y cuando la empresa administradora escogida cumpla con los requisitos exigidos legalmente para celebrar esta clase de contratos.

Segundo. PREVENIR al alcalde municipal de Aldana (Nariño) para que adopte las medidas e imparta las instrucciones necesarias con el fin de evitar que nuevamente incurra en conductas como la censurada en esta Sentencia.

Tercero. Por Secretaría General líbrese las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Arango Ochoa, Raúl en “Derechos Territoriales Indígenas y Ecología en las Selvas Tropicales de América”. Fundación Gaia, Cerec, Bogotá, 1992, pág. 226.

3 T-606 de 2001

4 T-254 de 1994

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

6 Folios 6 a 10 del expediente