

Sentencia T-723/03

ACCION DE TUTELA CONTRA DECRETO MUNICIPAL-Improcedencia/DEBIDO PROCESO-No vulneración por traslado de comunidad indígena a otra EPS/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia por traslado de comunidad indígena a otra EPS

Si con la expedición de un acto administrativo resultare vulnerado algún derecho fundamental, excepcionalmente procedería la tutela, mientras la justicia ordinaria profiere fallo definitivo, siempre y cuando se acredite el perjuicio irremediable y se compruebe una vía de hecho en la actuación del funcionario público que expidió el acto administrativo acusado. En tal caso, el amparo consistiría en la inaplicación del acto a la circunstancia concreta con base en lo expuesto y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991. Por perjuicio irremediable debe entenderse el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones ostensiblemente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido resulta irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Participación de pueblos indígenas

INSTITUCION ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DE SISTEMA SUBSIDIADO-Selección por comunidad indígena

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO-Traslado colectivo de una comunidad indígena

Referencia: expediente T-644925

Acción de tutela instaurada por Alonso Pujimuy y Otros contra la Alcaldía Municipal de Sibundoy, y contra el Cabildo Indígena Camëntsá de Sibundoy.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de dos mil tres (2003).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime

Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de las decisiones tomadas por el Juez Promiscuo Municipal de Sibundoy y por el Juez Promiscuo del Circuito de Sibundoy, dentro de la acción de tutela instaurada por Alonso Pujimuy y Otros contra la Alcaldía Municipal de Sibundoy, y el Cabildo Indígena Camëntsá de Sibundoy.

I. ANTECEDENTES

Alonso Pujimuy, Hipólito Chindoy, Alberto Juajibioy, Ex Gobernadores del Cabildo de Camëntsá, Ramón Pujimuy Ex Alcalde del Cabildo de Camëntsá y Andrés Chindoy Ex Alguacil Mayor del Cabildo de Camëntsá, obrando como Autoridades Tradicionales de la comunidad Indígena formulan acción de Tutela contra la Alcaldía Municipal de Sibundoy y contra el Cabildo Indígena Camëntsá de Sibundoy, por la violación de sus derechos fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y a la personalidad jurídica con fundamento en los siguientes hechos:

1. Señalan los actores, que conforme a lo establecido en el régimen Subsidiado, dentro del plazo fijado en la ley para la desafiliación y traslados que operó entre el 1º de octubre y el 31 de diciembre de 2001, y a raíz de la expedición de la Ley 691 de 2001 “mediante la cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia”, en el Cabildo Camëntsá se presentó una iniciativa para el traslado colectivo de la totalidad de miembros de la comunidad a una EPS o ARS, con fundamento en el artículo 17 de la mencionada ley, la cual finalmente culminó con la autorización otorgada por parte del Cabildo a la Entidad Promotora de Salud Indígena Asociación Indígena del Cauca “AIC” como la entidad administradora de recursos del régimen Subsidiado a la cual debía trasladarse la totalidad de miembros de la comunidad indígena.
2. Previamente a la adopción de tal decisión, al despacho de la Personería Municipal de Sibundoy acudieron varios miembros de la comunidad, para presentar quejas por cuanto el

cabildo estaba adelantando el traslado masivo de la comunidad sin consultar, ni concertar con la comunidad, afectando el derecho de libre elección de la Administradora del Régimen Subsidiado.

3. Ante esta situación, se realizó una reunión en el Cabildo de Santiago (fl.2 expediente) el día 22 de enero de 2002 con la participación de autoridades tradicionales, líderes indígenas, personeros municipales, secretarios municipales de salud, alcaldes, representantes de EPSs y ARSs, con la asistencia del Delegado para Grupos Étnicos de la Defensoría del Pueblo. En esta reunión se concluyó que el criterio democrático establecido en la Constitución Política como Derecho Fundamental del Ciudadano, debe respetarse; lo cual no descarta la aplicabilidad de la Ley 691/01 sobre el derecho de traslado colectivo, siempre y cuando se hayan llevado a cabo los debidos procesos de información, consulta interna con las comunidades de cada cabildo.

4. Los tutelantes precisan, que dentro del proceso de traslado colectivo en el Cabildo Camëntsá de Sibundoy, se difundieron cuñas radiales donde se decía que las personas que se encontraban en el censo del cabildo debían aceptar el traslado colectivo aprobado por las autoridades tradicionales de la comunidad so pena de perder el carné de afiliación y sus derechos a la salud.

5. Igualmente, manifiestan que en las reuniones adelantadas en el mes de enero de 2002, el cabildo presionó a los asistentes a estas reuniones, amenazando a quienes no estuvieran de acuerdo con el traslado masivo a la AIC, con la expulsión del resguardo, la exclusión del censo del cabildo y con la pérdida de los derechos como indígenas.

6. Señalan que en el Cabildo Camëntsá se adelantaron reuniones informativas con el objetivo de lograr la aprobación del traslado masivo a la EPS "AIC", donde muchos de los que no estaban de acuerdo con el traslado asistieron para recibir información, pero sin tener la intención de trasladarse, sin embargo afirman que aparecen como si hubieran firmado la aprobación de traslado colectivo.

7. Ante la ocurrencia de los hechos narrados, el Personero Municipal de Sibundoy en concepto dirigido al señor Alcalde de Sibundoy, el día 22 de marzo de 2002 presenta un análisis de las actas y demás documentos aportados por el cabildo para llevar a cabo el traslado colectivo así como también de las quejas que se presentaron sobre el asunto. Como

resultado de ese análisis, el Personero llegó a la conclusión que “por no ser transparente, democrático y participativo, el proceso que adelantaron las autoridades tradicionales y algunos miembros de la comunidad Kamentsá, el ministerio público no puede conceptuar a favor de la legalidad del proceso y esto no quiere decir que este desconociendo la autonomía del pueblo Kamentsá”.

8. Efectuado el análisis de los hechos, el Alcalde de Sibundoy expide el Decreto 025 del 26 de marzo de 2002 en el que resuelve: “No avalar en su totalidad el traslado conjunto que con base al procedimiento interno adoptado por las autoridades tradicionales de la comunidad Kamentsá(SIC) se realizó a favor de la Asociación Indígena del Cauca “AIC” en el lapso de 1º de octubre a 31 de diciembre de 2001 en consecuencia dejar sin validez dicho traslado”

9. Contra el decreto en mención, a la Entidad Promotora de Salud Indígena Asociación Indígena del Cauca “AIC” presentó recurso de reposición ante el Alcalde.

10. El día 1º de abril de 2002, el Alcalde de Sibundoy expide el Decreto No. 028 “Por medio del cual se revoca el decreto 025 de 26 de marzo de 2002 y se avala el proceso y el traslado colectivo de la comunidad Indígena Camentsá a la EPS Asociación Indígena del cauca “AIC”.

12. Precisan que, como concluyó el Personero Municipal, este proceso de traslado colectivo no se cumplió con requisitos de orden legal e interno pues en ningún momento se convocó a la comunidad con miras a establecer o determinar el procedimiento que se adoptaría para efectuar el traslado por parte de la comunidad Camentsá de Sibundoy, solamente se convocó para aprobar la decisión del cabildo de trasladar colectivamente a la totalidad de la comunidad, cuestión que está por fuera de los lineamientos señalados por artículo 17 de la Ley 691 de 2001.

13. Estiman que el Decreto 028 de 2002, viola flagrantemente el derecho a su dignidad humana, en cuanto establece un plazo de 45 días para que ante la Alcaldía manifiesten la revocatoria de un traslado, con el que nunca estuvieron de acuerdo, acreditando “debidamente, por cualquier medio, ante la dirección local de salud, que el traslado que se revoca obedeció a hechos que hubieran eliminado o limitado de manera grave su libertad de escogencia.”

14. De otra parte, señalan que la presunta violación del derecho al libre desarrollo de la

personalidad se presenta por cuanto con la decisión del Alcalde adoptada en el Decreto No. 028 de 2002, no se respeta el derecho a la libre escogencia de ARS por parte de los miembros de la comunidad indígena Camëntsá de Sibundoy.

15. Indican que constituye una potestad reconocida por el Estado, que el afiliado autónomamente decida sobre su continuidad o traslado en la afiliación a la ARS, como individuo libre y autónomo, pues la decisión de traslado o de continuidad es una auto determinación del individuo de manera que, es deber de las autoridades públicas velar por su vigencia, respeto y pleno goce para todos y cada uno de los habitantes del país.

16. Señalan que el Alcalde, cuando expidió el Decreto 028 del 1º de abril se extralimitó en sus funciones al avalar el traslado colectivo de la totalidad de los miembros de la comunidad indígena inscrita en el censo del Cabildo Camëntsá de Sibundoy, sin reparar en la objeción del Personero Municipal y en la oposición de quienes manifestaron expresamente desacuerdo con este traslado; así el Alcalde desconoció el mandato del inciso primero del artículo 16 del Acuerdo 77 de 1997 que prohíbe la afiliación forzosa.

17. Consideran además, que para el caso se violó el debido proceso por parte del cabildo, en la medida que no se permitió a toda la comunidad concertar y aprobar el proceso que debería seguirse para decidir su traslado colectivo, pues se limitó a poner en consideración de los comuneros la decisión que se había adoptado de trasladar a la totalidad de la comunidad a la EPSI "AIC" del Cauca. Y que la autonomía de las autoridades indígenas en la toma de decisiones no puede afectar o transgredir derechos fundamentales de sus miembros.

18. Manifiestan además que la parte motiva del Decreto 028/02 no da cuenta por ningún lado, de las razones de hecho y de derecho expuestas por los recurrentes -EPSI "AIC" del Cauca - que constituyan suficiente razón jurídica para derogar el Decreto 025 de 2002, pues el Alcalde se limitó a transcribir los considerandos que fundamentaron la decisión contenida en el Decreto 025/02, adicionando tres argumentos nuevos que en manera alguna reúnen los requisitos jurídicos de forma y contenido indispensables para soportar la convicción íntima del error en que supuestamente se incurrió, al no avalar el traslado colectivo. Señalan que en este punto se desconoció lo dispuesto en los artículos 50 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, en cuanto al trámite que debió haberle dado a la impugnación presentada por

la EPS-I "AIC", pues el Despacho Municipal omitió notificar en debida forma a los representantes legales de las Administradoras que operan en Sibundoy e igualmente, a las Asociaciones de Usuarios que existen en el municipio.

19. En lo pertinente al cargo por violación del derecho a la personalidad jurídica, éste está dirigido primordialmente contra el Cabildo Camëntsá de Sibundoy, por las continuas presiones que se ejercieron contra las personas que estuvieron en desacuerdo con el traslado masivo, al amenazarlos con la exclusión del cabildo y la consiguiente pérdida de derechos como indígenas.

3. Pretensiones:

Con fundamento en lo expuesto solicitan:

1.- Se ordene al Alcalde Municipal de Sibundoy abstenerse de dar aplicación al Decreto 028 del 1º de abril de 2002, mediante el cual revocó el Decreto 025 del 26 de marzo de 2002, y se "avala la totalidad del traslado colectivo de los miembros de la comunidad indígena Camentsas Biya (sic) de las diferentes EPS a la EPSI AIC efectuado entre el 1º de octubre y el 31 de diciembre de 2001"

2.- Para ello, el Alcalde Municipal de Sibundoy debe dar cumplimiento al Decreto 025 del 26 de marzo de 2002, mediante el cual, el Despacho Municipal accionado no avaló el traslado colectivo de la totalidad de miembros de la comunidad indígena pertenecientes al Cabildo Indígena Camëntsá de Sibundoy.

3.- Solicitan así mismo, se ordene al Cabildo Camëntsá de Sibundoy abstenerse de excluir del censo del cabildo a quienes han manifestado oposición al traslado colectivo a la EPS-I AIC del Cauca y que los contratos de aseguramiento en el Régimen Subsidiado suscritos entre la Alcaldía y las diferentes EPSs y ARSs que operan en el Municipio, inicien su vigencia a partir del 1º de abril del año 2002.

4. Decisiones judiciales que se revisan.

4.1 Rechazo de Plano de la demanda por parte del Juez de Primera Instancia.

Correspondió conocer del asunto al Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy el cual

mediante providencia de fecha 23 de abril de 2002, resolvió rechazar de plano la tutela presentada, pues consideró que como lo que se persigue es la suspensión del Decreto 028 del 2002, corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo decidir sobre el asunto, pues se trata de un acto administrativo de carácter general y abstracto.

Sostuvo además, que de la documentación aportada al expediente no se obtiene conocimiento de que el Cabildo Camëntsá de este lugar, hubiese ordenado exclusión del censo a quienes manifiestan la oposición al traslado colectivo a la EPS-I AIC del Cauca y en ese orden de ideas, entra a rechazar de plano la acción de tutela por improcedente.

4.2 Impugnación.

En su calidad de actor, el señor Andrés Chindoy, impugnó la decisión anterior, argumentando que existen actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto y actos administrativos de carácter individual, particular y concreto como es el Decreto 028 del 2002. Que la afiliación al régimen subsidiado es un acto administrativo complejo, de carácter particular y concreto que depende de la manifestación voluntaria de cada una de las personas que se consideren potencialmente beneficiadas del subsidio en cada Municipio y que culmina con la inscripción en el sistema de información de beneficiarios por parte de la Alcaldía respectiva de las personas que acceden al derecho de seguridad social y que en tanto no se respetó la voluntad individual de traslado la tutela es procedente.

4.3 Decisión del recurso.

Mediante Providencia del 12 de junio de 2002, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sibundoy manifiesta que la determinación adoptada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy no puede considerarse como una sentencia o un verdadero fallo, pues con ella, no se está resolviendo el fondo de la cuestión planteada, por esta razón a lo sumo estima que puede tener el carácter de auto interlocutorio.

- De otra parte, el Juzgado señala que las personas afectadas con el mencionado Decreto 028 del 2002 emanado de la Alcaldía Municipal de Sibundoy son personas plenamente identificadas y en tal sentido, el acto administrativo que las cobija en cuanto dispone su traslado conjunto a una Entidad prestadora o promotora de salud, es de índole particular y concreto.

- Precisa que es muy posible que se haya configurado la vulneración de varios derechos fundamentales en cabeza de los tutelantes. Así las cosas, considera que debe tenerse en cuenta que si bien, no le falta razón al a quo en cuanto señala que los tutelantes pueden tener a su disposición otra vía judicial para buscar la protección a sus derechos, también lo es que en este evento la tutela puede proceder como un mecanismo transitorio.

- Sostiene que de ninguna manera los accionantes parecen estar cuestionando el Decreto 028 de 2002 dictado por el Alcalde Municipal como acto administrativo en sí mismo para que se le derogue, o que se declare su nulidad o su invalidez. Lo que pretenden los actores es su inaplicación por parte del Alcalde Municipal (art. 8º del decreto 2591 de 1991). En tal caso considera que la tutela tendría un carácter transitorio.

- Por tal circunstancia revoca la decisión impugnada y expresa que como quiera que ese despacho carece de competencia para resolver sobre el fondo de la cuestión planteada se debe devolver la actuación al Juzgado de origen para que una vez surtidos los trámites de rigor y de acuerdo con lo alegado y probado por las partes decida si procede o no conceder el amparo solicitado.

Acatando la decisión del Superior, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy, procede a resolver el asunto mediante la sentencia del 8 de julio de 2002, en la que manifiesta lo siguiente:

- En primer término señala que el Cabildo Indígena Camëntsá de Sibundoy, sin consultar ni concertar con la comunidad, decidió unilateralmente trasladar en forma masiva a los miembros de esa comunidad para que obtengan el servicio de salud en la Entidad Promotora de Salud Indígena Asociación Indígena del Cauca "AIC", afectando el derecho de los asociados a la libre elección de la ARS. Traslado que fue avalado por la Alcaldía Municipal de este lugar mediante el Decreto 028 del 1º de abril de 2002.

- Precisa que la Administración Municipal no tuvo en cuenta el concepto que en su oportunidad emitió el señor Personero Municipal de Sibundoy, para que no se avalara el traslado colectivo, ya que el proceso de desafiliación que se adelantó dentro de la comunidad no fue lo suficientemente democrático o participativo, pues a él, no acudió la mayoría de la población que iba ser afectada o beneficiada con el traslado.

- Señala que el Decreto 028 del 1º de abril del año 2002, es un acto administrativo de índole individual, particular y concreto tal como lo han expuesto los accionantes; en él se dispone avalar “la totalidad del traslado conjunto de los miembros de la comunidad Indígena Kamentsá de Sibundoy de una Entidad Administradora del Régimen Subsidiado en Salud a la cual están afiliados los accionantes y la mayoría de la comunidad, a otra denominada Asociación Indígena del Cauca “AIC”. Sin que para ello, se hubiese contado con la libre voluntad de cada uno de los afiliados de trasladarse de la Administradora o continuar en la misma para el siguiente período de afiliación.

- Así las cosas, estima que la decisión tomada por el señor Gobernador del Cabildo Indígena Camëntsá, así como la del señor Alcalde Municipal de Sibundoy, resultan contrarias a las disposiciones legales contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, que señalan los mecanismos de acceso de la población mas pobre y vulnerable al Sistema de Seguridad Social en Salud, y las condiciones de acceso al subsidiado.

- Considera que con sus actuaciones, las autoridades anteriormente señaladas, han violado los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso de los actores y de otras personas que integran la comunidad Indígena Camëntsá de Sibundoy, en consecuencia declara la suspensión de la aplicación del Decreto 028 del 1º de abril de 2002, y concede la tutela como mecanismo transitorio.

- Por último señala, que como los tutelantes disponen de otro medio de defensa judicial, para obtener en forma definitiva la nulidad del acto administrativo en el que se consideran vulnerados los derechos constitucionales fundamentales alegados, los actores deberán presentar en el término de cuatro (4) meses siguientes a la notificación de este fallo, la acción respectiva ante lo Contencioso Administrativo, so pena que vencido dicho término si no se ha instaurado ésta cesen los efectos de este fallo de tutela.

- Adicionalmente ordena al Gobernador del Cabildo Camëntsá de Sibundoy, abstenerse de excluir del censo del Cabildo a los actores y a quienes han manifestado su oposición al traslado colectivo a la EPS-I “AIC” del Cauca.

4.5 Impugnación.

El señor Alcalde (E) de Sibundoy impugna el fallo de tutela proferido el 8 de julio de 2002 por

el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy, pero sin sustentar el recurso.

4.6 Fallo de Segunda Instancia.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Sibundoy entra a conocer del asunto, pues señala que dada la informalidad que caracteriza a la acción de tutela, la impugnación del fallo de primera instancia, no requiere sustentación y en ese orden de ideas dicta el 13 de agosto de 2002 fallo, donde confirma la providencia impugnada con fundamento en las siguientes consideraciones:

- Precisa que en el presente caso aparece manifiesta la vulneración de los derechos que los accionantes solicitan se les proteja, entre ellos el derecho a la dignidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al debido proceso.
- Recuerda que el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
- De otra parte indica que el Personero Municipal de Sibundoy, en cumplimiento de su labor de velar para que las actuaciones de quienes ejercen funciones públicas se ajusten a los parámetros de ley y del respeto de los derechos humanos envió al señor Alcalde de Sibundoy un informe muy detallado y contundente donde demuestra que el proceso de afiliación o traslado que se adelantó dentro de la comunidad indígena Camëntsá, no fue transparente, ni democrático, ni mucho menos participativo, pues la mayoría de los miembros no se enteraron siquiera del proceso, no se les permitió a los indígenas que participaran en la concertación y discusión de la decisión que posteriormente se les impondría sin tener en cuenta su derecho a la libre escogencia de las entidad promotora de salud a la cual deberán afiliarse.
- Señala que el Acuerdo 77 del CNSSS en su artículo 16 prohíbe la afiliación forzosa y que en el informe del Personero se anotaron las quejas presentadas con respecto a la desafiliación, informando que mediante oficios se amenazó a los indígenas con castigarlos o perder el carné de salud si no se sometían al traslado conjunto vulnerando de esta forma el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad misma y al debido proceso.
- Sostiene que el derecho a la dignidad no es susceptible de ser limitado, ni relativizado bajo

ninguna circunstancia y que cualquier decisión que afecte la esfera interna del individuo, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria.

- En lo que atañe al derecho al debido proceso señala que éste es un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento en las actuaciones judiciales como administrativas y que en el presente caso es evidente la trasgresión de ese derecho, pues, a pesar de que su fuero indígena los limita a que deben estar supeditados a las decisiones que se adopten al interior de la comunidad, tales decisiones no deben desconocer las normas constitucionales que rigen la diversidad étnica, ni vulnerar los derechos fundamentales de la comunidad; aspecto que no se tuvo en cuenta para adelantar el proceso de traslado de ARS ya que ni siquiera se contó con la opinión de los indígenas y no se respetó su derecho a la libre escogencia de ARS, ni las disposiciones contenidas en el Acuerdo 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y de la Ley 691 de 2001, normas que regulan lo referente a la afiliación al régimen de seguridad social.

- Con fundamento en lo expuesto, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sibundoy, resuelve confirmar la decisión adoptada por el juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy el 8 de julio del año 2002. Adicionalmente y a solicitud de los demandantes “ordenar remitir copia de lo actuado con destino a la Fiscalía 49 Seccional de Sibundoy para lo de su cargo.”

5. INTERVENCIÓN DEL RESGUARDO INDÍGENA DE CAMËNTSÁ.

Estando en revisión de la Corte el proceso de la referencia, se recibió con fecha 8 de octubre de 2002, documento suscrito por el Señor Gobernador del Cabildo indígena de Camëntsá donde informa lo siguiente:

- Que el pueblo Camëntsá está conformado por 5000 personas aproximadamente, asentadas en el Resguardo indígena Valle de Sibundoy, municipio de Sibundoy, Departamento del Putumayo. Que aún hablan la lengua materna, tienen un gobierno tradicional, representado en el Cabildo y aplican justicia propia de conformidad con sus normas, procedimientos, usos y costumbres.

- Señala que los Camëntsá se han caracterizado por poseer un gran conocimiento en la medicina tradicional y convivir en armonía con la naturaleza a través del Jajañ que representa el FUNDAMENTO de su existencia.

- Que con la expedición de la Ley 100 de 1993, llegaron a su territorio diferentes administradoras del régimen subsidiado- EPSS, como Coopsofafa, Selvasalud, Caprecom y Emssanar, todas ofreciendo los servicios de afiliación para los beneficiados del régimen subsidiario.

Las decisiones se adoptaron partiendo de la visión que en un comienzo planteó la EPS Selvasalud, con respecto a la cosmovisión indígena; sin embargo manifiesta que esta idea se quedó tan sólo en su formulación, ya que con el transcurso del tiempo no hubo buenos resultados pues no se prestó una atención eficiente, se suministraron medicamentos de mala calidad, vencidos, de distribución gratuita o de prueba, entrega de fórmula incompleta, y las remisiones requerían de mucha tramitología.

- Ante estos inconvenientes, la comunidad manifestó su inconformismo en las asambleas programadas por el Cabildo, donde se evaluó el servicio de salud por parte de las EPSs ARSs existentes, en especial con la EPS Selvasalud.

- En procura de encontrar una solución, se realizaron acercamientos con los directivos de esas Instituciones, quienes hicieron caso omiso a las diferentes inquietudes y quejas de la comunidad, lo que motivó buscar otras estrategias para solucionar la falta de atención adecuada y oportuna.

- En marzo de 2001 se hizo un diagnóstico sobre los servicios de salud y se concluyó que debido a las deficiencias presentadas por las ARS e IPS en esta zona, era necesario tomar acciones tendientes a mejorar la salud de la comunidad.

- Es así como los Taitas (exgobernadores) procedieron a investigar la existencia de ARS indígenas que tuvieran en realidad la cosmovisión indígena, además de solidez como empresa, requisitos que la EPS Indígena A.I.C reunía.

- Con base en lo anterior, se decidió invitar a la Empresa Indígena Asociación Indígena del Cauca A.I.C., para que informara o socializara sus experiencias, forma de operatividad y servicios. A partir de este encuentro y por iniciativa de la comunidad se programaron reuniones en cada una de las veredas, en instituciones de la comunidad, coordinadas con el comité de apoyo en salud indígena Camëntsá; se realizaron visitas domiciliadas manifestando que era indispensable el apoyo de los miembros de la comunidad en la tarea

de mejorar los servicios de salud. De esta manera se inició el proceso de información, consulta y concertación para la toma de decisiones tal como lo ordena el artículo 2º constitucional y la Ley 21 de 1991 (existen actas).

- Posteriormente a estas reuniones se realizaron asambleas, en primer lugar con los adultos mayores a la que asistieron más de 400 indígenas; el 04 de noviembre del 2.001 con exgobernadores y líderes de la comunidad, el 09 y el 17 de noviembre de 2001 con exgobernadores, líderes y comunidad en general. Se socializó el proceso de traslado colectivo del pueblo Camëntsá a la otra EPS-ARS de conformidad con lo establecido por la Ley 691 de 2001, se seleccionó la EPS.-I AIC; en la última asamblea se respalda voluntariamente al Cabildo para que como máxima autoridad tramite el traslado a la totalidad de los miembros de la comunidad a la AIC a partir del primero de abril de 2.002.

- De esta forma, el Cabildo Indígena Camëntsá cree haber cumplido con el procedimiento interno de consulta para el traslado colectivo de la población Indígena afiliada al régimen subsidiado en salud a la EPS -AIC, procedimiento que se adelantó conforme a sus usos y costumbres, durante los meses de octubre y diciembre de 2001, según consta en las memorias que reposan en el archivo del Cabildo.

- Indica que el procedimiento adoptado por la comunidad Camëntsá de acuerdo a sus usos y costumbres, es el diálogo mediante la socialización, consulta y decisión en común acuerdo. Que para el caso, el proceso terminó en una asamblea, a la que fueron invitados todos los miembros de la comunidad a través de oficios, cuñas radiales, peritoneo e invitación verbal. Que las decisiones tomadas en asamblea según sus costumbres se aplican a toda la comunidad y que el acta es suscrita por los taitas exgobernadores y el gobernador y la comunidad presente.

- De esta manera, dando aplicación al artículo 17 de la Ley 691 de 2.001, el Cabildo Camëntsá radicó en la Alcaldía Municipal de Sibundoy el acta No 003 del 17 de noviembre de 2001, en la que consta la decisión de realizar el traslado colectivo. Señala que existen otras actas en las que se constata el cumplimiento al debido proceso de consulta adoptado por el cabildo aplicado con la comunidad y aduce que las actas fundamentan el ejercicio interno de toma de decisiones, que para el caso era el traslado colectivo a la EPS AIC.

- Por su parte, la Alcaldía de Sibundoy expidió el Decreto 025 de marzo 26 de 2002,

mediante el cual decide sobre el “aval” del proceso y del traslado conjunto de los afiliados de la comunidad Indígena Camëntsá a la EPS AIC, declarándolo no válido pues acoge un concepto del Personero Municipal de Sibundoy, quien calificó el proceso de no ser transparente, no participativo, no democrático y no público.

- El Cabildo indígena Camëntsá recurrió la decisión municipal, bajo el argumento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, como es el ser sujetos colectivos. Igualmente describe el procedimiento adoptado por la comunidad para decidir el traslado colectivo y cuestiona la actitud del Personero Municipal en cuanto desconoce la autonomía, usos y costumbres del pueblo Camëntsá al defender un derecho individual, desconociendo el derecho constitucional como sujetos colectivos que son.

- Precisa además, que el memorial del Personero Municipal corresponde realmente a una respuesta dada el 20 de noviembre de 2001, a la consulta presentada el 15 de Noviembre de 2001 por algunos miembros de la comunidad acerca de la decisión tomada por la comunidad.

- Narra que posteriormente, la Alcaldía Municipal expide el Decreto 028 de abril 1º de 2002, por medio del cual se revoca el Decreto 025 del 26 de marzo de 2002 y se avala el proceso de traslado colectivo de la comunidad indígena Camëntsá a la E.P.S, Asociación Indígena del Cauca AIC; resaltando en su artículo 3º que se respetará el derecho al afiliado indígena a revocar su voluntad de traslado en los 45 días a partir del 1º de abril de 2002.

- Para finalizar anota, que la mayoría de las quejas fueron presentadas por personas que tenían vínculos familiares o laborales con las otras EPS, especialmente con Selvasalud y de personas que no pertenecen a la comunidad a quienes les fue asignado un carné como indígena Camëntsá, como es el caso de los Quillacingas.

- Sostiene que cuando la Alcaldía de Sibundoy expidió el Decreto 028 de 2002, la Secretaría de Salud Municipal oficializa el traslado de 3817 afiliados a la AIC, pero luego se excluye a las personas que presentaron quejas en la Personería Municipal y se realiza una depuración de algunos cupos que pertenecen al Régimen Contributivo etc., así se establece una total de 3.216 beneficiarios. Con este número se comienzan a contar los 45 días de revocatoria que concede la ley (acuerdo 77/1997), el cual para el caso se extendió desde el 1º de abril hasta el mayo 15 de 2002 para un resultado final de 2.630 afiliados que quieren pertenecer a la

E.P.S.I. AIC.

- De otra parte señala, que con la afiliación a la EPS "AIC" empiezan a evidenciarse resultados como es el fortalecimiento del Proyecto de Salud Indígena desde su propia cosmovisión, aprovechándose la medicina tradicional indígena, valorando a taitas, parteras, sobanderas, a la alimentación propia, realizándose talleres de capacitación, fortalecimiento de las formas de organización comunitaria (mingas y cuadrillas), funcionamiento de las Casa de Paso, entre otros.

- Tal proceso se obstaculiza cuando con fundamento en el fallo de segunda instancia, la Alcaldía Municipal de Sibundoy expide el Decreto No 59A de agosto 15 de 2002, en el cual se abstiene de dar aplicación al Decreto 028 del 1º de abril de 2.002 y ordena dar cabal cumplimiento al Decreto 025 de 26 de marzo de 2002, mediante el cual la administración no "avaló" el traslado colectivo de la totalidad de los miembros de la comunidad indígena Camëntsá de Sibundoy.

- Puntualiza que a partir del conocimiento oficial del Decreto 059A de 2002, se producen continuas emisiones radiales por parte de la EPS Selvasalud y la Alcaldía del Municipio de Sibundoy; en las que manifiestan la "inconstitucionalidad del traslado colectivo realizado por el Cabildo; visitas

domiciliadas de promotores de la EPS Selvasalud donde se presenta un mal manejo de la información; momento que es aprovechado por las EPSs diferentes a la EPS A.I.C. para tratar de violentar los intereses colectivos y la unidad, lo que ha generado un desconcierto dentro de la comunidad que ha sido testigo del proceso llevado a mejorar la calidad de vida en salud."

- Para finalizar concluye, que se les están vulnerando sus derechos constitucionales como sujetos colectivos y que los jueces de tutela al proferir las providencias, desconocieron el contexto cultural de la comunidad Camëntsá Biyá, la autonomía, la organización, el gobierno propio, interviniendo en asuntos que son de competencia exclusiva del ámbito interno del Cabildo, generando situación de inestabilidad en la comunidad y poniendo en riesgo la unidad y validez de las decisiones tomadas por la mayoría de los Camëntsá, entendidas las asambleas como última instancia y organismo de decisión en la estructura interna.

6. Conceptos emitidos por la Dirección y Subdirección de Aseguramiento del Ministerio de Salud (hoy de la Protección Social).

6.1 Dentro del expediente obra copia informal del oficio 0126 de fecha 1º de febrero de 2002 suscrito por el Subdirector de Aseguramiento del Ministerio de Salud y dirigido a los Personeros Municipales de los Municipios de Santiago, Sibundoy, San Francisco y Colón donde se expresa en relación con los traslados de las comunidades indígenas, lo siguiente:

Al respecto me permito informar a Ustedes que las normas que regulan y legalizan el traslado entre ARS están contenidas en el Acuerdo 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las circulares externas conjuntas 018 - 074 de la Superintendencia Nacional de Salud (SNS) y del Ministerio de Salud (M5) y 022 - 019 - 075 de la Procuraduría General de la Nación (PGN), SNS y MS. Igualmente el decreto 330 del 27 de febrero del 2001, por medio del cual se reglamenta la constitución y funcionamiento de EPS Indígenas y la Ley 691 de Septiembre 18 del 2001.

Esta última norma a la fecha no ha sido reglamentada por el Ministerio de Salud o por el Ministerio del Interior, por lo que su análisis se hará teniendo en cuenta lo estrictamente escrito.

El Acuerdo 77 del CNSSS establece unos períodos de traslados, que se fijan de acuerdo a los períodos de contratación establecidos, inicialmente, el traslado en comunidades indígenas fue reglamentado por esa misma norma, en donde se tenía en cuenta el DERECHO INDIVIDUAL de algún indígena sobre el carné o sobre su derecho a la afiliación. Así las cosas, independientemente de que una comunidad era pleno se trasladara, el INDIVIDUO como tal podría decidir si se trasladaba o no. (..)

Desde este punto de vista, se venían observando ciertos fenómenos relacionados con la afiliación a diferentes ARS de personas de una misma familia étnica, de un mismo cabildo, de un mismo resguardo y hasta de un mismo núcleo familiar; el resultado, reunión de una ARS en donde los afiliados de otra ARS no pueden entrar, lo que podría estar en contra del término y de la concepción de "UNIDAD ETNICA". Independientemente de lo anterior, se venía haciendo respetar la determinación tomada en el Acuerdo 77 del CNSSS en cuanto al respeto de la individualidad en el traslado.

La ley 691 sin embargo en su artículo 17º en referencia a la escogencia a la administradora preceptúa :”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.”

El artículo es claro y no da lugar a interpretaciones; sin embargo, para el proceso de traslado, las comunidades debieron adelantar un proceso claro, abierto, transparente, en donde DE, MANERA AUTONOMA y sin presiones externas, decidan la metodología o el procedimiento para expresar su voluntad de traslado masivo, situación que a la fecha no conocemos en DASALUD PUTUMAYO. Esa metodología adoptada es susceptible de vigilancia por los entes de control, cuando el proceso se este adelantando.

Ese mismo artículo mas adelante aclara que cualquier conducta manifiesta orientada a distorsionar la voluntad de la comunidad invalidará el proceso y el contrato resultante del mismo.”

Aunque las comunidades son autónomas en la decisión que tomen, las autoridades de control en cumplimiento de las normas arriba citadas, deben vigilar la correcta aplicación del proceso de traslado en comunidades indígenas, según lo establecido en el artículo 17 de la Ley 691. (..)

Las administraciones municipales, en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo 77 del CNSSS, deberán revisar toda la documentación presentada por las EPS indígenas y las otras ARS, en los términos establecidos en el Acuerdo, la cual será sujeta a revisión y aprobación por parte de los municipios, ajustándose a lo establecido en la Ley 715 del 21 de diciembre del 2001.

Finalmente, el ejercicio de la democracia debe ser aplicado en todo su contexto legal y constitucional; la decisión de los pueblos, autónoma, no debe ser la decisión de un gobernador o de unos pocos inconformes o conformes; los pueblos indígenas, en cumplimiento de lo establecido en las diferentes Leyes que los protegen, deben adelantar procesos amplios, abiertos y democráticos, en donde TODA LA COMUNIDAD INDIGENA, de una etnia determinada o de un cabildo determinado, deciden sobre el procedimiento a seguir, el cual debe ser sometido a votación de toda la comunidad. Dicha votación, debe ser

el reflejo del sentir comunitario y como tal debe ser respetado.”

El papel de las EPS y de las ARS debe limitarse a la información general que deben dar a las comunidades sobre las ventajas de afiliarse o no a una determinada entidad, so pena de incurrir en actos de inducción de la afiliación que finalmente terminen con invalidar los procesos y contratos respectivos; el Plan de beneficios es el mismo para todas y depende de la decisión que igualmente tome la comunidad indígena con respecto a dicho plan; el plan de beneficios de las comunidades indígenas debe ser concertado según lo que establezca el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. El papel de las ARS debe ser pasivo y de información, mas no de INDUCCION. (..) (negrilla y subrayado adicionado)

6.2 De otra parte la Dirección de Aseguramiento del Ministerio de Salud mediante oficio dirigido a los Alcaldes de los municipios de Santiago, Sibundoy, San Francisco y Colón el día 5 de abril del 2002 señala en relación con los traslados colectivos de las comunidades indígenas, lo siguiente:

“Respetados Señores Alcaldes:

Acusamos recibo de la comunicación de las Autoridades Tradicionales del Valle de Sibundoy, enviada a la oficina jurídica del Ministerio de salud y la cual se remitió a la Dirección General de Aseguramiento para su conocimiento y respuesta. Comunicación que solicita un pronunciamiento sobre sí los Alcaldes de los municipios de San Francisco, Sibundoy, Colón y Santiago, pueden declarar no válidos los traslados realizados por lo afiliados al régimen subsidiario de las comunidades indígenas que ellos representan, traslado que se realizó atendiendo lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 77 del CNSSS y la Ley 691 de 2001.

La Dirección General de Aseguramiento, previo análisis de los documentos anexos a la comunicación, los cuales soportan el cumplimiento de los procesos internos de cada comunidad, para formalizar el traslado de ARS en forma colectiva a una ARS autorizada e inscrita debidamente, procede a dar respuesta así:

Las primeras autoridades de los municipios mencionados deben dar cumplimiento a las normas expedidas para las comunidades indígenas, en desarrollo de la Carta Política de 1991, la Ley 100 de 1993 y la Ley 715 de 2001, preceptos legales que establecen un tratamiento excepcional en la reglamentación general aplicable al sector salud.

Atendiendo lo anterior, el CNSSS considero en el Acuerdo 77 que dadas las características de los pueblos indígenas y a efecto de mantener su unidad étnica, lo afiliados o potenciales beneficiarios al régimen subsidiario de las comunidades indígena pueden afiliarse o trasladarse a una ARS de forma colectiva, voluntad que debe ser respetada y aceptada por las primeras autoridades municipales, sin entrar a controvertir los procesos internos que para esa afiliación o traslado se hayan adelantado.

De conformidad con lo expuesto, les solicito adelantar las acciones necesarias para ajustar a la reglamentación los traslados realizados por las comunidades indígenas, y proceder a la suscripción de los contratos de aseguramiento. Igualmente es pertinente informarle que el municipio ante la circunstancia de no haber suscrito los contratos en oportunidad, es decir 1o de abril, tiene la responsabilidad de atender los eventos en salud que demande los afiliados de las comunidades indígenas con los recursos del Sistema General de Participaciones para garantizar la prestación de los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, implicando una disminución en la disponibilidad de recursos del municipio para atender a la población vinculada, por lo tanto le recomiendo proceder a la firma de los contratos a la mayor brevedad y proceder a su entrega en el departamento para que sean radicados en el Ministerio de Salud dentro del término.

6.3 Posteriormente la Procuradora Regional de Putumayo mediante circular de fecha abril 12 de 2002, dirigida a los Personeros Municipales del Valle de Sibundoy y en relación con la vigilancia y cumplimiento de la Ley 21 de 1991, la Ley 691 de 2001, y la directriz de fecha abril 5 de 2002 emitida por el Ministerio de Salud Dirección de Aseguramiento, expresa lo siguiente:

“Los Tratados Internacionales, el convenio 189 ratificado en Colombia por la ley 21, reconoce y valora la diferencia de los diversos grupos étnicos en el mundo, en su artículo 3º señala “Los pueblos indígenas y tribales deben gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminaciones” así mismo la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 7º “El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación Colombiana” otorgando derechos sociales políticos económicos y culturales en su integridad con carácter especial, de ahí que la ley 100 de 1993 al no ser explícita en lo relacionado con las comunidades indígenas, haya expedido la ley 691 de 2001, confiriéndoles el derecho a la colectividad, concibiendo sus derechos “colectivos” como

condición necesaria de los derechos humanos individuales, dado que los indígenas siguen siendo los ciudadanos más pobres y discriminados en el hemisferio, la enorme desigualdad en que viven en ocasiones conduce a situaciones violencia y de manipulación por las fuerzas externas a los pueblos indígenas. (negrilla y subrayado adicionado)

Por lo tanto señores Personeros, les solicito realizar seguimiento y verificación mediante visitas especiales a los despachos de los señores alcaldes y jefatura de planeación con el objeto de constatar el efectivo cumplimiento de las normas en comentario.”

7. Pruebas-

Dentro del material probatorio que obra en el expediente, aparecen entre otras, las siguientes pruebas:

- Copia Decretos No. 025 del 26 de marzo de 2002, No 028 del 01 de abril de 2002 y 059 del 15 de agosto de 2002.
- Copia de las Actas No. 001,002 y 003 de 2001.
 - Copia Oficio No. 0126 del 01 de Febrero de 2002.
- Circular de abril 12 de 2002 de la Procuraduría regional del Putumayo.
- Oficio N 7000 de Abril 05 de 2002 del Ministerio de Salud.
- Oficio del 14 de mayo de 2003 suscrito por el Representante Legal de “AIC”.
- Oficio enviado el 13 de mayo de 2000 por la Secretaria General de esta Corporación donde se remite memorial recibido el 12 de mayo del 2003, por el Cabildo Indígena de Camëntsá.

8. Nulidad por falta de Notificación a Tercero Interesado.

Mediante auto del 20 de enero del 2003, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional se abstiene de realizar la revisión de la sentencia de tutela dictada en el proceso de la referencia, por cuanto advirtió la existencia de una causal de nulidad por falta de notificación a terceros interesados en los resultados del proceso.

Por ello, con el fin de salvaguardar los derechos al debido proceso y a la defensa de terceros interesados que eventualmente pudieran verse afectados con el fallo de tutela en el proceso de la referencia y que no fueron oídas en el mismo, se ordenó al juez de instancia, que pusiera en conocimiento de la Entidad Promotora de Salud Indígena Asociación Indígena del Cauca "AIC" y de las demás Entidades Promotoras de Salud que operan en Sibundoy, la nulidad advertida por falta de notificación a terceros interesados.

9. Fallo emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy -Putumayo-, con posterioridad a la nulidad declarada por falta de notificación a terceros.

Habiéndose declarado la nulidad de la actuación en cumplimiento a lo dispuesto por esta Sala de Revisión y una vez notificados los representantes de las Entidades Promotoras del Régimen Subsidiado de Salud que prestan sus servicios en esa ciudad, los señores apoderados de EMSSANAR ESS, CAPRECOM EPS y de SELVASALUD señalan que convalidan los fallos emitidos, no así, la apoderada de la AIC del Cauca quien se opone como principal afectada a convalidar las actuaciones realizadas, por lo que, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy - Putumayo procede a dictar nuevo fallo el 8 de abril de 2003 de acuerdo con las siguientes consideraciones:

- Manifiesta que recibidos y analizados los testimonios de los señores ALONSO PUJIMUY CHICUNQUE, RAMÓN PUJIMUY CHICUNQUE, HIPÓLITO CHINDOY, ANDRÉS CHINDOY Y ALBERTO JUAJIBIOY; quienes presentaron la acción de tutela porque no estuvieron de acuerdo con el traslado masivo de la Comunidad Indígena Camëntsá a la empresa "AIC" del Cauca, se deduce de sus declaraciones, que estos se encuentran con sus familias afiliados a SELVASALUD, donde reciben los respectivos servicios médicos, y que de esta manera el traslado efectuado por el señor Gobernador del Cabildo Indígena de ese entonces no los afectó.

- Informa, que según certificación suscrita por la Secretaria del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, en la que da a conocer que ante esa Corporación "EL DOCTOR JUAN CARLOS NIÑO PAIPILLAT EN CALIDAD DE APODERADO JUDICIAL DE SELVASALUD S.A., HA INTERPUESTO DEMANDA EN CONTRA DEL MUNICIPIO DE SIBUNDOY (PUTUMAYO) SOLICITANDO LA NULIDAD ABSOLUTA DEL DECRETO 028 DE 10 DE ABRIL DE 2002 y LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL MISMO PROFERIDO POR EL ALCALDE MUNICIPAL DE

SIBUNDOY, MEDIANTE EL CUAL REVOCÓ EL DECRETO 025 DE 26 DE MARZO DE 2002, IGUALMENTE SOLICITA DECLARAR LA VIGENCIA DEL DECRETO 025 DE 26 DE MARZO DE 2002 DICHA DEMANDA SE RADICÓ BAJO EL NUMERO 2003-0267 CORRESPONDIENDOLE EN REPARTO AL SEÑOR MAGISTRADO DOCTOR JORGE ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. ACTUALMENTE, SE ENCUENTRA PARA DECIDIR SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA MISMA, SE EXPIDE EN PASTO, A LOS OCHO (8) DIAS DEL MES DE ABRIL DE DOS MIL TRES (2003).

- Así las cosas concluye que la acción de tutela resulta improcedente por existir otro mecanismo de defensa judicial y por tanto resuelve no Tutelar los derechos constitucionales fundamentales de ALONSO PUJIMUY, HIPÓLITO CHINDOY, ALBERTO JUAGIBIOY, ANDRES CHINDOY y PAMON PUJIMUY, por improcedentes, en razón a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, especialmente por estar en trámite una acción de nulidad del Decreto 028 del 1º de abril de 2002 ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional a través de esta Sala es competente para revisar las anteriores providencias, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Pretenden los demandantes que a través de este mecanismo se tutelen sus derechos fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso los que afirman se les han vulnerado con la expedición del Decreto 028 del 1º de abril de 2002, mediante el cual la administración municipal revocó el Decreto 025 del 26 de marzo de 2002, y “avala la totalidad del traslado colectivo de los miembros de la comunidad indígena Camentsas Biya (sic) de las diferentes EPS a la EPS I AIC efectuado entre el 1º de octubre y el 31 de diciembre de 2001”

De conformidad con los precedentes anteriores, debe determinar la Corte: i) Si la acción de tutela impetrada procede contra un acto administrativo como es el Decreto 028 de 2002 que

se cuestiona; ii) Si a los actores, con la expedición de éste decreto realmente se les han vulnerado los derechos fundamentales que aducen como violados y en especial el del debido proceso; iii) Si además, se les ha causado un perjuicio irremediable que amerite la acción de tutela, así sea como mecanismo transitorio por estar en presencia de una vía de hecho.

3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS.

3.1 Reconocimiento Constitucional y legal a la diversidad étnica. Respeto a la autonomía indígena.

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades¹ se ha referido al respeto a la autonomía de los indígenas como un claro reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana establecida en la Constitución Política de 1991.

Es así como en la Sentencia SU-383 de 2003,² se precisó al respecto lo siguiente:

“Ahora bien, el avance del derecho de los pueblos indígenas y tribales al reconocimiento dentro de la comunidad internacional, sin lugar a dudas, constituye un antecedente de la definición de Colombia como un Estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, y del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana –artículos 1° y 7° C.P.-; disposiciones que han sido entendidas por la jurisprudencia constitucional como “principios fundamentales que representan un obligado marco de referencia en la interpretación de las normas constitucionales”³.

Es más, el ordenamiento constitucional abre a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, i) en cuanto prevé que aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional, ii) en razón de que dispone que la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes⁴, iii) debido a que erige los territorios indígenas como entidades territoriales, que estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y iv) porque el gobierno debe propiciar la participación de los representantes de estas comunidades en las decisiones atinentes a la explotación de sus recursos naturales, con el

objeto de éstas se adelanten sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas.” (negrilla adicionada)

Y en la Sentencia T-634/99 se dijo sobre el tema:

“Este derecho de los indígenas a participar en aspectos que tiene que ver con su población y su territorio se liga al derecho a la identidad como etnia porque tiene relación con la supervivencia cultural, y encuentra su fundamento en las normas de la Constitución antes citadas y en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9° de la Carta Política y en el artículo 1° del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. Y específicamente está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991, Convenio que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano (art. 93 C.P.). El Convenio en su parte inintrodutoria hace entre otras estas referencias:

“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos (indígenas) a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; (..).”

Lo expresado anteriormente, está en consonancia no solo con el reconocimiento que de la diversidad étnica y cultural hace la Constitución Política (CP art. 7), sino además en el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestro Estado, que encuentra su fundamento en la coexistencia dentro de nuestro país de diversas agrupaciones humanas con diferentes sentimientos, culturas, mitos e imaginario colectivo, etc., que deben respetarse, de ahí que constitucionalmente se reconocen como principios sumamente importantes al pluralismo (art. 1° C.P.), y a la diversidad étnica y cultural “de la Nación colombiana”, (art. 7 C.P.), y como derechos sociales, económicos y culturales, “los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica” (art. 72 C.P.).⁵

Acorde con la definición anterior, esta Corporación en la sentencia T-254-946 señaló que “Los cabildos indígenas son entidades públicas especiales encargadas de representar legalmente a sus grupos y ejercer las funciones que les atribuyen la ley, sus usos y costumbres (D. 2001 de 1988, art. 2o.) y que las acciones o demandas dirigidas contra el grupo o comunidad indígena pueden válidamente ser dirigidas contra su representante legal.”

Ello esta en armonía con lo dispuesto en el artículo 330 Superior, que establece que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades” y con lo señalado por el artículo 287 de la Constitución Política que ordena que “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley” y en tal virtud tienen derecho a gobernarse por sus propias autoridades.

Así las cosas, se puede afirmar entonces que las comunidades indígenas son organizaciones que por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran, hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer un control social de acuerdo con sus características propias, que los diferencia de otros conglomerados sociales.

1

3.2 Límite a la autonomía indígena.

Siguiendo los lineamientos establecidos por el derecho internacional⁸ y por la Constitución Política, esta Corporación⁹ ha precisado en relación con la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, que la misma está supeditada a la condición de que éstos y aquéllas no sean contrarios a la Constitución y a la ley.

Es así como en la Sentencia SU- 383 de 2003¹⁰, se afirmó:

“Asimismo, en el ámbito del derecho de los pueblos indígenas al mantenimiento de su integridad, el artículo 246 de la Carta Política dispone que las autoridades de estos pueblos podrán ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la república, en el entendido que la expresión constitucional no puede referirse “a todas las normas constitucionales y legales, de lo contrario el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico.”¹¹

3.3 Derecho de las comunidades indígenas a la atención básica en materia de salud y a un trato especial acorde con su realidad cultural.

Tal como lo señaló esta Corporación en la Sentencia C-088-01,¹² el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, justifica que se dicten disposiciones especiales dirigidas a las comunidades indígenas en materia de salud.

En efecto, cuando esta Corporación analizó el proyecto de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud” el cual a la postre se convirtió en la Ley 691 de 2001, se refirió de manera particular al contenido del artículo 17 que precisamente versa sobre el traslado colectivo de las comunidades indígenas de EPS declarándolo exequible.¹³

Para finalizar este punto y dado que la tutela en referencia versa sobre la aplicación del artículo 17 de la Ley 691 de 2001, ha de recordarse lo que dice su texto:

“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 conducta manifiesta orientada a distorsionar la voluntad de la comunidad, para la afiliación o el traslado de que trata el presente artículo, invalidará el contrato respectivo y en este evento se contará con 45 días hábiles para el traslado.” (negrilla y subrayado adicionado)

De esta manera resulta claro que para el caso del traslado colectivo de una comunidad indígena a otra Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, debe darse aplicación a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 691 de 2001.¹⁴

4. La acción de tutela contra actos administrativos. Existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Constitución Política de 1991 estableció la acción de tutela como un mecanismo para proteger los derechos fundamentales de las personas cuando se encuentren amenazados o sean vulnerados por parte de una autoridad pública o de un particular, pero solo bajo ciertos supuestos legales, esto es cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando,

existiendo éste, se busque para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior es comprensible, si se tiene en cuenta que dentro de un Estado Social de Derecho, existe todo un sistema de acciones, recursos y procedimientos, que pueden interponer ante diferentes autoridades con el fin que se garanticen la eficacia de los derechos constitucionales.

Es claro entonces, que en principio no corresponde al juez de tutela, por carecer de jurisdicción y competencia, declarar la nulidad de los actos administrativos, ni decretar su suspensión provisional. Recuérdese como en el artículo 237 de la Constitución Política se dispone que corresponde al Consejo de Estado desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y en el artículo 238 Superior, se establece que “la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

Tomado en consideración lo anterior, esta Corporación al resolver sobre una demanda de tutela contra un acto administrativo manifestó en la Sentencia T-267 de 2002, lo siguiente:

“Por lo tanto, a juicio de la Sala de Revisión, la controversia que ahora se plantea escapa por completo a la acción de tutela, pues, es la ley la que dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas (art. 82 C.C.A.), a su vez, el artículo 83 ejusdem dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos. Siendo ello así, el juez constitucional no puede usurpar ni invadir las competencias jurisdiccionales que han sido conferidas a otras instancias judiciales, de suerte, que cuando la ley ofrece un mecanismo especial idóneo para restablecer el derecho que se considera vulnerado, se debe acudir a él a fin de preservar el orden jurídico y la especialidad de la jurisdicción, pero sobre todo, el debido proceso.

Y en la Sentencia T-468/99, expresó:

“De las precedentes consideraciones se infiere que, ante acciones instauradas respecto de actos administrativos, el juez de tutela no puede asumir la facultad que le confiere la norma mencionada como una autorización de la ley para sustituir al Contencioso Administrativo en

la definición sobre la validez de aquellos, ni suponer que podría suspenderlos provisionalmente pues ello representaría invadir el ámbito constitucional de dicha jurisdicción. De allí los precisos términos usados por el legislador para definir el objeto al que ha de circunscribirse la orden judicial para el evento en que prospere la solicitud de tutela transitoria". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-203 del 26 de mayo de 1993).

En ese orden de ideas, se considera entonces, que si con la expedición de un acto administrativo resultare vulnerado algún derecho fundamental, excepcionalmente procedería la tutela, mientras la justicia ordinaria profiere fallo definitivo, siempre y cuando se acredite el perjuicio irremediable y se compruebe una vía de hecho en la actuación del funcionario público que expidió el acto administrativo acusado.

En tal caso, el amparo consistiría en la inaplicación del acto a la circunstancia concreta con base en lo expuesto y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

En armonía con lo anterior, la Sala deberá analizar si como se expresó antes, a los actores efectivamente se les vulneraron los derechos fundamentales que aducen como violados, en particular el derecho al debido proceso y si, igualmente se presenta un perjuicio irremediable frente al cual, la acción de tutela podría actuar como mecanismo transitorio de protección por encontrarse configurada una vía de hecho.

Igualmente se referirá a las consecuencias jurídicas que sobre el acto administrativo acusado tuvo el Decreto 59A de 2002, mediante el cual la Administración Municipal se abstuvo de dar aplicación al Decreto 028 de 2002 acusado.

5. El debido proceso administrativo y el perjuicio irremediable.

El artículo 29 Superior, señala que el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir que obliga no solamente a los jueces sino también a las autoridades administrativas y por lo tanto sus actuaciones deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a la propia Constitución Política.

Con ello se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de

la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios ni contrarios a los principios del Estado Social de Derecho. Ello en virtud de que “toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.”¹⁵

Sobre el debido proceso administrativo la Corte se ha pronunciado en reiteradas oportunidades¹⁶ y ha precisado que su aplicación se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que dicho principio cubre todas las manifestaciones atinentes a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares y a los procesos que adelanta la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.

En efecto esta Corporación en la Sentencia T-1341 de 2001,¹⁷ realizó una breve descripción del alcance del derecho al debido proceso administrativo dentro del marco constitucional vigente al señalar al respecto lo siguiente:

“Como se ha afirmado en anteriores pronunciamientos de esta Corporación, el derecho fundamental al debido proceso, en los términos que establece el artículo 29 de la Carta Política, “comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales¹⁸”.¹⁹

La aplicación del derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituye un desarrollo del fundamento filosófico del Estado de derecho²⁰. Por virtud de ello, toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.

La Corte, por tal razón, ha dicho que dentro del campo de las actuaciones administrativas “el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico”.²¹ Efectivamente, las actuaciones de la Administración son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. El poder de actuación y decisión con que ella cuenta no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial; de no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con una decisión no ajustada a derecho.

Ahora bien, en lo que atañe al perjuicio irremediable, la Sala considera oportuno recordar, que éste se presenta como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, cuando con su conducta ilegítima se vulneran o amenazan derechos fundamentales causando un grave e inminente daño.

Entonces por perjuicio irremediable debe entenderse el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones ostensiblemente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido resulta irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.

Esta Corporación en la Sentencia T-343/01 señaló en relación con lo que debe entenderse por perjuicio irremediable:

“..... perjuicio irremediable es aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.

Igualmente en la T-789 de 2000,²³ se refirió al tema indicando, lo siguiente:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia

concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. ...”

(...)

“De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.” 24

De lo anotado se puede concluir, que la acción de tutela contra actos administrativos como el Decreto 028 de 2002, solo es procedente ante la vulneración de derechos fundamentales y ante la configuración de un perjuicio irremediable, pues dada la naturaleza residual de la acción de tutela, esta solo es procedente ante la inexistencia de otro mecanismo judicial idóneo de protección de los derechos fundamentales de los actores.

Ahora bien en relación con el particular caso de acciones instauradas contra actos administrativos, debe agregarse además, que el juez de tutela no puede entrar a sustituir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la decisión sobre la validez de dichos actos, ni suspenderlos provisionalmente, pues ello implicaría invadir el ámbito constitucional de dicha jurisdicción.

Como se indicó anteriormente, solo excepcionalmente y ante la comprobación de la vulneración de algún derecho fundamental, se impondría el otorgamiento de la protección judicial, temporal, mientras la administración de justicia competente profiere fallo de mérito, pero para la aplicación de esta norma se exige la existencia de un perjuicio irremediable, entendido éste, como el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido es

irreversible y por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.

Por último recuérdese además, que la tutela procede contra toda clase de actuaciones administrativas como judiciales cuando se esta en presencia de una vía de hecho, pero para que ello suceda, debe estar plenamente acreditado un defecto, fáctico, orgánico, sustancial o procedimental.

En relación con la vía de hecho, la Corte expresó en la Sentencia T-01 de 1999, lo siguiente:

“La vía de hecho -excepcional, como se ha dicho- no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo. Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la vía de hecho, sino una vía de Derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad. Esta, así como el contenido y alcances de la sentencia proferida con ese apoyo, deben ser escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece y no, por regla general, a través de la acción de tutela”²⁵ (Subraya fuera de texto).

6. ANALISIS DEL CASO CONCRETO

De antemano hay que aclarar, que lo que solicitan los actores es que se amparen sus derechos fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, los cuáles consideran vulnerados con la expedición del Decreto 028 de 2002, mediante el cual, el Alcalde Municipal de Sibundoy, avaló la decisión de traslado de la comunidad indígena a la Entidad Promotora de Salud denominada Asociación Indígena del Cauca “AIC” y no propiamente el acto por medio del cual la Comunidad Indígena Camëntsá decidió en asamblea dicho traslado, bajo esta perspectiva ha de realizarse el correspondiente análisis.

- Igualmente debe señalarse que según lo acreditado en el expediente, la Alcaldía de Sibundoy se abstuvo de dar aplicación al Decreto 028 de 2002 mediante el Decreto 59A de 2002. El texto del mencionado acto administrativo es el siguiente:

“REPUBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO

MUNICIPIO DE SIBUNDOY

DECRETO No. 59A

De Agosto 15 de 2002

EL SUSCRITO ALCALDE MUNICIPAL DE SIBUNDOY (P). EN USO DE SUS FACULTADES CONSTITUCIONALES y LEGALES, Y

CONSIDERANDO

1 Que la Administración Municipal de Sibundoy mediante Decreto No 028 de 1º de abril de 2001, se revocó (sic) en su integridad el decreto 025 de Marzo 26 de 2002, por medio del cual la Administración Municipal, se abstenía de avalar en su totalidad el traslado conjunto que hicieron las autoridades tradicionales de la Comunidad Indígena Kamentsa de las diferentes EPS y ARS a la Asociación Indígena del Cauca AIC, en el lapso comprendido entre el 1º de Octubre y el 31 de Diciembre de 2001.

2 Que mediante sentencia de tutela de 8 de julio de 2002, del Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy, confirmada (sic) sentencia de Tutela de Agosto 13 del mismo año por el Juzgado Promiscuo del circuito de Sibundoy, se ordena a la Administración Municipal: "... abstenerse de dar aplicación al Decreto 028 del 1º de abril de 2002, mediante el cual derogó el Decreto 025 del 26 de Marzo de este mismo año, en su defecto, de aplicación y cabal cumplimiento al último de los Decretos, mediante el cual ese Despacho no avaló el traslado colectivo de la totalidad de los miembros de la Comunidad Indígena perteneciente al Cabildo Indígena Kamentsa de Sibundoy ..."

3 Que hasta la presente fecha la EPS- AIC, Viene prestando el servicio, en los términos establecidos en el Decreto 028 de Abril 1º de 2002, siendo necesarios pagar los servicios prestados, y, que además es necesario pagar a las EPS, los servicios que entren a prestar en los términos de la Acción de Tutela a la que se dá cumplimiento.

1 Abstenerse de dar aplicación al Decreto 028 del 1º de Abril de 2002, mediante el cual se derogó el Decreto 025 de 26 de Marzo de este mismo año.

2 Dar aplicación y cabal cumplimiento al Decreto 025 de 25 de Marzo de 2002, mediante el cual la Administración no avaló el traslado colectivo de la totalidad de los miembros de la Comunidad Indígena pertenecientes al Cabildo Indígena Kamentsa de Sibundoy.

3 Condicionar la aplicación del Decreto 025 de 26 de Marzo de 2002, a las prescripciones establecidas por el acuerdo No. 77 de 1997, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en cuanto hace relación a la Movilidad y traslado individual por parte de los afiliados al Régimen subsidiado en Salud.

4 Aplicar los contratos de aseguramiento existentes en el Régimen subsidiado, suscritos entre en Municipio de Sibundoy y las diferentes EPS y ARS, a partir de la presente fecha.

5 Notificar personalmente la presente decisión a los señores ALONSO PUJIMUY, HIPÓLITO CHINDOY, ALBERTO JUAGIVIOY, ANDRES CHINDOY Y RAMON PUJIMUY. Al efecto se enviarán las correspondientes citaciones, de no comparecer a notificarse personalmente en el término legal, la notificación se hará por cartelera.

6 Advertir que contra el presente decreto no procede recurso alguno.”

Del contenido del acto administrativo en mención se puede deducir, que al menos hasta el momento en que se dictó sentencia por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy el pasado 8 de abril, no se estaba dando cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 028 de 2002 con fundamento en lo resuelto en el Decreto 59A de 2002 y en tal medida el acto administrativo acusado no estaba produciendo efectos jurídicos y por lo tanto, no aparece acreditado el perjuicio irremediable que alegan los demandantes.

No obstante lo anterior considera la Sala, que por tratarse de una decisión administrativa que puede tener carácter transitorio, dado que fue dictada con fundamento en las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, es necesario que la Corte analice la problemática planteada en conjunto frente al Decreto 028 de 2002.

Con fundamento en los anteriores consideraciones entra la Sala a estudiar el caso sometido a análisis:

- Lo primero que debe señalarse en relación con la vinculación de la población al SISBEN, es que si bien es cierto en el artículo 6º del Acuerdo 077 de 1997 se dispone que la

administración del SISBEN estará a cargo del Alcalde del respectivo municipio, ha de tenerse en cuenta que existen diferencias sustanciales en la forma como se vincula la población en general y la de algunos grupos especiales, como los indígenas.

- En efecto, en tanto en el artículo 3º acuerdo 077 de 1997 “Por medio del cual se define la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud” se establece que la identificación de los potenciales beneficiarios del régimen subsidiado se hará en todos los municipios del país mediante la “aplicación” del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), para el caso de las comunidades Indígenas estas “no están obligadas a aplicar” el SISBEN (art. 4º acuerdo 077 de 1997).

- Ahora bien, en lo relativo al traslado de EPS de los indígenas pertenecientes al régimen subsidiado cabe señalar que antes de expedirse la Ley 691 de 2001, se daba cumplimiento al artículo 4º del acuerdo 077 de 1997 que establecía que el Gobernador del Cabildo debía entregar al Alcalde del municipio un listado censal con el nombre, fecha de nacimiento, número de identificación, parentesco, sexo y discapacidad si la presenta, de las personas pertenecientes a su comunidad que deben ser beneficiarias del Régimen Subsidiado.

Para tal decisión, se tomaba en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 ibidem, que señalaba en relación con la libre escogencia de Administradora del Régimen Subsidiado, lo siguiente:

“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.” (negrilla y subrayado adicionada)

La norma en comento preveía el derecho individual de los indígenas para el traslado. Así las cosas, independientemente de que una comunidad en pleno se trasladara, el INDIVIDUO como tal podía decidir si se trasladaba o no.

Pero ante los inconvenientes que con frecuencia se presentaban en relación con la afiliación a diferentes ARS de personas de una misma familia étnica, de un mismo cabildo, de un mismo resguardo y hasta de un mismo núcleo familiar, se consideró oportuno establecer en el artículo 17 de la Ley 691/01 que “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.”

Con dicha norma se acoge una modalidad de traslado colectivo al amparo de la concepción de “UNIDAD ETNICA”, pues los indígenas como sujetos colectivos que son, están sometidos a las decisiones que se adopten dentro de su comunidad por parte de las autoridades tradicionales y de la comunidad presente en la asamblea.

De esta manera el reconocimiento de la existencia de una comunidad indígena con sus propias autoridades, normas y procedimientos por parte de los juzgadores de tutela, exige dar un tratamiento jurídico a la situación planteada desde esa perspectiva, pues ha de tenerse en cuenta que el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos.²⁶

Además se estima, que si se analiza lo dispuesto en el Decreto 028 de 2002 expedido por la Alcaldía de Sibundoy, de su contenido no se deduce que necesariamente pueda derivarse un perjuicio irremediable a los tutelantes por las siguientes razones:

- El acto administrativo acusado se dictó por el Alcalde en ejercicio de su competencia.
- Igualmente, se observa que si bien en el artículo 1° del Decreto 028 de 2002, se avala el traslado colectivo de la totalidad de la comunidad Camëntsá, en el artículo 3° se previó la posibilidad de que “en todo caso, se respetará el derecho del afiliado indígena a revocar su

voluntad de traslado, siempre que dentro de los 45 días calendarios siguientes al recibo del carné, acredite debidamente, por cualquier medio, ante la dirección local de salud, que el traslado que se revoca obedeció a hechos que hubieran eliminado o limitado de manera grave su libertad de escogencia.”

- Lo establecido en el artículo 3º del Decreto 028 de 2002, está en armonía con lo dispuesto en el artículo 14º del Acuerdo 77/97 que establece que el proceso de desafiliación y traslado de administradora debe llevarse a cabo después de seis (6) meses de iniciado el contrato de aseguramiento y hasta noventa (90) días antes de finalizar el período de afiliación - 1º de octubre hasta 31 de diciembre y añade que “para quienes se trasladen en ese período de tiempo, existirá un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir del inicio del período de afiliación siguiente para solicitar la revocatoria del traslado con la acreditación de los hechos o circunstancias que hayan eliminado o distorsionado su manifestación de la libre escogencia de ARS”

- Lo anterior no riñe con lo dispuesto en el segundo aparte del artículo 17 de la Ley 691 de 2001 según lo cual: “cualquier hecho conducta manifiesta (sic) 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”.

En ese orden de ideas se considera, que el acto administrativo cuestionado no es arbitrario ni contrario al derecho, pues para su expedición se tuvo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 77 de 1997 y en la Ley 691 de 2001 que prevén un mecanismo expedito para corregir las presuntas irregularidades que pudieran presentarse sin dilaciones.

Así mismo, se estima que el acto administrativo expedido por el Alcalde fue motivado en los términos que exige el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.²⁷

Además de la documentación allegada por el Cabildo de Camëntsá a este despacho, se tiene información de que:

“cuando la Alcaldía de Sibundoy expide el Decreto 028, la Secretaria de Salud Municipal en primera instancia oficializa y acepta el traslado de 3817 afiliados a la AIC, luego se excluye a las personas que presentaron quejas en la Personería Municipal; a la vez realiza una

depuración de algunos cupos por no haber cumplido el tiempo de afiliación y pertenecer al Régimen Contributivo, así se establece una base de datos de 3.216 beneficiarios. Se comienzan los 45 días de revocatoria sobre esta base de datos, (01 de abril a mayo 15 de 2002 según el acuerdo 77), para un resultado final de 2.630 afiliados que voluntariamente quieren pertenecer a la E.P.S.I. A.I.C. (negrilla adicionada)

De lo anteriormente expuesto, resulta claro que los miembros de la comunidad que no estuvieron de acuerdo con el traslado a la EPS "AIC", tuvieron la oportunidad de solicitar la revocatoria del traslado, por lo que se considera que no se está en presencia de un perjuicio irremediable.

Así mismo, tampoco está probado que se hubiese ordenado exclusión del censo a quienes manifiestan la oposición al traslado colectivo a la EPS-I AIC del Cauca.

Además, para el caso en concreto la Alcaldía sólo está habilitada por la ley, para llevar el registro de las decisiones que esas comunidades adopten.

Recuérdese sobre el particular, lo indicado por la Dirección de Aseguramiento del Ministerio de Salud mediante oficio del día 5 de abril del 2002, donde señala en relación con los traslados colectivos de las comunidades indígenas lo siguiente:

"Por lo tanto, recibidas por las primeras autoridades municipales, las actas de afiliación o traslado colectivo suscritas por las autoridades tradicionales, los municipios deben proceder a cruzar los listados de los afiliados de la ARS en la que se encuentran con 1a información que reportan las actas de traslado colectivo, informando a las ARS del retiro de la comunidad, y entregar a la ARS seleccionada la base de datos de afiliados comunicándole que la misma hará parte del contrato a suscribir para el período de contratación correspondiente." (negrilla y subrayado adicionado)

Y lo dispuesto en relación con los Contratos de Aseguramiento por el artículo 29 del Acuerdo 077 de 1997 que a su tenor establece:

"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 regirán 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.”

Por último debe tenerse en cuenta, que como se indicó anteriormente e igualmente se señaló por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy en su fallo del 8 de abril de 2003, hasta la fecha de la expedición de la mencionada providencia se encontraba vigente el Decreto 59A de 2002 mediante el cual la Alcaldía de Sibundoy se abstuvo de dar aplicación al Decrto 028 del 2002 acusado, que era precisamente lo que los actores perseguían.

En armonía con lo indicado, la Sala considera que en el caso concreto, tampoco procede la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, porque no se dan los presupuestos que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación son necesarios para que se configurara dicho perjuicio y por que además no aparece probada la existencia de una vía de hecho, pues no está acreditado un defecto, fáctico, orgánico, sustancial o procedimental en la actuación administrativa.

En tal virtud, se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy, pero por las razones expuestas en esta providencia.

III. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR, el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy de fecha el 8 de abril de 2003, mediante el cual se denegó la tutela impetrada por Alonso Pujimuy y Otros contra la Alcaldía Municipal de Sibundoy y contra el Cabildo Indígena Camëntsá de Sibundoy, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Líbrese por la Secretaría General de esta Corporación la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JIAME ARAUJO RENETRIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver entre otras las Sentencias T-606/01, T-634//99, SU- 039 de 1997, T -254/94, T-380/93.

2 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

3 Sentencia T-380 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Sentencia C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

5 Sentencia T-634 de 1999

6 Sobre el particular esta Corporación en la Sentencia T-254/94 dijo además:

“Las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación. Son una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al animus societatis propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se

pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad (D 2001 de 1988, art. 2o., Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, art. 1o. num. 2o.).”

1 Sentencia T-380 de 1993.

8 El Convenio 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante Ley 21 de 1991, al acoger el principio de diversidad étnica y constitucional, estableció:

“Artículo 8o.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

9 Ver entre otras las sentencias T-254/94, C-282/95.

10 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

11 Sentencia T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz

12 REF. OP. 039- Objeciones presidenciales al proyecto de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud.” M.P (E): Martha Victoria SÁCHICA Méndez

13 En el citado fallo la Corte señaló lo siguiente:

(..) “Con todo, tal como lo ha señalado esta Corporación¹³, 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. (..)

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

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

La Corte puso 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).”

Luego enfatizó, “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. (..) (negrilla y subrayado adicionado)

(..) REUELVE:

(..) Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 17 del proyecto de Ley 67/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el

sistema general de seguridad social en salud”.

14 En la Sentencia T-142/98 esta Corporación se refirió al cumplimiento de la ley así no se haya expedido el correspondiente decreto reglamentario: ..“No existe norma constitucional alguna que condicione la aplicación de la ley a su reglamentación. La ley, una vez se encuentre vigente, posee todos los atributos necesarios para ser aplicada y producir los consecuentes efectos jurídicos y, en consecuencia, vincular a sus destinatarios, sin necesidad de reglamento. Considerar, que éste condiciona la aplicación de aquélla equivaldría a conferirle al ejecutivo el poder, que no le asigna la Constitución, para determinar la aplicabilidad de la ley en el tiempo a su arbitrio, contrariando el numeral 10 del art. 189 de la Constitución que le asigna al Presidente la obligación, no sólo de promulgar las leyes, sino de obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento.

La función de reglamentar las leyes (art. 189-11 C.P.) sólo la ejerce el Presidente cuando exista la necesidad de la reglamentación, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes, que se requieran para su cumplida ejecución.

En tal virtud, no toda ley requiere de un reglamento para su aplicación, porque ella misma puede contener suficientes elementos normativos que hagan posible su ejecución”.

15 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1341 del 11 de diciembre de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

16 Ver las sentencias T-442 del 3 de julio de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez), T-020 del 10 de febrero de 1998 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-386 del 30 de julio de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-009 del 18 de enero de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-1013 del 10 de diciembre de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

17 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

18 Sentencia T-416/98.

19 Sentencia C-383 de 2000.

20 Vid. Sentencias T-120 de 1993, T-1739 de 2000 y T-165 de 2001.

21 Vid. Sentencia T-049 de 1993.

22 Sentencia T-442 de 1992.

23 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

24 Sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

25 Sentencia T-01 de 1999.

26 Sentencia T-01 de 1999.

27 En nuestro ordenamiento constitucional se consagra la motivación, como una expresión del principio de publicidad, establecido en el artículo 209 la Constitución de 1991 “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”.

Esta tesis de motivar el acto, es reciente en nuestro ordenamiento, ya que antes del Decreto 01 de 1984 art. 35 no existía una obligación general, por ello, la jurisprudencia contenciosa consideró que la decisión administrativa expresa debía estar fundamentada en la prueba o en informes disponibles y motivarse, al menos en forma sumaria, si afectaba a particulares. La justificación de esa decisión fue la aplicación por remisión (artículo 282 C.C.A.) del artículo 303 del C.P.C. que dispone que “las providencias serán motivadas a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite”.

Las Corte Constitucional ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos. En la sentencia C-371/99, se señaló la necesidad de motivar los actos administrativos como garantía de la vigencia del Estado de Derecho y como medio de defensa de los administrados al menos sumariamente:

“Solicita el actor que se declare la inexecutable parcial de los artículos 35 y 76 del Código Contencioso Administrativo adoptado por Decreto 01 de 1984, en cuanto consagran el requisito de motivar ciertos actos administrativos “al menos en forma sumaria”, ya que, según él lo entiende, lo allí dispuesto equivale a una autorización para que tales actos no sean motivados.

En primer lugar debe señalar la Corte que la motivación de los actos administrativos constituye valiosa garantía para los gobernados, quienes tienen derecho a conocer las razones en que se funda la administración cuando adopta las decisiones que afectan sus intereses generales o particulares.

Pero, además, la exigencia legal de motivación es un instrumento de control sobre los actos que la Administración expide, toda vez que relaciona el contenido de la determinación adoptada con las normas que facultan a la autoridad para obrar y con los hechos y circunstancias a las cuales ella ha aplicado la normatividad invocada.

Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

En el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo se alude a la obligación de motivar sus decisiones, "al menos en forma sumaria" si afecta a particulares.

Ello en razón de que la Administración, al decidir, no puede afectar a un particular con su acto sin expresar, siquiera sumariamente, cuáles son los motivos en los que se basa para hacerlo, dando así efectividad a la garantía de defensa y control que la motivación supone.