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

La Corte Constitucional desde sus inicios, y cumpliendo con las funciones encargadas por el Constituyente del 91, consistentes en la salvaguardia de la supremacía e integridad de la Constitución y en la revisión de los fallos de tutela proferidos por todos los Jueces de la República para amparar los derechos fundamentales de los individuos, ha creado líneas jurisprudenciales que protegen el derecho a la salud, visto ya no desde su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, ni como derecho fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, sino como derecho fundamental autónomo , que enmarca el "estado completo de bienestar físico, mental y social" que le permiten al individuo desarrollar las diferentes actividades propias de los seres humanos, y que propenden por su dignificación.

DERECHO A LA SALUD DE COMUNIDADES INDIGENAS-Contenido general

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

El enfoque diferencial del derecho a la salud otorga a las comunidades indígenas las siguientes prerrogativas: i) producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas, ii) organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control, iii) organizar y prestar los servicios de salud por los miembros de las comunidades indígenas conforme a sus convicciones y creencias y iv) intervenir en la planeación, administración y ejecución de los servicios de salud.

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

Se tiene que la realidad actual de las comunidades indígenas en Colombia, si bien no es la mejor, ha avanzado hacia el reconocimiento y respeto de las particularidades y autonomía en materia de salud de los miembros de dicha comunidad, pues estos gozan de un sistema integral de salud que garantiza el acceso gratuito a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, a través de servicios que deben ser prestados bajo la responsabilidad y control de la propia comunidad, teniendo en cuenta los métodos de

prevención, las prácticas curativas y los medicamentos tradicionales de dichos pueblos, también se les permite concretar la acción de salud que requieran, así como el traslado a la EPS que más les convenga.

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Regulación

El traslado de EPS: i) es un derecho de los afiliados, que les permite determinar cuáles de las Entidades Prestadoras de Salud se ocupará de la atención integral en salud que requieran; ii) para hacer efectivo el traslado, se debe cumplir con el requisito de permanencia mínima de 1 año en la EPS de la que se desea desvincular; iii) sin embargo el traslado puede hacerse en cualquier momento, cuando se demuestre el incumplimiento en la prestación de los servicios o la mala calidad de éstos y iv) "en el Régimen Subsidiado, las entidades territoriales serán responsables de garantizar a la población elegible o elegible priorizada, su derecho a la libre escogencia de EPS-S presentando un proceso transparente en el que se le den opciones a estos usuarios de elegir. Por tanto, en el régimen subsidiado las EPS-S no pueden imponer limitaciones al ejercicio del derecho de "libre escogencia" por fuera de los requisitos previstos en la citada normatividad"

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD INDIGENA-Constitución, organización y funcionamiento

La EPS-S debe estar habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud, debe estar facultada para operar en una región, debe estar debidamente inscrita en el municipio, y ante procesos de afiliación o traslado, si es elegida por la población elegible, tendrá la obligación de suscribir los contratos para el aseguramiento de la población y administración de recursos en el régimen subsidiado, so pena de no poder participar en ese municipio durante la vigencia, y perder la autorización en la región para la siguiente vigencia contractual. Para su funcionamiento, estas entidades deben acreditar a partir del 1o. de abril del 2003 un mínimo de 50.000 personas afiliadas, y para su permanencia en el sistema, deben garantizar a más tardar el 1° de abril de 2006 un número mínimo de 100.000 afiliados. Sin embargo, se les dio la posibilidad de operar con menos personas siempre y cuando acrediten los siguientes porcentajes de población indígena: 90% -25.000-40.000; 80%- 40.001-50.000; 70%- 50.001-75.000; 70%- 75.001- 100.000 o más. Así mismo, deben tener un capital social equivalente a 250 salarios mínimos por cada 5.000 afiliados. Además, las EPS-I deben atender las directrices y orientaciones que les impartan los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales

Indígenas, pues precisamente la finalidad de su creación es que los indígenas puedan contar con un sistema de salud respetuoso de sus creencias y forma de vida, que tenga en cuenta sus condiciones culturales y de salud, y que les garantice el respeto de las prácticas y usos de medicina tradicional; lo cual se logra con la creación de entidades en el área de la salud que permitan dichas prácticas y con la contratación que éstas hagan con las IPS públicas creadas por las autoridades de los pueblos indígenas

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD INDIGENA-Afiliación de los miembros de las comunidades indígenas en el régimen subsidiado

La Ley 691 de 2001 reconoce el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a vincularse a las EPS-I como afiliados del régimen subsidiado, excepto si se trata de personas que tengan un vínculo laboral, que sean servidores públicos o que gocen de pensión de jubilación, pues al tener capacidad económica, deben hacer parte del régimen contributivo. Para la identificación de las personas que tienen derecho a los subsidio del sistema integral de salud, el Acuerdo 415 de 2009 define que por regla general se hará aplicando la encuesta Sisbén; sin embargo, para las poblaciones especiales indígenas autoriza el uso de listados censales, los cuales deben ser elaborados por las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, que a su vez deben ser verificados por la autoridad municipal del lugar donde se asienta el resguardo de que se trate. Entonces, el censo es usado para acreditar la pertenencia a una determinada comunidad y, a su vez, para avalar el goce de los derechos que por mandato constitucional y legal les asisten a los miembros de los pueblos aborígenes. Ahora bien, cuando la población identificada como beneficiaria a través del listado censal no coincide con la población indígena certificada por el DANE, la normativa vigente dispone que la autoridad territorial y tradicional deben validar conjuntamente la información para efectos de llevar a cabo un registro individual en la base de datos de afiliación del régimen subsidiado. No obstante, la afiliación procede no sólo de manera individual, pues la ley también contempla la posibilidad de una afiliación colectiva de las comunidades indígenas a una EPS-I, cuando se presente al alcalde del municipio en donde se le autoriza operar, el acta de la asamblea comunitaria en la que se exprese la voluntad de afiliación a dicha EPS-I junto con el listado censal.

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE EPS INDIGENA-Vulneración por Alcaldía al negar traslado colectivo a EPS de miembros de comunidad indígena

DERECHO A LA CONCERTACION DE PUEBLOS INDIGENAS Y AL TRASLADO COLECTIVO A EPS DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS-Orden a Alcaldía proceda a autorizar el traslado de los miembros de la comunidad Indígena a EPS

Referencia: expediente T- 2846812

Acción de Tutela instauradas por Jesús Renán Rojas Carvajal, Gobernador del Cabildo Indígena de Intiyaku de Rosas, contra el Municipio de Rosas (Cauca)

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido el doce (12) de mayo de 2011, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, que confirmó la Sentencia de primera instancia proferida el diecisiete (17) de marzo de 2010 por el Juzgado Promiscuo Municipal Unidad de Rosas y la Sierra Cauca, quien declaró improcedente la acción de tutela incoada por Jesús Renán Rojas Carvajal, Gobernador del Cabildo Indígena de Intiyaku de Rosas, contra el Municipio de Rosas (Cauca).

1. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El peticionario Jesús Renán Rojas Carvajal, Gobernador del Cabildo Indígena de Intiyaku de

Rosas (Cauca), interpuso acción de tutela por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa y concertación de los pueblos indígenas, a la integridad étnica y cultural, al debido proceso y a la libre afiliación colectiva al sistema de salud, presuntamente vulnerados por la Alcaldía Municipal de Rosas (Cauca), según los hechos que a continuación son resumidos:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Manifiesta que la Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I se encuentra inscrita en el Municipio de Rosas (Cauca), según Resolución N° 000998 del nueve (09) de noviembre de 2005, firmada por el señor Francisco Rivera Rojas, en calidad de Alcalde Municipal de Rosas, para administrar los recursos del régimen subsidiado, aunque actualmente no tiene contrato de aseguramiento vigente con el Municipio.

1. Relata que mediante Resolución N° 490 del nueve (9) de julio de 2009, la Alcaldía Municipal de Rosas (Cauca) reconoció al cabildo Yanakona de Intiyaku, "conforme a los mandatos de uso y costumbre, la Ley 89 de 1890, la Constitución Política de 1991, el Convenio 169 de la OIT de 1989 y los principios de unidad, tierra, cultura y autonomía" (Cd.1, fl.25).

1. Expresa que los indígenas Yanakonas, reconocidos como pueblos indígenas originarios, toman y ejercen decisiones en forma colectiva y comunitaria sobre los problemas que los afectan.

1. Narra que en la misma fecha, el Cabildo Indígena Intiyaku radicó en la Alcaldía Municipal

de Rosas el acta de traslado colectivo en el que se expresa la decisión de afiliarse a AIC EPS-I. En atención al artículo 6 del Acuerdo 326 de 2006, “Por medio del cual se adoptan algunos lineamientos para la organización y funcionamiento del régimen subsidiado de los pueblo indígenas”, se anexó el listado censal de los afiliados que se trasladan.

1. Afirma que según información verbal del Secretario de Salud Municipal, el Dr. Rodrigo Díaz, la Alcaldía Municipal de Rosas pretende negar la solicitud de traslado colectivo hacía AIC EPS-I, bajo el argumento de que “la población indígena se encuentra sisbenizada y no está censada, que la EPS elegida no está operando en Rosas (Cauca) y que esta empresa tampoco había firmado el acta de apertura de los traslados con las demás EPS”.

1. Alega el accionante que la Administración Municipal de Rosas no expidió la resolución de aceptación, por lo cual la Alcaldía Municipal de ese municipio está desatendiendo la solicitud de afiliación colectiva presentada por el Cabildo de Intiyaku.

1. Manifiesta que la Alcaldía Municipal de Rosas, al no tramitar el traslado colectivo de la comunidad indígena de Intiyaku, les ocasiona un perjuicio irremediable, ya que las EPS indígenas son las únicas autorizadas por la ley para ofrecer un paquete de servicios especiales dentro del P.O.S.S. para sus afiliados indígenas, dentro de los cuales se encuentran programas alimentarios y de medicina tradicional, entre otros.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Promiscuo Municipal de Rosas (Cauca) corrió traslado de la misma al ente accionado, a fin de que ejerciera los derechos de defensa y contradicción.

El Alcalde del Municipio de Rosas (Cauca), como representante de la administración, contestó

la acción de tutela, oponiéndose a las pretensiones elevadas por la actora.

Sustenta su escrito de contestación en que no se puede realizar el traslado colectivo de EPS, toda vez que esta comunidad no está identificada como población aborigen, ni existe listado censal para el municipio de Rosas reconocido por el DANE en el que se diga que estas personas son indígenas.

Así mismo, señala que la Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I no se encuentra inscrita en el municipio de Rosas, ya que "el acto administrativo mediante el cual se creó (acto administrativo de noviembre nueve (09) de 2005) fue expedido mediante el Acuerdo 0300 de septiembre dieciséis (16) de 2005, el cual fue derogado por el artículo 96 del Acuerdo 415 del 2009".

También afirma que el Municipio no ha incurrido en violación del debido proceso, ya que precisamente en amparo de este derecho es que ha indicado al Gobernador del Cabildo el trámite que debe adelantar para el traslado.

De igual forma, expresa que la Alcaldía Municipal ha desarrollado todas las acciones necesarias para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, razón por la cual expidió en su momento la constancia de constitución y posesión del Cabildo en enero diecisiete (17) de 2009 y la Resolución N° 490 de julio nueve (09) del mismo año, por medio de las cuales se le reconoce su calidad de pueblo indígena, con el objeto de que adelantaran sus trámites ante el Ministerio del Interior, ya que éstos son necesarios para su reconocimiento ante el Gobierno Nacional y para que el DANE los certifique como población indígena, lo cual a su vez es ineludible para que la Administración Municipal les autorice el traslado requerido.

Finalmente, dice que la Alcaldía Municipal de Rosas ha indicado más de una vez al Gobernador del Cabildo, que el trámite que debe adelantar para el traslado de EPS debe ser individual, tal como lo indica el Subdirector de Promoción Social y Calidad de Vida del Departamento Nacional de Planeación.

1. DECISIONES DE INSTANCIA

1. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo del quince (15) de marzo de 2010, el Juzgado Promiscuo Municipal de Rosas (Cauca) declaró improcedente la acción impetrada, bajo el argumento de que el ente accionante no demostró que la Alcaldía Municipal de Rosas hubiera incurrido en vía de hecho. Además, indicó que el peticionario cuenta con otros mecanismos para atacar el acto ficto o presunto con el que se encuentra en desacuerdo.

Adicionalmente, manifestó que al contar la comunidad con cobertura en el servicio de salud, no existe amenaza de perjuicio irremediable que haga procedente el amparo deprecado.

1. Impugnación

El diecinueve (19) de abril de 2010, el Cabildo Indígena Intiyaku presentó recurso de impugnación en contra de la decisión de primera instancia, argumentando que la aseveración que hace el a quo en su providencia, referente a la ausencia de perjuicio irremediable porque la comunidad indígena tiene cobertura en el servicio de salud, es totalmente inaceptable, ya que no se tuvo en cuenta el trato diferencial establecido para estas comunidades por la normativa vigente, específicamente el contemplado en la Ley 691 de 2001.

Por último, manifestó que todas las personas que desean trasladarse a AIC EPS-I, han estado afiliadas por más de un año a la EPS anterior, cumpliendo con el requisito establecido en el Acuerdo 415 de 2009.

1. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, mediante providencia del doce (12) de mayo de 2010, confirmó el fallo impugnado, argumentando que no puede predicarse vía de hecho de la actuación de una autoridad administrativa, pues dichas causales están dirigidas específicamente a atacar el hecho de un juez.

Por otra parte, manifestó que mal hizo el accionante al solicitar que se aplicara el artículo 50 del Acuerdo 415 de 2009 frente a los eventos que le favorecían, como lo es, el hecho de que el ente accionado no había cumplido con el deber prescrito en el parágrafo de dicho artículo,

y a la vez, proponer que no se aplicara para los acontecimientos que no le favorecían, como lo es el tema de los requisitos fijados para el traslado de EPS de una comunidad indígena.

Frente a la libre elección en el Sistema de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que le asiste a las comunidades indígenas, resaltó que es una garantía que goza de una triple connotación, pues es a la vez principio rector del SGSSS, característica del mismo y un derecho para el afiliado, lo que configura correlativamente un mandato y deber de acatamiento, ya se trate del régimen contributivo o del régimen subsidiado. Sin embargo, sostuvo que deben cumplirse determinados requisitos, como los establecidos en el Acuerdo 415 de 2009 y en el Acuerdo 326 de 2005, los cuales en el presente caso no se presentaron.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron las siguientes pruebas relevantes:

1. Copia de la constancia expedida por el Alcalde Municipal de Rosas en enero de 2009, en la que consta que el Cabildo Indígena Inty-Yaco fue constituido y posesionado legalmente en el Municipio de Rosas.

1. Copia de la Resolución N°. 490 de nueve (09) de julio de 2009, mediante la cual se reconoce como miembro del Cabildo Mayor del Pueblo de Yanakonas, al Cabildo Indígena Yanakona de Intiyaku, organizado en el municipio de Rosas, departamento del Cauca.

1. Copia del Acta Nº 2 de la asamblea ordinaria del Cabildo Intiyaku de Rosas, adiada a quince (15) de febrero de 2009, radicada en la Alcaldía Municipal de Rosas el veintitrés (23) de febrero de 2010. En esta acta consta la discusión de la asamblea sobre la importancia de la elaboración de un censo indígena para continuar con el proceso de traslado de EPS.

1. Copia del acta adiada a veintitrés (23) de enero de 2010, por medio del cual la Comunidad Indígena del Cabildo Yanakona Intiyaku, asentada en el municipio de Rosas, decide afiliarse colectivamente a la Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I, administradora de recursos del régimen subsidiado de salud para comunidades indígenas.

2. Copia del oficio adiado el veintidós (22) de febrero de 2010, suscrito por Jesús Renán Rojas Carvajal, representante del Cabildo Indígena Intiyaku, dirigido al Alcalde Municipal de Rosas, mediante el cual se solicitó el traslado colectivo de la Comunidad Indígena Intiyaku.

1. Copia del oficio de fecha doce (12) de febrero de 2010, por medio del cual la Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I le solicitó al Alcalde del Municipio de Rosas la inclusión dentro del grupo de EPS del régimen subsidiado que están autorizadas para participar en el proceso de traslado al que tienen derecho los beneficiarios de dicho régimen.

1. Copia de la Resolución Nº 000998 del nueve (09) de noviembre de 2005, expedida por la Alcaldía de Rosas Cauca, por la cual se inscribió a la Empresa Promotora de Salud- Asociación Indígena del Cauca- AIC- EPS I para administrar recursos del régimen subsidiado en el municipio de Rosas, Cauca.

1. Copia del certificado expedido por el DANE el ocho (08) de julio de 2009, en el que contabiliza la población del municipio de Rosas y no hace alusión a la existencia de población indígena en el territorio.

1. Copia de la circular expedida por la Secretaria Departamental de Salud del Cauca, en la que se establece el procedimiento de traslado de EPS del régimen subsidiado, durante los meses de enero y febrero de 2010.

1. Copia de la respuesta del Subdirector de Promoción Social y Calidad de Vida del Departamento Nacional de Planeación, de diecinueve (19) de febrero de 2010, en la que informa al Administrador Municipal del Sisben, el procedimiento a seguir para exclusión de la base de datos del Sisben.

1. Copia de la respuesta de la Coordinadora del Grupo de Calidad de Vida e Impacto de los Programas Sociales del Departamento Nacional de Planeación, de diciembre doce (12) de 2007, en la que manifiesta que en la "guía para el uso y administración del Sisbén", documento publicado por el DNP en octubre de 2007, se aclara que "esta población es identificada mediante listado censal realizado por el Resguardo y/o Cabildo respectivo, el cual es informado a la administración Municipal y/o Distrital", por tanto, "si la población indígena hace parte de un resguardo y/o cabildo puede ser beneficiaria de los subsidios del Estado a través de los listados censales, sin que sea necesario estar en la base de datos del Sisbén".

1. Respuesta al oficio Nº 0276 de veinticuatro (24) de marzo de 2010, en el que la Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I manifestó que se encuentra inscrita en el municipio de Rosas del Cauca desde el 2005 para administrar los recursos del régimen subsidiado, pero que no tiene contrato de aseguramiento vigente con el Municipio, por lo que no tiene sede ahí; sin embargo, precisó que la sede se abrirá cuando la Administración de Rosas acepte el traslado masivo de la comunidad Intiyaku a dicha EPS.

Mediante Auto del veintiuno (21) de febrero de 2011, el despacho del Magistrado Ponente, dados los hechos y pretensiones referidos por el accionante, consideró necesario lo siguiente:

1. Poner en conocimiento a la Asociación Indígena del Cauca EPS-I la solicitud de tutela, sus anexos y los fallos de instancia, para que expresara lo que considerara necesario.

1. Poner en conocimiento del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la solicitud de tutela, para que informara a este despacho cómo fue el proceso de adopción del Acuerdo 415 de 2009 y si la norma fue objeto de consulta previa.

1. Ordenar al Ministerio de la Protección Social oficiar respuesta a las siguientes preguntas: a) ¿los miembros del cabildo indígena de Intiyaku se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en salud?, b) si la respuesta es afirmativa ¿a qué régimen pertenecen?, c) ¿a qué entidad administradora se encuentran afiliados?, y d) ¿cuánto tiempo ha transcurrido desde su afiliación a tal entidad?.

1. Ordenar al Ministerio del Interior y de Justicia oficiar respuesta a las siguientes preguntas: a) ¿el Gobierno Nacional tiene conocimiento de la existencia del cabildo indígena de Intiyaku de Rosas?, b) de ser afirmativa la respuesta ¿se encuentran inscritos en la Dirección de Etnias del Ministerio?, c) en caso de no serlo, ¿cual es el procedimiento a seguir para obtener el reconocimiento o si se encuentra en trámite una solicitud de reconocimiento?.

1. Comisionar al Juzgado Promiscuo Municipal Unidad Judicial Rosas La Sierra – Cauca para que practicara una diligencia de interrogatorio al señor Jesús Renán Rojas Carvajal sobre los hechos de la acción de tutela y, en particular, para que respondiera las siguientes preguntas: a) ¿a qué entidad administradora se encuentran afiliados actualmente los miembros del cabildo indígena de Intiyaku de Rosas?, b) ¿cuánto tiempo ha transcurrido desde su vinculación a tal entidad?, c) ¿es la lista que consta en el expediente, cuaderno 1, folio 21-24, la lista censal de la comunidad? Para el efecto se adjuntó dicha lista, y d) ¿por qué razones la comunidad desea trasladarse a la Asociación Indígena del Cauca EPS-I?

1. Ordenar a la Alcaldía Municipal de Rosas (Cauca) oficiar respuestas a los siguientes interrogantes y los documentos que las fundamenten: a) ¿cuáles son las EPS-I que actualmente se encuentran vinculadas al Municipio?, b) ¿en qué estado se encuentra la depuración de la base de datos de la última encuesta Sisbén practicada en su jurisdicción?, c) ¿en qué nivel del Sisbén se encuentran clasificados los miembros del cabildo indígena Intiyaku?

1. Oficiar al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) para que remitiera respuestas a los siguientes interrogantes: a) ¿cuáles son las principales características de la comunidad indígena de Intiyaku?, b) ¿cuál es la forma de gobierno en el cabildo indígena de Intiyaku? Y c) ¿en qué lugar se encuentra asentada la comunidad indígena de Intiyaku?

1. Poner en conocimiento de las siguientes instituciones, la solicitud de tutela referenciada en los antecedentes, sus anexos, y los fallos de instancia, para que emitieran un concepto técnico sobre los problemas jurídicos que plantea el proceso bajo revisión:

1. Universidad Nacional de Colombia. Facultades de Derecho y Antropología.

1. Universidad del Rosario. Facultades de Derecho y Antropología.

1. Universidad de Los Andes. Facultades de Derecho y Antropología.

1. Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).

1. Suspender los términos para fallar el presente proceso, de manera que sólo vuelvan a correr cuando se haya verificado el cumplimiento de las actuaciones previamente ordenadas y se hayan evaluado las pruebas solicitadas.

1. PRUEBAS Y RESPUESTAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. El diez (10) de marzo de 2011, el representante legal de la Asociación Indígena del Cauca, AIC EPS-I allegó respuesta a la solicitud hecha por el despacho.

Manifestó que los argumentos expuestos por la accionada no tienen sustento normativo ni probatorio y, por el contrario, existen documentos que demuestran que el traslado colectivo solicitado por el Cabildo Indígena se ajusta a los requisitos de los artículos 34 y 35 del Acuerdo 415 de 2009.

De la misma manera, resaltó que la Administración Municipal reconoció la existencia del Cabildo Indígena Intiyaku al expedir la Resolución 490 del nueve (09) de julio de 2009, lo que demuestra que la entidad acudió a un argumento superfluo y carente de la fuerza normativa necesaria para desplazar el listado censal y dio prevalencia a la ficha del Sisbén para negar mediante el silencio administrativo negativo el traslado colectivo reconocido a los pueblos indígenas.

Adicionó que la Administración Municipal tiene la obligación de aceptar el traslado colectivo como lo ordena el artículo 6 del Acuerdo 326 de 2005 y adelantar los trámites administrativos para reemplazar la ficha Sisbén por el listado censal.

En cuanto a la decisión de primera instancia, expresó que con el fin de contribuir a la defensa de los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Intiyaku, se debe destacar que efectivamente el acto administrativo ficto o presunto es la causa eficiente de la afectación de los derechos a la diversidad étnica y cultural, consulta y concertación y debido proceso de la Comunidad, en la medida en que los artículos 17 de la Ley 691 de 2001 y 6 del Acuerdo 326 de 2005 consagran a favor de los pueblos originarios el derecho a escoger en asamblea general la EPS del régimen subsidiado que brindará los servicios de salud de acuerdo a sus particularidades étnicas y culturales.

Frente a lo manifestado por el juez de segunda instancia, expresó la necesidad de diferenciar el tema de autorización para afiliar y el de tener un contrato vigente. Al respecto, señaló que la Administración Municipal expidió la Resolución Nº 00998 del nueve (09) de noviembre de 2005 por la cual se inscribió a la AIC EPS-I para operar el régimen subsidiado en dicha jurisdicción, resolución que se encuentra vigente conforme al artículo 81, numeral 3, del Acuerdo 415 de 2009.

Como prueba, anexó constancia expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia el veintiséis (26) de enero de 2011, en la que consta que mediante la Resolución Nº 0083 del quince (15) de diciembre de 1997, se ordenó el registro de la Asociación Indígena del Cauca AIC, la cual, de acuerdo con la Resolución Nº 0062 del dos (02) de agosto de 2001, se transformó en Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I.

1. El Coordinador del Grupo Acciones Constitucionales de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, mediante oficio del dos (02) de marzo de 2011, informó detalladamente el nombre de los miembros de la comunidad, la entidad administradora de salud a la que pertenecen y el régimen al cual están afiliadas. Estos datos serán analizados al resolver el caso concreto.

2. El Ministerio del Interior y de Justicia, mediante oficio del primero (01) de marzo de 2011, manifestó que tiene conocimiento de la existencia del Cabildo Intiyaku de Rosas, no porque se encuentre reconocido en virtud de lo dispuesto en los artículos 2° y 16° del Decreto 4530 de 2008 y demás normas concordantes, sino porque se está dando curso a la petición efectuada por el representante a fin de obtener el reconocimiento como parcialidad indígena.

Como prueba, anexó el “Protocolo para los Estudios Etnológicos orientados a establecer el carácter de Parcialidad Indígena”.

1. El Instituto Colombiano de Antropología e Historia, mediante oficio del dos (02) de marzo de 2011, manifestó que al no contar con información de la comunidad Intiyaku, les es imposible emitir un concepto al respecto.

1. La Organización Nacional Indígena de Colombia- ONIC, mediante escrito del cuatro (04) de febrero de 2011, expresó que la condición de indígena no depende de la manera como se registre en determinada base de datos a los miembros de las comunidades, y que tampoco se puede reducir el cumplimiento de sus derechos a trámites que dilatan la garantía de los mismos.

También dijo que la aplicación de una norma que protege la identidad indígena y que otorga beneficios tendientes a la inclusión de las prácticas ancestrales al sistema de salud en aras de su preservación, no puede depender de la verificación, por la autoridad municipal, de un censo que fue realizado por las autoridades indígenas del Cabildo de Intiyaku de Rosas, pues éstas están autorizadas para el efecto, como lo dispone la Ley 691 de 2001 en su artículo 5°: “… Las tradicionales y legítimas autoridades de cada pueblo indígena, elaborarán un censo y lo mantendrán actualizado, para efectos del otorgamiento de los subsidios. Estos censos deberán ser registrados y verificados por el ente territorial municipal donde tengan asentamiento los pueblos indígenas”, de modo que las autoridades locales no tienen competencia para desconocer lo afirmado por las autoridades indígenas.

Por otra parte, manifestó que otro inconveniente expresado por la Alcaldía de Rosas para permitir el traslado de EPS a la comunidad Intiyaku, es que la AIC EPS-I no se encuentra habilitada para prestar servicios en el Municipio; sin embargo, indicó que en el expediente se encuentra la resolución de dicha Alcaldía en la que se realizó la inscripción de esta EPS indígena en la jurisdicción de ese Municipio, como también existe constancia expedida por el Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, en la que se hace constar el registro de la Asociación Indígena del Cauca como EPS prestadora del servicio de salud en los departamentos del Huila y Cauca; además, señaló que en comunicación con la AIC, ésta manifestó que están a la espera de la aprobación del traslado del Cabildo Indígena Intiyaku

para abrir sede en el municipio de Rosas.

1. El Juzgado Promiscuo Municipal de Rosas allegó el testimonio rendido por Jesús Renán Rojas Carvajal ante ese despacho, el diez (10) de marzo de 2011. Este testimonio será examinado al resolver el caso concreto.

1. La Universidad del Rosario, mediante escrito del veintidós (22) de marzo de 2011, manifestó que la Alcaldía de Rosas al negar el traslado de EPS de la comunidad indígena Intiyaku por no estar identificados como población aborigen, bajo el argumento de no existir listado censal reconocido por el DANE, viola el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas y pone en riesgo el derecho a la salud de los integrantes de estas comunidades. Agregó que este es un tema de carácter procedimental que no debe poner en riesgo ni vulnerar los derechos de los pueblos indígenas.

De la misma manera, consideró conveniente que se tomen medidas urgentes que atiendan el derecho autonómico de las comunidades indígenas, con el fin de que se evite la sisbenización de los mismos, que se posibilite la cohesión social y cultural de los miembros de las comunidades aborígenes y que se establezcan mecanismos para que las autoridades municipales tengan claro que el hecho de posesionar un Cabildo Indígena implica el respeto de su derecho a definir su población por listado censal, y éste es precisamente el instrumento válido y legal para efectos de acceso al sistema de salud, tal como lo establece la Ley 691 de 2001; por tanto, indicó que negar un traslado con un argumento que desconoce los derechos esenciales a la autonomía y a la libre escogencia, es desconocer la normativa especial para los pueblos indígenas que garantiza el enfoque diferencial.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

1. PROBLEMA JURÍDICO

1. Corresponde a esta Sala establecer si la Alcaldía de Rosas está vulnerando los derechos de los miembros del Cabildo Indígena Intiyaku de Rosas (Cauca), a la consulta previa y concertación de los pueblos indígenas, a la integridad étnica y cultural, al debido proceso y la libre afiliación colectiva al sistema de salud, al impedirles el traslado a la AIC EPS-I.

1. Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: a) el derecho a la salud y el respeto a la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, b) el derecho a la libre escogencia de EPS, c) la constitución, organización y funcionamiento de las EPS indígenas, para terminar con el análisis del caso concreto.

1. El DERECHO A LA SALUD Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

1. Fundamento normativo

El derecho a la salud como garantía fundamental e inherente a todo ser humano, ha sido reconocido por la normativa nacional. La Carta Política consagra esta garantía en varios de sus artículos, de los cuales resaltamos el 44, que determina como derecho fundamental de los niños “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (…); el artículo 48, que expresa que “la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (…)”; el artículo 49, que contempla a la salud como un valor de doble connotación, por un lado se constituye

como derecho fundamental, y por el otro, como servicio público; el artículo 50, que indica que “todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (…)”; y el artículo 366, que enuncia que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

El derecho a la salud también ha sido reconocido a nivel internacional por diversos tratados, alguno de ellos ratificados por Colombia y que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, al tenor del artículo 93 de la Constitución de 1991.

Dentro de los instrumentos que protegen este derecho encontramos:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en el artículo 25 reconoce el derecho de las personas “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)”.

1. La Declaración de los Derechos del Niño, que en su artículo 4 dispone que “el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud (…)”.

1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 12 consagra que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas

que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

1. El protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que en el parágrafo 1 de su artículo 10 preceptúa que "toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

Con fundamento en el PIDESC, la Observación General N°. 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su numeral 1 manifiesta que "la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente".

De la misma manera, en el Informe sobre la Salud en el Mundo de la Organización Mundial de la Salud, se estableció que "la buena salud es fundamental para el bienestar humano y el desarrollo económico y social sostenible"1. También en la Constitución de la OMS se dijo explícitamente que: "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social"2.

Por otra parte, en cuanto a las normas nacionales adoptadas en cumplimiento de las obligaciones de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, que reglamentó, entre otros, el sistema integral de salud, y que en su artículo 152 hizo alusión a que el objetivo de dicho sistema es regular el servicio público esencial de salud, con el fin de crear condiciones de acceso para todas las personas en todos los niveles de atención. En esta ley también se manifestó que el Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan

Obligatorio de Salud, el cual permitirá a partir del año 2001, la protección integral a la maternidad y a las enfermedades generales para toda la población.

Además, la Ley 1122 de 2007, por la que se hacen algunas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su artículo 1° manifiesta que el objeto de las disposiciones contenidas en ella, es el ajuste del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con miras a lograr el mejoramiento y la racionalización de los servicios a los usuarios.

Ahora bien, con base en las normas citada, la Corte Constitucional desde sus inicios, y cumpliendo con las funciones encargadas por el Constituyente del 91, consistentes en la salvaguardia de la supremacía e integridad de la Constitución y en la revisión de los fallos de tutela proferidos por todos los Jueces de la República para amparar los derechos fundamentales de los individuos, ha creado líneas jurisprudenciales que protegen el derecho a la salud, visto ya no desde su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, ni como derecho fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, sino como derecho fundamental autónomo3 , que enmarca el "estado completo de bienestar físico, mental y social"4 que le permiten al individuo desarrollar las diferentes actividades propias de los seres humanos, y que propenden por su dignificación.

2.4.2. Contenido general del derecho

La salud vista como derecho fundamental y como servicio público, ha sido reconocida por la Observación General Nº 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, y por la jurisprudencia nacional, como un derecho que comprende cuatro dimensiones a saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Así, la Sentencia T-760 de 20085, al tratar el tema de la caracterización del derecho a la salud en el bloque de constitucionalidad, cita dicha observación, por ser ésta la que contempla el más amplio desarrollo a cerca del derecho a la salud, su alcance y significado.

En esta observación6, el Comité establece que el derecho a salud abarca cuatro elementos esenciales que se interrelacionan y cuya aplicación depende de las condiciones de cada Estado parte, dichos elementos son:

“a) la disponibilidad, que consiste en que cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas;

b) accesibilidad, referente a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Las cuatro dimensiones de de la accesibilidad son: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas (…); iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos; iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud (…);

c) aceptabilidad, que consiste en que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades (…) y d) calidad, es decir que, además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad”.

A modo de conclusión tenemos que, como derecho y como servicio público, la jurisprudencia nacional basándose en la Observación General N°. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, ha entendido que la salud comprende cuatro dimensiones: i) disponibilidad, que consiste en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes entidades encargadas de prestar los servicios de salud, para que estén a disposición de todos los que demanden los servicios; ii) accesibilidad, que implica la obligación de parte del Estado de garantizar las facilidades geográficas y económicas, y las

condiciones de igualdad en el acceso de todas las personas al sistema de salud; iii) aceptabilidad, que se refiere a la necesidad de que el sistema de salud se adapte a las necesidades y cultura de las minorías étnicas; y iv) calidad, que involucra que los servicios de salud sean eficientes médica y científicamente.

Al ser la salud un derecho fundamental y un servicio público consagrado y protegido en el marco jurídico internacional y nacional, principalmente en la Constitución y el bloque de constitucionalidad, su garantía debe brindársele a todos los individuos en el territorio nacional, sin importar condiciones de edad, sexo, raza, creencias, entre otros.

Sin embargo, i) teniendo en cuenta la protección de la diversidad étnica y cultural, ii) la exigencia de adaptabilidad cultural del derecho a la salud y iii) el principio de igualdad, debe el Estado adoptar medidas con enfoque diferencial para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud por las comunidades indígenas7.

La necesidad de emplear un enfoque diferencial en la garantía del derecho a la salud de la población indígena, también es resaltado en el ordenamiento internacional.

Dentro de los instrumentos internacionales que se han encargado de esta tarea encontramos la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que en su artículo 5 expresa que es obligación de los Estados prohibir y eliminar la discriminación racial y "garantizar el derecho a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (…) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: (…) iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (…)". (Subrayado fuera del texto).

Además de la ya citada convención, se debe resaltar el Convenio No. 169 de la OIT, aprobado en 1989 y ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, que es el principal instrumento internacional sobre el tema de los derechos de los pueblo indígenas. Éste tiene su fundamento en el principio de la igualdad de derechos entre los pueblos indígenas y el resto de la población de los Estados en que se asientan, y en el principio del respeto por las culturas e instituciones de esos pueblos.

El artículo 25 de dicho Convenio establece que "los gobiernos deberán velar por que se

pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, las Naciones Unidas, conscientes de la importancia y la necesidad de establecer un instrumento internacional destinado a los pueblos indígenas, que promueva el respeto de sus derechos y de sus características8, promulgó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en septiembre de 2007. Este instrumento consagra en su artículo 24 que: "los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental (…)".

En resumen, el enfoque diferencial del derecho a la salud otorga a las comunidades indígenas las siguientes prerrogativas: i) producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas, ii) organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control, iii) organizar y prestar los servicios de salud por los miembros de las comunidades indígenas conforme a sus convicciones y creencias y iv) intervenir en la planeación, administración y ejecución de los servicios de salud.

2.4.4. Desarrollo normativo interno del enfoque diferenciado del derecho a la salud de los miembros de las comunidades indígenas

Ahora bien, las disposiciones constitucionales e internacionales antes nombradas, han sido desarrolladas en muchos textos legales de interés en el presente caso, ya que tratan el tema específico de la salud de los indígenas.

Así encontramos, el artículo 157 de la Ley 100, que hace referencia a que las comunidades

indígenas, por pertenecer al grupo de la población más pobre y vulnerable del país, tienen derecho a ser subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Ley 691 de 2001, mediante la cual se complementa la Ley 100 de 1993 y se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su artículo 3 define como principio general del sistema integral de salud el de la diversidad étnica y cultural, en virtud del cual, el sistema practicará la observancia y el respeto del estilo de vida de los indígenas y tomará en consideración sus especificidades culturales y ambientales que les permita un desarrollo armónico.

Por su parte, el Decreto 330 de 2001 contiene normas que regulan la constitución y funcionamiento de Entidades Promotoras de Salud conformadas por cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas. En su artículo 8 señala que los cabildos y las autoridades tradicionales tienen plena autonomía para crear las directrices y orientaciones que deben seguir las EPS Indígenas.

La Ley 691 de 2001 fue complementada por el Acuerdo 244 de 20039 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que se encargó de precisar la forma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Dicho acuerdo estableció los criterios para identificar, seleccionar y priorizar a las personas que podían ser beneficiarios de los subsidios, el procedimiento a seguir para la afiliación de beneficiarios y el proceso de contratación del aseguramiento. Dentro de sus disposiciones encontramos el numeral 2º del artículo 14, el cual consagraba que, tratándose de comunidades indígenas, para el caso de la población que hubiese sido identificada y seleccionada a partir de listados, la elección de Administradora de Régimen Subsidiado debía ser realizada por las autoridades tradicionales y legítimas.

Posteriormente, el Acuerdo 326 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que, en virtud del reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, adopta algunos lineamientos para la organización y funcionamiento del Régimen Subsidiado de los Pueblos Indígenas, en su artículo 7 establece:

“en concordancia con la Ley 691 de 2001, en el marco de los modelos de salud interculturales indígenas, el Ministerio de la Protección Social realizará los estudios para la adecuación del Plan Obligatorio de Salud Indígena, el cual deberá contemplar los siguientes

aspectos:

1. Acciones de medicina tradicional, entendida esta como los conocimientos, prácticas, rituales, conceptos y procesos de salud integral que ancestralmente han realizado los pueblos indígenas como modelo de vida colectiva, enmarcado dentro de la cosmovisión de cada pueblo. Estas acciones se desarrollarán de acuerdo con las particularidades de cada pueblo.

2. Adecuación sociocultural de los servicios de salud no indígena, que son los servicios y actividades en salud necesarios y complementarias, adecuadas a las condiciones sociales, culturales, organizativas, ambientales, poblacionales y de cosmología, que garantizan la oportunidad, accesibilidad, calidad y efectividad del POS dirigidos a los pueblos indígenas.

3. Promoción y prevención en salud indígena, que son los planes, procesos y acciones en educación en salud indígena dentro de los procesos organizativos propios de cada pueblo.

1. Subsidios y/o autonomía alimentaria, son las estrategias y acciones orientadas a la recuperación y el fortalecimiento de los sistemas de producción sostenibles, consumo de alimentos propios y acceso a otras fuentes de alimento ligadas a las formas organizativas, que contribuyen directamente al mejoramiento de condiciones nutricionales, de salud y de vida de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta lo que señala el artículo 8° de la Ley 691 referente al subsidio alimentario para mujeres gestantes y los niños menores de 5 años".

Por último, encontramos el Acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual en su artículo 6 manifiesta que "la identificación de los miembros de las comunidades indígenas se podrá realizar mediante listados censales diligenciados por la entidad responsable, dentro de sus facultades legales y reglamentarias" y en el artículo 77 garantiza la existencia de por lo menos una EPS-I por región.

De acuerdo con las directrices antes descritas, la Corte Constitucional se ha encargado de salvaguardar "el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección

de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas" en concordancia con el derecho a la salud, a través de dos dimensiones: "una colectiva y otra individual. El Alto Tribunal ampara, de un lado, a la comunidad indígena como sujeto de derecho y protege, de otro lado, a los individuos pertenecientes a esa comunidad, pues sin esa protección sería impensable la materialización de la protección del derecho colectivo en cabeza de la comunidad indígena en cuanto tal" 10. De allí que, en desarrollo de esta garantía, esta Corporación ha reconocido que las comunidades y grupos étnicos tienen derecho a contar con un sistema de salud adecuado y acorde con sus valores, su cultura y su forma de vida.

Por ejemplo en la Sentencia C- 377 de 199411, en la que se estudió la constitucionalidad de los literales a), b) y c), y los parágrafos 1o. y 2o. del artículo 2o. de la Ley 14 de 1962, "por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la Medicina y Cirugía", a partir de una demanda que señalaba que la disposición vulneraba el artículo 1 de la Constitución, ya que para que exista el pluralismo ideológico debe existir la praxis de la participación, y una de las formas de participación es el trabajo médico, el cual debe ser respetado, no reglamentando el ejercicio de la medicina de tal manera que se impida o límite su práctica por parte de los empíricos, la Corte sostuvo que el uso de la medicina tradicional por las comunidades indígenas está amparada por el artículo 7 constitucional.

En esta providencia la Corte decidió declarar exequible el literal a) del artículo 2o. de la ley 14 de 1962, y los parágrafos 1o. y 2o. del citado artículo, debido a que:

"la libertad de escoger profesión, entendida ésta como la que requiere una formación académica, no pugna con la facultad concedida al legislador de exigir títulos de idoneidad. En cuanto al ejercicio de tales profesiones, corresponde a las autoridades competentes de la rama ejecutiva su inspección y vigilancia, de conformidad con la reglamentación que expida el legislador. Todo, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, que obedece a la función social implícita en el ejercicio profesional.

(…) todo lo dicho no implica que en algunos grupos especiales, tales como las tribus indígenas, no puedan existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales. Su actividad está protegida por el artículo 7o. de la Constitución, que asigna al Estado la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural".

Dentro de la misma línea de pensamiento, en la sentencia T- 214 de 199712, al revisar el caso de un miembro de la comunidad indígena de los Yaguas, que tenía 72 años y que se encontraba recluido en la cárcel Modelo de Bogotá, el cual solicitó al Director del INPEC el traslado a la cárcel de Leticia, ya que padecía Cáncer y lo único que le había frenado el avance de la enfermedad era el tratamiento que la comunidad indígena a la que pertenecía le estaba suministrando, la Corte garantizó el derecho fundamental a la salud desde su faceta de libertad, indicando que comprende la facultad de acudir a la medicina tradicional indígena. La Corte expresó:

"aunque no es obligación del Estado darle medicina alternativa a un recluso, salvo que ya exista infraestructura para prestar este servicio asistencial especial, de todas maneras se protegen las actividades de los "curanderos" indígenas, de lo cual se deduce que no se rechaza la medicina alternativa que ellos proponen, luego hay que ponderar en cada caso particular la autonomía y la protección a la diversidad étnica y cultural (artículo 7º C.P.), especialmente si el recluso no pide que se le dé medicina vernácula, sino que se le facilite recibir esa medicina que el Estado no le va a dar, porque ya no se trata de dar una determinada medicina sino de colaborar para el ejercicio concreto del derecho a la AUTONOMIA y al derecho a la protección como minoría RACIAL y CULTURAL, lo cual subyace en la presente tutela".

Debido a lo anterior, el Alto Tribunal resolvió tutelar los derechos a la dignidad, a la autonomía y a la protección de la diversidad étnica y cultural, por lo que ordenó que se trasladara al recluso al establecimiento carcelario en Leticia, dadas las circunstancias de edad, entorno y acercamiento a la medicina vernácula.

Reiterando lo dicho anteriormente, en la Sentencia C- 063 de 201013, en la que se estudió la constitucionalidad del literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 sobre la afiliación de desplazados y desmovilizados a una EPS pública nacional, con ocasión de una demanda en la que se acusaba el proyecto de afectar directamente a las comunidades indígenas que se encuentran en situación de desplazamiento, por cuanto les impone su afiliación a un régimen de salud distinto a aquel especialmente creado para ellas, la Corte señaló que la protección a los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas reclama el reconocimiento de su particular y especial forma de vida. En palabras del Alto Tribunal:

“Una noción característica de los derechos humanos es la universalidad de los mismos, es decir, la posibilidad de aplicarlos a todos los hombres y mujeres más allá de criterios temporales y espaciales (…).

Los derechos de los grupos indígenas son uno de aquellos casos en donde el concepto de universalidad se denota como insuficiente para dar solución a las necesidades de protección existentes. No se trata ahora de un evento de oposición radical a las ideas de dignidad que propugnan los derechos humanos; tampoco de un particularismo tan especial que obligue a replantear el principio nuclear de los estos derechos. Simplemente, los sistemas pluriculturales han puesto de presente que la protección que es inherente a los derechos humanos exige el reconocimiento de un contenido especial, que sea acorde con una forma de vida que tiene su propio concepto acerca de ideales como la dignidad y la solidaridad”.

Ahora bien, con respecto al régimen de protección social en salud previsto para las comunidades indígenas, el mismo fallo destacó que:

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

ii. En esta medida se ha avanzado en la implementación de un sistema de aseguramiento en salud que responda a las condiciones de vida de las comunidades en materias como subsidio a la prestación del servicio, afiliación conjunta de toda la comunidad, prelación respecto de otros sectores poblacionales, participación de sus autoridades legítimas y tradicionales en la toma de decisiones, etc.

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

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte decidió declarar exequible el literal i) de la norma demandada, en el entendido que a la población indígena desplazada le será

reconocida, desde el momento de su inscripción en el Registro Único de Desplazados, la posibilidad de realizar su afiliación inicial al sistema de salud en una EPS-S indígena o en una EPS-S pública de carácter nacional.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha sostenido que es un deber del Estado la construcción de un sistema de salud acorde a las diferencias y necesidades propias de los pueblos indígenas, con el ánimo de fortalecer y reivindicar los derechos de los miembros de las comunidades indígenas, en especial los derechos a la salud, a la autodeterminación y a la identidad étnica y cultural, en cumplimiento de las obligaciones surgidas de la Carta Política, los tratados internacionales ratificados por Colombia y demás normas que tratan el tema.

A manera de conclusión, se tiene que la realidad actual de las comunidades indígenas en Colombia, si bien no es la mejor, ha avanzado hacia el reconocimiento y respeto de las particularidades y autonomía en materia de salud de los miembros de dicha comunidad, pues éstos gozan de un sistema integral de salud que garantiza el acceso gratuito a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, a través de servicios que deben ser prestados bajo la responsabilidad y control de la propia comunidad, teniendo en cuenta los métodos de prevención, las prácticas curativas y los medicamentos tradicionales de dichos pueblos, también se les permite concretar la acción de salud que requieran, así como el traslado a la EPS que más les convenga.

1. DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE EPS

Para el estudio de este tema es necesario hacer un repaso por las diferentes normas que regulan la materia, no sin antes hacer alusión a que el derecho de la libre escogencia, tal como lo manifiesta el Decreto 1485 de 1994 citado posteriormente, consiste en la capacidad que se le reconoce a los afiliados al sistema de salud, de seleccionar cada año entre las diferentes EPS, aquella que le prestará los servicios de salud que requiera.

Para hacer el recuento normativo, se debe empezar por la Ley 100 de 199314, pues fue ésta la que creó el régimen de salud del Sistema General de Seguridad Social Integral, y la que al regular el tema de las características básicas y principios15 del Sistema, contempló la posibilidad de que los usuarios libremente pudieran escoger entre: a) las diferentes EPS y b) las IPS, así como a los profesionales vinculados o adscritos a las EPS dentro de las posibilidades que ellas ofrecen.

Así mismo, dicha ley16 consagró como garantía de la libre escogencia, la libertad de traslado entre EPS, la cual puede llevarse a cabo a través de una afiliación individual o colectiva, siempre y cuando se tengan en cuenta los requisitos de tiempo y modo, así como los límites y efectos que determine el gobierno nacional para la materia.

Por su parte, el Decreto 1485 de 199417, que regula lo referente a la libertad de escogencia de las EPS del Sistema General de Seguridad Social, manifiesta que dicho derecho es la facultad que tiene un afiliado de seleccionar, una vez por año, contado a partir de la fecha de vinculación de la persona, entre las diferentes Entidades Promotoras de Salud, aquella que administrará la prestación de sus servicios derivados del Plan Obligatorio. Así mismo, en este decreto se establece como excepción a la permanencia mínima para el traslado, el hecho de que la EPS haya prestado de manera deficiente o no haya prestado el servicio requerido, caso en el cual el traslado puede darse antes de transcurrido el año.

Por su parte, el Decreto 806 de 199818, que también trató el tema de la libre escogencia de EPS tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, se encargó de reiterar que el afiliado tiene total libertad a la hora de decidir el traslado.

El Acuerdo 415 de 200920, que regula la garantía de la libre elección para los beneficiarios del régimen subsidiado, explica que la afiliación es el proceso por el cual la población elegible o elegible priorizada se incorpora al Sistema General de Seguridad Social en Salud, seleccionando libremente a una EPS-S mediante la suscripción del formulario único de afiliación y traslado. En este acuerdo también se define que las entidades territoriales que tengan a su cargo la operación del Régimen Subsidiado, deberán asegurar a la población elegible o elegible priorizada su derecho a la libre escogencia de la Entidad Promotora de Salud EPS-S de su preferencia. Para tal fin, se concretan unos requisitos a seguir, los cuales son:

“1. Mantener en un lugar visible al público y o en los principales centros de atención en salud en el municipio o Distrito, en forma permanente y actualizada, el listado de las EPS-S que se encuentran debidamente inscritas en el territorio (…).

2. Informar a los beneficiarios y a los afiliados sobre los resultados de desempeño de las EPS-S que realicen las entidades de dirección, inspección vigilancia y control de orden nacional.

3. Apoyar en la distribución, entre los beneficiarios elegibles o priorizados y entre los afiliados la “Carta de Desempeño”.

4. Planear y ejecutar una estrategia de información y comunicación, de acuerdo con los requerimientos del proceso de afiliación que le correspondan, la cual le permita a la población beneficiaria, elegible o priorizada, informarse de manera oportuna sobre las exigencias del proceso de afiliación.

5. Planear y ejecutar una estrategia de afiliación al Régimen Subsidiado de la población elegible o elegible priorizada a través de los colegios públicos y los demás programas sociales que se adelanten en el municipio o Distrito.

6. Establecer mecanismos de afiliación al Régimen Subsidiado de la población elegible, o elegible priorizada al momento de la atención en los prestadores de servicios de salud. Este mecanismo deberá establecerse en articulación con la red prestadora pública y privada con la que se contrate la prestación del servicio y las EPS-S de su territorio; dichos mecanismos solo podrán usarse durante la ejecución de actividades de naturaleza preventiva y curativa ambulatoria”.

Ahora bien, tratándose del traslado de EPS de los miembros de los pueblos indígenas, es necesario traer a colación la Ley 691 de 200121, que reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema general de seguridad social en Colombia y que contempla 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”.

Por último, encontramos el Acuerdo 326 de 2005, el cual adopta lineamientos para la organización y funcionamiento del Régimen Subsidiado de los pueblos indígenas conforme a la Ley 100 de 1993 y 691 de 200122, y que preceptúa que:

“la comunidad indígena deberá manifestar expresamente su voluntad de trasladarse a otra ARS, entre los 90 y 30 días antes del inicio del período anual de contratación, sin detrimento del cumplimiento del periodo mínimo de permanencia en una ARS, establecido en las disposiciones que regulan el Régimen Subsidiado. Si la manifestación de voluntad de traslado

no se efectúa dentro de los términos señalados en el presente Acuerdo, se renovarán automáticamente los contratos de afiliación con la ARS a la que se encontraren afiliados. En caso de traslados colectivos, se entenderá surtido el trámite de libre elección con la presentación del Acta de la Asamblea Comunitaria donde se exprese esa voluntad, y el listado censal, que tendrán el carácter de acto público de que trata el artículo 11 del Acuerdo 244 de 2003, debiendo, en consecuencia ser aceptada por el alcalde respectivo, siempre que la ARS seleccionada esté autorizada para afiliar en el respectivo municipio. El Acta de la Asamblea Comunitaria y el Listado Censal sustituirán el Formulario Único de Afiliación y deberá contener los datos mínimos necesarios para formalizar la afiliación de acuerdo con las normas vigentes aplicables para la población indígena. Cuando se demuestre incumplimiento de las obligaciones de las ARS, el indígena individualmente considerado o la comunidad, podrán revocar su voluntad de afiliación manifestando en cualquier momento su intención de traslado ante la entidad territorial de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 21 del acuerdo 244 del CNSSS".

La Corte Constitucional también ha tratado el tema del derecho a la libre escogencia como manifestación de la garantía de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas. En Sentencia T-010 de 200423, en la que se estudió el caso de un señor que padecía VIH/SIDA, al cual la EPS no le había brindado un servicio de salud eficiente y oportuno, el Alto Tribunal expresó que la libre elección de EPS no solamente protege la dignidad humana, sino que asegura que los recursos del Sistema Integral de Salud se dirijan a las EPS que mejores servicios prestan, la Corte señaló:

"El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. En el contexto de un Sistema de Salud basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen sus servicios, tal como lo es el sistema consagrado en la Ley 100 de 1993, reconocer en cabeza de todas las personas la libertad de elegir a qué entidad afiliarse es una forma de garantizar su dignidad (en el sentido de autonomía) y de asegurar que los dineros y demás recursos con que cuente el sistema, se destinarán a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de salud".

En este caso, la Corte decidió tutelar los derechos a la igualdad, a la vida y a la salud del

accionante, ordenándole a Sanitas EPS que lo afilie si él lo solicita.

Así mismo, en la Sentencia T-205 de 200824, la Corte revisó el caso de una señora que padecía de "Artrosis Coxofemoral Derecha", por lo que requería una atención médica oportuna, eficiente y de calidad, la cual no era brindada por el Instituto de los Seguros Sociales. Aquí la Corte consideró que:

"el derecho de libre escogencia tiene como soporte constitucional los derechos fundamentales a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el derecho de acceso a la seguridad social".

Por lo que resuelve conceder la tutela de los derechos fundamentales a la libre escogencia, a la dignidad humana en el ámbito de la autonomía personal, la libertad individual y el acceso a la seguridad social de la accionante.

Por último, la Sentencia T-163 de 201025, que estudió el tema del traslado de EPS-S en el caso de un señor al que la Entidad Promotora de Salud le venía practicando un tratamiento de urología, pero que debido a su traslado a otra EPS, no se le continuó suministrando los medicamentos que necesitaba, la Corte dijo que:

"Así, de acuerdo con los lineamientos constitucionales y legales, el ejercicio del derecho de "libre escogencia" comporta una garantía básica para asegurar el derecho fundamental de acceso a la Seguridad Social, y para permitir que este último se materialice en una prestación regular, continua, oportuna y eficiente de los servicios médicos que requieran los afiliados (…)". (Subrayado fuera del texto).

En este caso la Corte tuteló el derecho a la salud del peticionario, y Ordenó a la EPS-S Ecoopsos y a la Secretaría Distrital de Bogotá, que procedieran a aceptar su traslado.

De lo planteado anteriormente, se puede concluir que el traslado de EPS: i) es un derecho de los afiliados, que les permite determinar cuáles de las Entidades Prestadoras de Salud se ocupará de la atención integral en salud que requieran; ii) para hacer efectivo el traslado, se debe cumplir con el requisito de permanencia mínima de 1 año en la EPS de la que se desea desvincular; iii) sin embargo el traslado puede hacerse en cualquier momento, cuando se demuestre el incumplimiento en la prestación de los servicios o la mala calidad de éstos y iv)

“en el Régimen Subsidiado, las entidades territoriales serán responsables de garantizar a la población elegible o elegible priorizada, su derecho a la libre escogencia de EPS-S presentando un proceso transparente en el que se le den opciones a estos usuarios de elegir. Por tanto, en el régimen subsidiado las EPS-S no pueden imponer limitaciones al ejercicio del derecho de “libre escogencia” por fuera de los requisitos previstos en la citada normatividad”26.

1. CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS EPS INDÍGENAS

1. Constitución de EPS Indígena

Con el fin de proteger la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, el Decreto 330 de 2001 regula la creación de EPS-I por parte de los cabildos y/o autoridades tradicionales, con el propósito de que se garantice a los miembros de dichas comunidades la prestación de los servicios incluidos en el POS-S con enfoque diferencial, previo cumplimiento de algunos requisitos como lo son: i) establecer de manera expresa en sus estatutos que su naturaleza es la de ser una EPS que administra recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ii) constituir una cuenta independiente del resto de las rentas del cabildos y iii) estar debidamente autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud para la prestación de servicios de salud. En este punto, el Acuerdo 415 de 2009 adicionó un cuarto requisito, el cual consiste en presentar una comunicación al alcalde o al director de salud con anterioridad al inicio de la vigencia contractual en el que se vaya a afiliar, en la que se manifieste la intención de participar en la administración del régimen subsidiado de salud en dicha entidad territorial27, para lo cual la entidad territorial suscribirá un único contrato con cada EPS-S que se encuentre inscrita en el territorio28.

En resumen, la EPS-S debe estar habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud, debe estar facultada para operar en una región, debe estar debidamente inscrita en el municipio, y ante procesos de afiliación o traslado, si es elegida por la población elegible, tendrá la obligación de suscribir los contratos para el aseguramiento de la población y administración de recursos en el régimen subsidiado, so pena de no poder participar en ese municipio

durante la vigencia, y perder la autorización en la región para la siguiente vigencia contractual29.

Para su funcionamiento, estas entidades deben acreditar a partir del 1o. de abril del 2003 un mínimo de 50.000 personas afiliadas, y para su permanencia en el sistema, deben garantizar a más tardar el 1° de abril de 2006 un número mínimo de 100.000 afiliados30. Sin embargo, se les dio la posibilidad de operar con menos personas siempre y cuando acrediten los siguientes porcentajes de población indígena: 90% -25.000-40.000; 80%- 40.001-50.000; 70%- 50.001- 75.000; 70%- 75.001- 100.000 o más31. Así mismo, deben tener un capital social equivalente a 250 salarios mínimos por cada 5.000 afiliados32.

Además, las EPS-I deben atender las directrices y orientaciones que les impartan los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, pues precisamente la finalidad de su creación es que los indígenas puedan contar con un sistema de salud respetuoso de sus creencias y forma de vida, que tenga en cuenta sus condiciones culturales y de salud, y que les garantice el respeto de las prácticas y usos de medicina tradicional; lo cual se logra con la creación de entidades en el área de la salud que permitan dichas prácticas y con la contratación que éstas hagan con las IPS públicas creadas por las autoridades de los pueblos indígenas33.

1. Afiliación a una EPS Indígena en el Régimen Subsidiado

La Ley 691 de 200134 reconoce el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a vincularse a las EPS-I como afiliados del régimen subsidiado, excepto si se trata de personas que tengan un vínculo laboral, que sean servidores públicos o que gocen de pensión de jubilación, pues al tener capacidad económica, deben hacer parte del régimen contributivo.

Para la identificación de las personas que tienen derecho a los subsidio del sistema integral de salud, el Acuerdo 415 de 2009 define que por regla general se hará aplicando la encuesta Sisbén; sin embargo, para las poblaciones especiales indígenas autoriza el uso de listados censales, los cuales deben ser elaborados por las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, que a su vez deben ser verificados por la autoridad municipal del lugar donde se asienta el resguardo de que se trate. Entonces, el censo es usado para acreditar la pertenencia a una determinada comunidad y, a su vez, para avalar el goce de los derechos

que por mandato constitucional y legal les asisten a los miembros de los pueblos aborígenes. Ahora bien, cuando la población identificada como beneficiaria a través del listado censal no coincide con la población indígena certificada por el DANE, la normativa vigente dispone que la autoridad territorial y tradicional deben validar conjuntamente la información para efectos de llevar a cabo un registro individual en la base de datos de afiliación del régimen subsidiado35.

No obstante, la afiliación procede no sólo de manera individual, pues la ley también contempla la posibilidad de una afiliación colectiva de las comunidades indígenas a una EPS-I, cuando se presente al alcalde del municipio en donde se le autoriza operar, el acta de la asamblea comunitaria en la que se exprese la voluntad de afiliación a dicha EPS-I junto con el listado censal.

La normativa vigente también permite el traslado colectivo de EPS-I, cumpliendo con el requisito de que la comunidad indígena divulgue su voluntad entre los 90 y 30 días antes del inicio de contratación del periodo anual, ya que de no llevarse a cabo en el término descrito, los contratos de afiliación con las EPS-I se renovarán automáticamente, impidiéndoles el traslado, por lo menos, en el periodo de un año36.

“las Entidades Promotoras de Salud Indígenas, EPSI, que administren recursos del Régimen Subsidiado, deberán someterse a la normatividad vigente aplicable, salvo lo previsto en el presente Acuerdo para las Administradoras de Régimen Subsidiado Indígenas, ARSI.

En caso de traslados colectivos, se entenderá surtido el trámite de libre elección con la presentación del Acta de la Asamblea Comunitaria donde se exprese esa voluntad, y el listado censal, que tendrán el carácter de acto público de que trata el artículo 11 del Acuerdo 244 de 2003, debiendo, en consecuencia ser aceptada por el alcalde respectivo, siempre que la ARS seleccionada esté autorizada para afiliar en el respectivo municipio. El Acta de la Asamblea Comunitaria y el Listado Censal sustituirán el Formulario Único de Afiliación y deberá contener los datos mínimos necesarios para formalizar la afiliación de acuerdo con las normas vigentes aplicables para la población indígena. Cuando se demuestre incumplimiento de las obligaciones de las ARS, el indígena individualmente considerado o la comunidad, podrán revocar su voluntad de afiliación manifestando en cualquier momento su intención de traslado ante la entidad territorial de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 21

del acuerdo 244 del CNSSS".

Con respecto a este tema, el Acuerdo 415 de 2009, en sus artículos 34 y 53, manifestó que la persona que haya permanecido como mínimo durante un año en una EPS-S, puede voluntariamente trasladarse a otra durantes los meses de enero y febrero, es decir, antes del periodo de contratación, el cual inicia el primero (01) de abril y termina el treinta y uno (31) de marzo del año siguiente.

1. CASO CONCRETO

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

Al respecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que:

"ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales".

En la Sentencia SU- 383 de 200337, la Corte hace alusión a la legitimación de los integrantes de los pueblos indígenas y de las organizaciones que los agrupan, para demandar la protección constitucional a la diferencia y a los demás derechos de que son titulares. Al respecto considera que:

"(…) vale recordar que esta Corporación ha reconocido legitimación en los integrantes de los pueblos en comento, como también en las Organizaciones que los agrupan (…).

Lo anterior, puesto que si los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las Organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones correspondientes i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el Juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia –artículos 7°, 286, 287, 329 y 330 C.P" (SIC).

Así las cosas, en el caso sub examine se observa que Jesús Renán Rojas Carvajal interpuso la acción de tutela en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena de Intiyaku de Rosas (Cauca), por lo que la Sala encuentra que tiene capacidad para representar los intereses de la comunidad.

1. Legitimación por pasiva

Con respecto a quién va dirigida la acción de tutela, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 expresa que: "se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (…)".

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 416 de 199738 explicó en qué consiste la legitimación por pasiva así:

“La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material”

En efecto, en el caso sub examine se demandó al Municipio de Rosas (Cauca), lo cual es a todas luces acertado, pues dicha entidad territorial es la presunta vulneradora de los derechos fundamentales invocados, al impedir la libre escogencia de EPS a los miembros de la comunidad indígena Intiyaku, en tanto es quien administra los recursos del régimen subsidiado dentro de su jurisdicción.

1. Examen de inmediatez

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de la acción de tutela un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

Por ello, es indispensable estudiar cada caso en concreto, toda vez que es necesario que la acción sea promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran vulneratorios de derechos fundamentales, con el fin de evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe la transgresión o amenaza de los derechos. En consecuencia, ante la injustificada demora en la interposición de la acción, se vuelve improcedente el mecanismo extraordinario, por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

A propósito de este requisito de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 792 de 200939 estableció que:

“la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena

observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad".

1. Principio de subsidiariedad

Conforme al artículo 86 de la Carta, se tiene que la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: a) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental, b) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho de que se trate, o, c) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En este sentido, la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela reconocen la eficacia de los medios ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, a ellos se debe acudir preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional a los derechos fundamentales de los individuos. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales por esta vía, debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto, exigencia que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador41.

Es claro para la Sala que la acción de tutela procede en este caso, debido a que los mecanismos ordinarios no son idóneos para amparar los derechos de los aquí interesados, pues no tienden a proteger de manera oportuna los derecho invocados. Además, el caso versa sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, quienes constituyen un grupo vulnerable. Y, por tanto, sujeto de especial protección constitucional, situación que pone en evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

1. EXAMEN DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA

COMUNIDAD TUTELANTE

1. Resumen de los hechos

El señor Jesús Renán Rojas Carvajal, Gobernador del Cabildo Indígena de Intiyaku de Rosas (Cauca), interpuso la presente acción, puesto que consideró vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa y concertación de los pueblos indígenas, a la integridad étnica y cultural, al debido proceso y a la libre afiliación colectiva al sistema de salud, como consecuencia de la negativa de la Alcaldía de Rosas de autorizarles el traslado desde la EPS a la que se encuentran afiliados a la AIC EPS-I.

La accionada se opuso a lo solicitado, argumentando i) que no es posible acceder a lo pedido, ya que al no estar identificados como población indígena, pues no existe listado censal reconocido por el DANE en el que se diga que estas personas son indígenas, no tienen derecho al traslado a la EPS-I; ii) que la Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I no se encuentra inscrita en el municipio de Rosas, ya que el acto administrativo de inscripción desapareció a causa de la derogación del Acuerdo 300 de 2005, con la expedición del Acuerdo 415 de 2009, por lo que no puede operar en ese territorio; y iii) que el traslado de EPS-S debe ser individual, tal como lo indica el Departamento Nacional de Planeación.

1. El Municipio de Rosas ha vulnerado el derecho a la libre elección de EPS-I de la comunidad demandante

Conforme a los hechos, pruebas, normativa y jurisprudencia reseñada, le corresponde a la Sala examinar si la Alcaldía Municipal de Rosas Cauca ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el señor Jesús Renán Rojas.

En primer lugar, está demostrado que la Ley 691 de 2001, el Acuerdo 326 de 2005 y las normas que regulan el tema del traslado de EPS de afiliados del régimen subsidiado42, facultan los traslados colectivos de indígenas hacia una EPS-I. Para llevar a cabo dicho proceso, los textos normativos citados manifiestan que se debe surtir el trámite de libre elección, el cual se materializa con la presentación ante el alcalde respectivo de donde se

encuentre inscrita la EPS-I, del Acta de la Asamblea Comunitaria en la que se exprese esa voluntad, así como del listado censal elaborado por las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, ya que éstos tiene el carácter de acto público y sustituyen al formulario único de afiliación. El listado debe ser luego verificado por la autoridad municipal y si no coincide con los censos del DANE, debe ser validado en conjunto con las autoridades de la respectiva comunidad43.

Para que la solicitud de traslado empiece a producir efectos, el Acta de la Asamblea Comunitaria debe ser aceptada por el alcalde, siempre que la EPS-I seleccionada esté autorizada para afiliar en el respectivo municipio.

La normativa nombrada también hace referencia a que la voluntad de la comunidad indígena de trasladarse colectivamente a una EPS-I, i) debe divulgarse una vez se haya cumplido con el requisito mínimo de permanencia de un año en la EPS de la que se quiere trasladar la comunidad, y ii) debe hacerse entre los meses de enero y febrero de cada anualidad, es decir, entre los 30 y 90 días antes del periodo de contratación, el cual inicia el primero (01) de abril y termina el treinta y uno (31) de marzo del año siguiente, ya que de no llevarse a cabo en el término descrito, los contratos de afiliación con las EPS-I se renovarán automáticamente, impidiéndoles el traslado, por lo menos, en el periodo de un año.

Así las cosas, se tiene en el presente caso que los miembros del Cabildo Indígena Intiyaku que solicitan el traslado colectivo de EPS, cumplen con los requisitos legales antes descritos para solicitarlo44, pues, debido a que la AIC EPS-I se encuentra inscrita para administrar los recursos del régimen subsidiado en el Municipio de Rosas, según Resolución N°. 000998 del nueve (09) de noviembre de 200545, el veintitrés (23) de febrero de 2010, el cabildo, una vez constatado que todas y cada una de las personas cumplían con el requisito mínimo de permanencia, radicó en las instalaciones del municipio el Acta de la Asamblea General más el listado censal elaborado por la autoridad tradicional, donde se manifiesta la voluntad del traslado46, por lo que la administración municipal tenía el deber de aceptar el traslado colectivo como lo ordena la Ley 691 de 2001 y el Acuerdo 326 de 2005, y adelantar los trámites administrativos para darle validez al listado censal, y de esta manera lograr que el traslado se hiciera efectivo a partir del primero (01) de abril de 2010, cuando iniciaba el nuevo periodo de aseguramiento en el régimen subsidiado.

En segundo lugar, en cuanto al argumento de que estas personas no están identificadas como población indígena, pues no existe listado censal reconocido por el DANE en el que se diga que son indígenas, encuentra la Sala que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística es la entidad responsable de la recolección, procesamiento, análisis y difusión de las estadísticas oficiales en Colombia, que según lo establecido en el Decreto 1151 de 2000, tiene como objetivo "garantizar la disponibilidad, calidad e imparcialidad de la información estadística estratégica para el desarrollo social, económico y político del país"; por ende, la información recogida y publica por el DANE tiene carácter meramente estadístico más no constitutivo; es decir, la entidad se encarga únicamente de describir, constatar, y valorar una situación existente, más no constituye, modifica o extingue la situación jurídica de la que goza un sujeto.

Así las cosas, la información recogida por el DANE no es lo que determina si existe o no una comunidad indígena, pues dicha condición no depende de cómo se registre a una comunidad en una determinada base de datos, depende de, tal como lo establece el Convenio 169 de la OIT, de los siguientes criterios:

"a) los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas".

Estos criterios fueron recogidos por esta Corporación en la Sentencia C- 169 de 200147, en la que se identifica a los grupos a los que se les aplica el Convenio 169 de la OIT. En palabras de la Corte:

"Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento "objetivo", a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales

compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento "subjetivo", esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión".

Así mismo, es de anotarse que la Administración Municipal de Rosas al no darle trámite al traslado de la Comunidad Indígena de Intiyaku a la AIC EPS-I, por "no estar identificadas estas personas como población aborigen", desconoció el mandato de la ya citada Ley 691 de 2001, la cual en su artículo 5 le reconoce total validez al censo que las tradicionales y legítimas autoridades de cada pueblo indígena elabore y actualice, el cual puede ser verificado por el ente territorial municipal donde tenga asentamiento el pueblo indígena de que se trate, pero en conjunto con las comunidades tradicionales.

En tercer lugar, el argumento de que la Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I no se encuentra inscrita en el municipio de Rosas, por lo que no puede operar en dicho territorio, ya que el acto administrativo de inscripción (Resolución 00998 de 2005) perdió vigencia por la derogatoria del Acuerdo 300 de 2005 a raíz de la expedición del Acuerdo 415 de 2009, es un argumento que no tiene sustento normativo ni probatorio, pues si bien el Acuerdo 415 de 2009 en su artículo 96 manifiesta que su publicación deroga expresamente al Acuerdo 300 de 2005, entre otros, el cual en su artículo 2 contemplaba que "para efectos de dar cumplimiento al artículo 6 del Acuerdo 294 del CNSSS las ARS que se encuentren inscritas en un municipio no deberán realizar nuevamente el proceso de inscripción y las ARS que deseen inscribirse en nuevos municipios podrán hacerlo en cualquier tiempo presentando únicamente una comunicación en la cual manifiesta su intención de participar en la administración del régimen subsidiado en la respectiva entidad territorial sin sujeción a la presentación de ningún otro requisito", también es cierto que éste (Acuerdo 415) en su artículo 81 numeral 3 expresa que "las EPS-S que se encuentren inscritas en un municipio no deberán realizar nuevamente el proceso de inscripción (…)".

Además, el traslado colectivo solicitado por el Cabildo Indígena Intiyaku se ajusta a los requisitos de los artículos 34 y 35 del Acuerdo 415 de 2009, pues i) la voluntad del traslado se manifestó en el mes de febrero anterior al inicio del periodo de contratación, y ii) los miembros de la comunidad cumplieron con el periodo mínimo de permanencia en la EPS de la que se quieren trasladar48.

Así las cosas, se tiene que la AIC EPS-I sí se encuentra habilitada para prestar sus servicios en el Municipio de Rosas por las razones expuestas precedentemente, y porque, por una parte, se encuentra en el expediente, además de la Resolución de la alcaldía de este municipio en la que se realiza la inscripción de la EPS-I a su jurisdicción, la constancia expedida por el Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia, en la que consta el registro de la Asociación Indígena del Cauca como EPS prestadora del servicio de salud en los Departamentos del Huila y del Cauca49; y por otra parte, porque la AIC EPS-I manifestó que está a la espera de la aprobación del traslado colectivo de los miembros del Cabildo Indígena Intiyaku para abrir su sede en Rosas (Cauca) y así empezar a prestar los servicios de salud50.

En resumen, partiendo de lo anteriormente planteado, se evidencia que el Municipio ha desconocido las siguientes obligaciones: i) dar trámite al traslado colectivo solicitado por el Cabildo Indígena Intiyaku el 23 de enero de 2010; ii) no otorgarle validez al listado censal hecho y presentado por la autoridad indígena representante del cabildo, al manifestar que "conforme a certificación del DANE del nueve (09) de julio de 2009, en el municipio no se identifica población indígena" y iii) negar la inscripción de la Asociación Indígena del Cauca AIC EPS-I, alegando que ésta "no estaba inscrita en el municipio, ya que el acto administrativo de inscripción había desaparecido a causa de la derogación del Acuerdo 300 de septiembre 16 de 2005 con la expedición del Acuerdo 415 de 2009, por lo que los tratados se regían por los artículos 34 y 35 del último Acuerdo".

Entonces, al desconocer tales obligaciones, la Alcaldía Municipal de Rosas (Cauca) vulnera los derechos de la Comunidad Indígena Intiyaku a la concertación de los pueblos indígenas, al traslado colectivo a una EPS-I, a gozar de un sistema de salud conforme a su identidad cultural y a la integridad étnica y cultural.

En este orden de ideas, con respecto a la decisión de segunda instancia, no existen razones para que el juez sostuviera que en el presente caso no se cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 415 de 2009 y en el Acuerdo 326 de 2005, pues en la parte considerativa y en el caso concreto de esta providencia se prueba lo contrario.

Como consecuencia de lo anteriormente esbozado, la Sala revocará los fallos de instancia, concederá la tutela y ordenará a la Alcaldía Municipal de Rosas (Cauca), que en el término de

diez (10) días a partir de la notificación de esta sentencia, si se encuentra en desacuerdo con el listado censal realizado y presentado por la autoridad tradicional del Cabildo Indígena Intiyaku de Rosas, como consecuencia de su discrepancia con los datos arrojados por el DANE, proceda a validar junto con la autoridad tradicional la información presentada, para efectos de identificar plenamente quiénes de los miembros del cabildo tienen derecho al traslado colectivo de EPS.

Para lograr el fin antes descrito, la Sala pone de presente, tal como ya se ha manifestado, que la información recogida y publicada por el DANE no es lo que determina si existe o no una comunidad, pues para tal fin el Convenio 169 de la OIT hace alusión a un criterio subjetivo y otro objetivo, los cuales deben ser tenidos en cuenta por la Administración Municipal de Rosas a la hora de determinar la presencia de miembros de comunidades indígenas en su territorio y para reconocerles sus derechos constitucionales y legales.

Una vez la Alcaldía de Rosas (Cauca) verifique el listado censal en conjunto con las autoridades tradicionales de la comunidad, debe proceder a autorizar el traslado de los miembros de la Comunidad Indígena Intiyaku a la AIC EPS-I en el mes de enero de 2012, es decir, antes de que comience el próximo periodo de contratación.

1. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos contenida en Auto de fecha veintiuno (21) de febrero de 2011, proferido por la Sala Séptima de Revisión de esta Corporación.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida el día doce (12) de mayo de 2010, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Rosas (Cauca) del quince (15) de marzo de 2010, en cuanto declaró improcedente la acción impetrada. En su lugar CONCEDER la tutela a los derechos fundamentales a la concertación de los pueblos indígenas, al traslado colectivo a una EPS-I, a

gozar de un sistema de salud conforme a su identidad cultural y la integridad étnica y cultural de los miembros de la Comunidad Indígena Intiyaku de Rosas (Cauca), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Rosas (Cauca) que, una vez hecha la verificación de que trata la orden precedente, proceda a autorizar a más tardar en el mes de enero del año 2012, el traslado a la AIC EPS-I de los miembros de la Comunidad Indígena Intiyaku de Rosas.

QUINTO.- ORDENAR al representante de la Alcaldía Municipal de Rosas (Cauca), ENVIAR a más tardar en un (1) mes contado a partir de la notificación de esta providencia, un informe detallado al Juez de primera instancia sobre el cumplimiento de las órdenes.

SEXTO.- ORDENAR al representante de la Alcaldía Municipal de Rosas (Cauca), ENVIAR al finalizar el periodo de traslado, un informe detallado al Juez de primera instancia sobre el cumplimiento de las órdenes.

SÉPTIMO.- INSTAR a la Defensoría del Pueblo para que vigile el estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional.

Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRTELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Véase en internet en: http://www.who.int/whr/es/index.html. Consultada el 9 de octubre de 2011 a las 12: 33 PM.

2 Véase en Internet en: https://www.pfizer.es/salud/salud_sociedad/sanidad_sociedad/salud_derecho_fundamental.html. Consultado el 9 de octubre de 2011 a las 12:50 PM.

3Sentencia T- 760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: "El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías: La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. (…) Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud"

4 Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

5 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

6 Numeral 8.

7 Teniendo en cuenta la protección especial a la diversidad étnica y cultural reconocida en nuestra Constitución en su artículo 7 y su relación directa con los principios consagrados en

los artículos 1 y 2 del texto constitucional, los cuales tratan el tema de la democracia y el pluralismo, los artículo 171 y 176 que tratan el tema de las circunscripciones territoriales y especiales de las minorías étnicas, el artículo 246, que le atribuye un estatus especial a las comunidades indígenas mediante el reconocimiento de una jurisdicción especial, y el artículo 330, entre otros, que preceptúa la forma especial de autogobierno mediante la creación de poderes propios de acuerdo a su cultura y necesidades, el Estado se ve en la obligación de garantizar el derecho con un enfoque diferencial, en aras de fomentar tanto el respeto por la diversidad étnica y cultural, como la creación de un sistema de salud de calidad que impida la perdía de identidad.

8 Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

9 Derogado por el Acuerdo 415 de 2009

10 Sentencia T- 704 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

11 M.P. Jorge Arango Mejía

13 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

14 Artículo 156

15 Artículo 153

16 Artículo 159 numeral 3

17 Artículo 14

18 Artículo 45

19 Artículo 25 parágrafo 1

20 Artículos 14, 15, 16, 17 y 18

21 Artículo 17

22 Artículo 2° y 6°

23 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

24 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

25 M.p. Jorge Iván Palacio Palacio

26 Sentencia T- 163 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

27 Artículo 81

28 Artículo 52 del Acuerdo 415 de 2009

29 Artículo 60 del Acuerdo 415 de 2009

30 Decreto 330 de 2001

31 Decreto 4127 de 2005.

32 Decreto 330 de 2001

33 Ley 691 de 2001

34 Artículo 5 de la Ley 691 de 2001

35 Artículo 5 de la Ley 691 de 2001 y artículo 6 parágrafo 5 del Acuerdo 415 de 2009

36 Artículo 6 del Acuerdo 326 de 2005

37 M.P. Álvaro Tafur Galvis

38 M.P. Antonio Barrera Carbonell

39 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

40 Cuaderno 2, folio 1

41 Sentencia T- 417 del 25 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa

42 Artículo 2 del Acuerdo 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y

artículo 5 de la Ley 691 de 2001, Artículo 161 de la Ley 100 de 1993, artículo 10, 42 y 43 del Decreto 806 de 1998 y artículo 10 de la Ley 1122 de 2007

43 Acuerdo 415 de 2009

44 Folios 39-44, cuaderno 1 y 19-29, cuaderno 2

45 Folio 33, cuaderno 2

46 Folio 13-26, cuaderno 2

47 M.P. Carlos Gaviria Díaz

48 Folios 31-45, cuaderno 1

49 Folio 60, cuaderno 2

50 Folio 54, cuaderno 2