

**MARCO NORMATIVO PARA EVALUAR
LAS POLÍTICAS DE SALUD PARA INDÍGENAS
(DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL)**

CAROLINA TRUJILLO VANEGAS

Trabajo de Grado (TESIS) para Optar Al Título de Abogado

INDICE

HAGA CLICK PARA ACCEDER A LAS SIGUIENTES SECCIONES:

- [1. PORTADA](#)
- [2. CARTA DE PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR](#)
- [3. TABLA DE CONTENIDO](#)
- [4. CUERPO DEL TEXTO](#)
- [5, BIBLIOGRAFIA](#)

**MARCO NORMATIVO PARA EVALUAR
LAS POLÍTICAS DE SALUD PARA INDÍGENAS
(DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL)**

CAROLINA TRUJILLO VANEGAS

Trabajo de Grado (TESIS) para Optar Al Título de Abogado

**Directora
Dra. ILDIKO SZEGEDY MASZAK**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ÁREA SOCIOLOGÍA JURÍDICA
BOGOTÁ, D.C. MAYO
2009**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Bogotá D.C., 3 de junio de 2009.

Señores
BIBLIOTECA GENERAL
Pontificia Universidad Javeriana
Ciudad.

Asunto: Trabajo de grado.

Estimados señores:

Presento el trabajo de grado titulado **"MARCO NORMATIVO PARA EVALUAR LAS POLÍTICAS DE SALUD PARA INDÍGENAS EN COLOMBIA (DESARROLLO LEGISLATIVO Y JUROSPRUDENCIAL)"**, de la egresada **CAROLINA TRUJILLO VANEGAS**, cuya sustentación fue aprobada en este Departamento.

Muy atentamente,



HERNANDO GUTIERREZ PRIETO
DIRECTOR

Departamento de Sociología y Política Jurídica

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

La Constitución Política de 1991 Como Marco Normativo Para Una Política de Salud

1.1. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991

1.2 Convenio 169 OIT

1.3 Constitución Política de 1991

CAPÍTULO 2

Desarrollo Legislativo y Jurisprudencial

2.1 Leyes y Decretos Relacionados

2.1.2 Las Comunidades Indígenas frente a la Ley 100 de 1993

2.2 ANÁLISIS ESTÁTICO de los Principales Pronunciamientos Jurisprudenciales sobre el Tema de la Salud en las Comunidades Indígenas.

- Sentencia C-530, del once de noviembre de 1993
- Sentencia C-089, del 3 de marzo de 1994
- Sentencia T-288, del 5 de julio de 1995
- Sentencia T-422, del diez de septiembre de 1996

- Sentencia SU-039, del 3 de febrero de 1997

3.2.1 Análisis de las Sentencias y Cuadro Comparativo

CAPÍTULO 3

Ejercicio de observación de la situación actual indígena

3.1 Situación Actual de los Indígenas

3.1.1 Conflicto Armado

3.1.2 Desarrollo de la Actualidad Y Problemática

3.2 ¿El Desarrollo Legislativo y Jurisprudencial Han Logrado Satisfacer Los Principios del

Marco Normativo?

3.2.1 Las Comunidades Indígenas del Departamento del Vichada.

3.2.2 La Perspectiva del Sistema General de Protección Social en Salud entre las Comunidades

Indígenas del Putumayo

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El tema de las comunidades indígenas en Colombia ha sido tratado mayoritariamente por sociólogos, antropólogos, politólogos y otras ciencias afines, pero es muy poco lo que se ha tratado desde la perspectiva jurídica, y en especial sobre un tema en particular como lo es la salud.

En este trabajo se busca analizar las diferentes medidas regulatorias que el Estado ha implementado para atender las necesidades de salubridad de las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional. Es la Salud punto de referencia en el presente estudio, para observar las políticas que el Estado ha implementado y la percepción que tienen los indígenas de tales medidas.

Se verá cuáles son las dificultades que deberán enfrentar tanto el Estado como las comunidades indígenas, para conseguir armonizar la prestación del servicio y la garantía de su funcionamiento y eficacia. Se hará un análisis de la normatividad vigente y su incidencia en las culturas y cosmovisión de los indígenas de Colombia, además de un seguimiento a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el tema y plantearemos los principales inconvenientes e inquietudes que existen actualmente en torno a la salud entre las comunidades indígenas.

Este estudio ha sido congruente con los desafíos que implican la violencia, la interculturalidad, la intolerancia, la escasa o casi nula comunicación entre las partes, la idiosincrasia indígena y la mentalidad de desarrollo occidental, entre otros retos que ha encontrado la implementación de las

políticas públicas en salud que se han elaborado desde el Estado para las comunidades indígenas, pero que al llegar a su implementación han sido ineficaces.

Se han planteado también los principales avances que se han conseguido, la participación de otros agentes no estatales como Organizaciones No Gubernamentales, universidades y centros de formación académica como el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- en la consecución de un Sistema General de Seguridad Social en Salud acorde con las realidades de las comunidades indígenas.

Con este trabajo, se espera brindarle al lector un marco normativo, para la evaluación de las políticas públicas en salud, con referencia a la situación actual de los indígenas. Así señalar los principales problemas que han existido, y aún subsisten, para acercar el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las comunidades indígenas de Colombia. Se planteará dos situaciones particulares, una entre las comunidades del Departamento del Vichada, y otra en el Departamento del Putumayo, en las que es posible vislumbrar las principales dificultades que existen hoy en día, y las soluciones que desde el Estado y otros agentes se han elaborado.

CAPITULO I.

La Constitución Política de 1991 Como Marco Normativo Para Una Política de Salud

1.1. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991

La Asamblea Nacional Constituyente, como movimiento político nacional tuvo grandes repercusiones al interior de nuestro ordenamiento jurídico; al mismo tiempo que los reconocimientos a la población indígena eran promulgados por organismos internacionales, Colombia vivía un proceso de reformas institucionales; se había convocado una Asamblea Nacional Constituyente, cuya misión era la de redactar una nueva constitución que respondiera a las nuevas necesidades que se vislumbraban. Este escenario fue aprovechado por las comunidades indígenas, que apoyados en los referidos instrumentos y al advenimiento de la conmemoración de quinto centenario de la conquista de América, decidieron demandar su reconocimiento.¹

En la Asamblea la cuota de participación de las comunidades indígenas fue considerable, con referencia a la población indígena que habita en el territorio nacional; Lo anterior, sumado a la acogida que tuvo la reivindicación de sus derechos por parte de algunos movimientos, como el Movimiento 19 de abril (M-19) permitió que la consagración de los mismos fuera un hecho. Sin embargo, es importante resaltar que las propuestas presentadas para tal efecto no estuvieron sustentadas en profundos debates, sino que por el contrario, fueron aprobados de una forma

¹ PEREZ, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis sexta edición, Bogotá D.C. 2003 Pág. 206

precipitada, sin el total entendimiento de las repercusiones que las declaraciones realizadas traerían en el futuro próximo de la Nación.²

Los diferentes avances que se lograron en torno a la cuestión indígena dentro de la Asamblea Nacional Constituyente, son el resultado del trabajo realizado por los constituyentes indígenas, quienes a través de sus propuestas, estructuradas por las mismas comunidades dentro de sus espacios de participación comunitaria, dejaron al descubierto la existencia y la presencia de los pueblos indígenas que clamaba por ser reconocida.

Las propuestas presentadas por la ONIC “La Colombia que Queremos” y “Tierra, Autonomía y Cultura” fueron concebidas con base en las discusiones realizadas en el interregno de 1988 y 1990 y concretadas en el marco del III Congreso Nacional Indígena, en donde se eligió como representante a la Asamblea Nacional Constituyente al indígena Emberá Francisco Rojas Birry. Por su parte, la propuesta de la Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), quienes designaron como representante al indígena guambiano Lorenzo Muelas, fue producto de largas sesiones de investigación por parte de los cabildos de Nariño y Cauca y de diferentes colaboradores de la sociedad mayor, quienes han estado identificados con la causa indígena.³

Se presentaron múltiples proyectos reformativos de la Constitución Política, cuyo común denominador era el reconocimiento de esa realidad que durante siglos fue ignorada y negada: el reconocimiento del carácter pluri-étnico y multicultural de la nación colombiana, que a pesar de

² Ibid.

³ www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid1=534000 Último Acceso Junio 21 de 2008.

ser una característica preexistente, nunca había sido plasmado en una Constitución Política, la cual se supone debe contener los postulados básicos, los cimientos sobre los cuales se erige un estado y el reflejo de una sociedad. No obstante este avance, que se dio y que se nota con la ponencia presentada por el Constituyente Francisco Rojas Birry sobre los *Derechos de los Grupo Étnicos*.⁴

Se reseñaron diferentes propuestas formuladas por la subcomisión de igualdad y carácter multiétnico de la Comisión Preparatoria de derechos humanos, por el Gobierno y por diferentes delegatarios. Dentro de estas se resaltan las siguientes: (1) Proyecto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 7. Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 8, martes 19 de febrero de 1991 Preámbulo “instaurar las bases de una auténtica convivencia democrática (...) inspiradas en los principios de tolerancia, a todas las creencias y convicciones, en el pluralismo político y en la reafirmación de la identidad nacional dentro del respeto a su diversidad regional, étnica y cultural”.

2. “Artículo 22. Cultura y patrimonio cultural. (...) “El Estado protege a todos los colombianos en el ejercicio de sus culturas, tradiciones y lenguas, reconociéndoles igualdad y dignidad”; (3) Artículo 7 “Se reconoce el carácter multiétnico de la nación. El estado reconoce las formas de propiedad de las comunidades indígenas y les garantiza el ejercicio de sus derechos: a preservar su identidad cultural, a la protección de su lengua y a la adopción autónoma de su propia

⁴ Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos del proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 83. Gaceta Constitucional No. 67. Mayo 1991 Pág.14

organización interna. La Ley establecerá procedimientos especiales para que los derechos de los grupos étnicos sean efectivamente garantizados”.⁵

Así, la ponencia específica por el principio de diversidad cultural sólo fue justificado y sustentado a fondo por tres propuestas indígenas. La ONIC presentó, a través de Francisco Rojas Birry, dos propuestas: (1) En primer lugar, el proyecto “La Colombia que Queremos” en el que se realizó una exposición del ideario que los pueblos indígenas consideran necesario para reivindicar sus derechos y formar un verdadero Estado dentro del cual los principios de democracia participativa y pluralista, justicia y paz, y los derechos humanos sean efectivamente respetados y realizados. Se resaltaron seis puntos importantes en dicha reivindicación: 1. Queremos una patria habitada por seres humanos que respeten la diferencia, que tengan la tolerancia como su norte, que dialoguen y resuelvan sus conflictos pacíficamente. (...) 2. Queremos una nación que se reconozca rica y variada como es. (...) 3. Queremos una patria de todos. (...) 4. Queremos en Colombia un nuevo mapa vital que reconozca las regiones y los grupos étnicos. (...) 5. Queremos una Colombia que viva en armonía con la naturaleza y que pueda respirar un aire puro. (...) 6. Queremos una Colombia en donde la pena de muerte y la impunidad no sustituyan una correcta aplicación de justicia.⁶

El segundo proyecto se denominó “Tierra, Autonomía y Cultura”, se basó primordialmente en el reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural del pueblo colombiano: “...la nación se trata, diversa y rica, como reconocimiento de la realidad que expresamos. Somos un crisol de

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

razas y así hay que entenderlo. Colombia deberá reconocerse en la unidad de la diversidad. (...) La unidad nacional se afianza entonces partiendo de la diferencia y abriendo espacios para que esos valores se manifiesten, fortaleciendo con ello nuestra Nación. (...) Por eso nos parece fundamental que en el artículo primero de la Nueva Constitución se consagre el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano”.⁷

Como consecuencia de esta demanda, se propuso igualmente la consagración del principio de autonomía, en virtud del cual, se reivindicada la autodeterminación de estos grupos, con el fin de que se respetaran y se reconocieran sus propias formas de gobierno, sus tradiciones, sus usos, costumbres y prácticas.

Por otra parte, las AICO presentaron otra propuesta indígena, a través de su representante Lorenzo Muelas, en la cual no sólo se expresó de manera clara la diferencia existente entre la sociedad mayor y la cosmovisión de los pueblos indígenas, sino que se expuso el concepto de Derecho Mayor, en el entendido de que “a través de nuestras luchas de la última década hemos venido clarificando nuestro pensamiento para poder expresarlo en términos jurídicos que sean entendibles a la población nacional . Por eso venimos hablando de nuestro Derecho Mayor. (...) Por Derecho Mayor entendemos el cuerpo de derechos que nos acompaña como miembros de las comunidades y pueblos originarios de estas tierras americanas, y que tienen primacía sobre los demás derechos constitucionalmente consagrados”.⁸

⁷ Ibid.

⁸ Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos del proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 83. Gaceta Constitucional No. 19. Marzo 1991 Pág.14.

Estas propuestas constituyen un hito importante para la lucha indígena, porque es la apropiación por parte de los pueblos indígenas de las prácticas, del lenguaje y del discurso característico de la sociedad mayor, que por años los ha dejado en el olvido, para participar de las mismas instituciones, para ponerse dentro de la misma línea argumentativa, y lograr que sus demandas de reconocimiento, sus quejas y aquel código cultural que intentan transmitir sea recibido y entendido.

Dentro de este panorama, los indígenas que no sólo afrontan las mismas necesidades de los colombianos sino que además sufren la discriminación por ser distintos a los demás, porque hablan diferente, piensan diferente, sienten diferente y actúan diferente. Es la base manifiesta por la cual se reclama el reconocimiento de la diversidad; y no se trata de una simple diversidad étnica, cultural, geográfica, psicológica o de costumbres, sino de algo más profundo, de una diferencia humana en términos reales, históricos, lingüísticos y de pensamiento; diversidad hasta en la concepción del mundo.

Del igual forma, en el proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 83, el mismo constituyente expresa la necesidad de un reconocimiento real y material, como el hecho de su existencia dentro de la nación colombiana, enfatizando en que “no todos somos iguales”, teniendo en cuenta que las diferencias con la cosmovisión indígena son visibles: “Difícilmente se puede compaginar nuestra visión, sentimiento de ser hijos de la tierra, con la característica actual de una población nacional, constituida por hijos del viento, para la cual el arraigo, la raíz y la pertenencia, constituyen rémoras que les impiden desparramarse por el país o irse a vivir en otras

partes del mundo. Y cuando se piensa, se habla y se siente distinto, es inevitable que se actúe también distinto”.⁹

Por su parte, Francisco Rojas Birry en la exposición general realizada en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de 20 de febrero de 1991, durante la cual presentó a grandes rasgos su proyecto “La Colombia que Queremos”, reseñó como uno de sus puntos principales, “el reconocimiento de una nación rica y variada como lo es el pueblo colombiano”, y no “como una abstracción jurídica” como hasta ahora se había concebido, basándose en una presunta nación homogénea, como rezago del postulado, fuertemente cuestionado del liberalismo, que consagraba el ideal de una sociedad universal. “Esta diversidad nos lleva a considerar en este momento en el que la Asamblea Nacional Constituyente se plantea como la posibilidad del nuevo pacto entre los colombianos, que es la oportunidad para que la sociedad colombiana concilie sus diferencias con los grupos étnicos, dejando en la Carta Magna el reconocimiento a su autonomía y sentadas las bases para garantizar su participación política y económica en la nueva nación. A ello contribuirá el reconocimiento de los territorios étnicos como unidades político administrativa y la circunscripción electoral para los grupos étnicos (...) Nuestro desarrollo social, económico y político requiere del apoyo del Estado. Por esto, se hace necesario que las reformas constitucionales incluyan los derechos específicos de nuestras comunidades, pero también, que sean formulados con claridad los mecanismos para hacerlos efectivos .Palabras tomadas del constituyente”.¹⁰

⁹ Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos del proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 83. Gaceta Constitucional No. 19. Marzo 1991. P.14

¹⁰ Ibid. P. 14

Ante dichas manifestaciones, que constituyen claros reflejos de la realidad indígena y de las minorías étnicas, el reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural de la nación no tuvo mayor discusión, quedando plasmado en el artículo 7° de la Constitución de la siguiente manera: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Consistente en el reconocimiento de los derechos indígenas, o de las diferentes comunidades que pueden concebirse como grupos étnicos, que tiene mas una explicación antropológica que social, que designa a una comunidad humana que tiene una identidad cultural particular, derivada de características sociológicas precisas, a saber: (1) Poseer un legado cultural tradicional, que constituya una interpretación propia que sitúe al hombre en relación con su medio externo y con y con la comunidad, y asegure su identidad; (2) Tener un sentimiento de pertenencia al grupo étnico como una colectividad humana poseedora de una identidad cultural; (3) Contra con formas propias de organización social, distintas a las de la sociedad nacional, que regulen el comportamiento de los miembros del grupo, las relaciones de estos entre si, la organización del trabajo social y la distribución de oportunidades de acceso a los beneficios generados, de tal forma que los pueblos indígenas, fueron los únicos para los cuales, la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, traería como consecuencia el posterior estudio de disposiciones constitucionales, que realzaran y materializaran dicho principio. Los derechos de los indígenas fueron reconocidos expresamente, no dentro de un título especial como lo proponían los representantes indígenas, sino dispersos en el texto constitucional, haciendo aún más difícil su ubicación y realización.

Hay que resaltar, que al utilizar el término derechos colectivos, se está aludiendo al hecho de que las comunidades indígenas han sido reconocidas como pueblos, y en esa medida, se les ha

consagrado como sujetos colectivos de derecho. Contrario a los derechos individuales, los cuales están adscritos al ser humano individualmente considerado, quien puede invocarlos en su propio nombre, los derechos colectivos se encuentran atribuidos a grupos de personas culturalmente diferenciados y sólo pueden ser demandados por una entidad colectiva. La cultura es un fenómeno grupal; los miembros de las comunidades indígenas, se encuentran atados a su comunidad a través de lazos culturales, de una forma horizontal, es decir, que implican la utilización de unas mismas prácticas y un mismo discurso, siendo imposible considerarse en forma individual, con prescindencia de su cultura, de su comunidad y de sus mismas tradiciones, pues resultaría la misma negación de su propia existencia.

1.2 Convenio 169 OIT

A este respecto, el Convenio 169 de la OIT, que fue introducido como legislación nacional por la Ley 21 de 1991, en su artículo primero, señaló su ámbito de aplicación subjetivo: artículo 1° “a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbre y 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”¹¹

¹¹ Ley 21 de 1991 Art. 1.

Esta concepción de pueblos y por consiguiente de sujetos colectivos, era indispensable para que el sistema de protección de tradiciones y formas de vida indígenas que intentaron estructurar funcionara, debido a que la individualización de la titularidad de estos derechos frustraría el propósito de la lucha indígena y las demandas de reconocimiento de sus propios derechos, como cultura diferente.

La Corte Constitucional ha realizado un gran desarrollo sobre este punto al establecer que la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional, amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia.¹²

El cambio conceptual introducido sobre este punto por el Convenio 169 de la OIT frente a su antecesor, el Convenio 107 de 1957, puede percibirse con la simple comparación del artículo primero de estos instrumentos. El Artículo 1º del Convenio 107 de la OIT dice: “El presente Convenio se aplica: a) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en

¹² CEPEDA ESPINOSA, Manuel. Derecho Constitucional Jurisprudencial, Editorial Legis S.A. primera edición Bogotá D.C. 2001 Pág. 784

una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que esa su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.”¹³

En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (Constitución Política. artículos. 1, 7 y 14).

Esos derechos fundamentales de los pueblos indígenas fueron propuestos al interior de la Asamblea Nacional Constituyente por sus representantes, quienes exteriorizaron la importancia de su consagración en un cuerpo definido, en un capítulo especial, para un mejor entendimiento de sus connotaciones y para que en la práctica se constituyera como una real garantía para la efectividad de los mismos.

En la ponencia sobre los derechos de los grupos étnicos, se señalaron como fundamentales los derechos a la identidad cultural, a la autonomía, al territorio, a participar en la vida pública de la Nación y a relacionarse con la protección que la Carta extiende a la anotada diversidad, que se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades, como sujetos colectivos autónomos y

¹³ Convenio 107 de 1957 de la OIT Art. 1

no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias.

Así, esa protección jurídica se deriva a la sociedad nacional en términos que aseguren el respeto a la identidad cultural y que a cada uno de estos derechos se justifique precisamente en los elementos que caracterizan, a los pueblos indígenas como grupos étnicos, pues no hay que perder de vista que, al interior de la Asamblea, la lucha por la consagración de estos derechos siempre incluyó a las negritudes y a los pueblos raizales como grupos étnicos. Llegamos así a lo que podría llamarse una nueva etapa final, consistente en la consagración de la Jurisdicción Especial Indígena, estrechamente vinculada al derecho a la identidad cultural, que tiene su mayor expresión en la ratificación del carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana. Reconoce esta el derecho a la autonomía, que se traduce en la posibilidad de auto determinarse como pueblo, es decir, de establecer su propia organización, sus características formas de gobierno, sus estructuras sociales específicas, administrativas y económicas conforme a sus usos y costumbres; así mismo, a tener sus propias autoridades tradicionales, a guiarse bajo sus normas y códigos de comportamiento y a sancionar las conductas que los miembros de la comunidad realicen en contra de su propia organización sociocultural. Bajo el presupuesto de la diversidad étnica y cultural, y como manifestación del derecho a la autonomía, se estudió la necesidad de crear una jurisdicción propia, que permitiera a las comunidades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales, que pudieran administrar justicia por sus propias autoridades tradicionales, de acuerdo con sus usos y costumbres.¹⁴

¹⁴CEPEDA ESPINOSA, Manuel. Derecho Constitucional Jurisprudencial, Editorial Legis S.A. primera edición Bogotá D.C. 2001 Pág. 766 y 784 y siguientes.

1.3 Constitución Política de 1991

En 1991 se expidió la nueva Constitución Política de Colombia, bajo una nueva concepción de Estado Social de Derecho¹⁵. Por primera vez en mucho tiempo, el ordenamiento jurídico colombiano acogía a los indígenas y se los integraba, bajo la norma máxima consistente en igualdad, de principios forjados en derecho, como la participación y la democracia.

La Constitución colombiana, que en su generalidad ha sido modificada desde su creación por actos reformativos, muestra, sin duda alguna, avances muy importantes, en especial y para los objetivos que tenemos en este trabajo, la formación de instituciones como la Tutela, que se funge como la herramienta mas real e importante para la protección de los derechos de los ciudadanos y la Libertad de Cultos, que uniformó a las culturas cristiana, predominante en Colombia desde los tiempos de la Colonia, y las demás tradiciones religiosas que bien, o ya se encontraban en nuestro territorio desde antes de la llegada de los colonizadores, o fueron integrándose a lo largo de la historia. Pero hay sin duda algunos artículos que merecen ser rescatados en nuestro análisis acerca del contraste de la constitución política para con el ordenamiento especial indígena.

La Constitución Política de Colombia consagró en su artículo séptimo la diversidad étnica y cultural de la siguiente forma: “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y Cultural de la Nación colombiano*”¹⁶ como respuesta a una realidad socio cultural que ha estado presente durante toda la historia de nuestro país. Con base en ese principio constitucional, se erigen una serie de prerrogativas y derechos constitucionales a favor de las minorías étnicas, principalmente

¹⁵ PEREZ, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis sexta edición, Bogotá D.C. 2003 Pág. 200 y siguientes.

¹⁶ Art. 7 Constitución Política de Colombia

de las Comunidades indígenas, a quienes no sólo se les otorgó derechos individuales como personas y ciudadanos, sino que así mismo, se les reconoció como miembros de una colectividad determinada, con rasgos culturales propios y con una organización política y social.

Dicha institución, consagrada en el artículo 246 de la Carta Política, supone el derecho a la existencia cultural alterna, dentro de un marco de tolerancia, respeto y aceptación de los modos diversos de entender el mundo, e implica la intención de integrar dentro del Sistema Jurídico Nacional el conjunto de sistemas múltiples de solución de conflictos, lo que implica el derecho de las comunidades indígenas a gobernarse y administrar su propio territorio de acuerdo a sus costumbres, tradiciones e instituciones. *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y Leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esa jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”*¹⁷

La ausencia causada por la falta de formas claras de coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial, ha impedido que se establezcan las bases conceptuales que sustentan la institución, no obstante el hecho de que su ejercicio se encuentre vigente, en la medida en que la norma constitucional es de aplicación inmediata, por cuanto dicho ejercicio no se encuentra sujeto a la expedición de norma alguna. Sin embargo, es preciso resaltar el importante papel que ha desempeñado la Corte Constitucional en este punto, puesto que a través de su jurisprudencia, se ha logrado esclarecer los aspectos cardinales de la Jurisdicción Especial

¹⁷ Art. 246 Constitución Política de Colombia.

Indígena, constituyéndose como su principal herramienta de interpretación, dado que el ejercicio de la misma plantea una serie de interrogantes, que no han sido objeto de desarrollo legal alguno.

Entre las propuestas indígenas, se hizo manifiesta la existencia de mecanismos de solución de conflictos propios, que durante años se han erigido como medios de control social al interior de las comunidades, los cuales garantizan la estabilidad de la misma organización al estar sustentados en las prácticas y formalidades tradicionales de las diferentes etnias. Francisco Rojas Birry planteó la solidez de las autoridades tradicionales de su pueblo en los siguientes términos: “Nuestras autoridades son elegidas por la comunidad teniendo en cuenta su vida, experiencia y sabiduría. Cuando no responden a nuestros intereses, simplemente los cambiamos. Los castigos y sanciones a la faltas de cualquier indígena son acordadas en reunión de toda la comunidad, según nuestras propias leyes y reglamentos.”¹⁸

La coexistencia de estos sistemas múltiples y diversos implicó la necesidad de incorporar y reconocer nuevamente esas diferentes realidades en la Constitución, con el fin de introducirlos en el marco institucional del Estado, resaltando el principio de unidad nacional, con respeto a la diferencia; máxime cuando en instrumentos internacionales, el Estado colombiano ya había ratificado su compromiso para proteger y respetar las formas propias, usos y costumbres de los pueblos indígenas.

Los artículos 8° y 9° del Convenio 169 de la OIT así lo corroboran: Artículo 8o. “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus

¹⁸ Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos del proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 119. Gaceta Constitucional No. 29. Marzo 1991

costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Artículo 9º 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.¹⁹

De acuerdo a lo anterior, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberían tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Como consecuencia de esto, dentro de la Comisión Cuarta de la Asamblea Nacional Constituyente, encargada de desarrollar los temas de administración de justicia y ministerio público, se realizó el estudio en torno a la especialidad de las comunidades indígenas, el cual fue catalogado como un asunto “menor”, que no suscitó mayor debate, ni un análisis profundo, por causa del apremio de tiempo. En este espacio, los representantes indígenas presentaron sus propuestas con el siguiente articulado: “Las autoridades tradicionales de los grupos étnicos, tendrán jurisdicción dentro de sus territorios, articulada a los sistemas judiciales nacional. Artículo 58. Administran justicia la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de

¹⁹ Convenio 169 de la OIT Arts. 8 y 9.

distrito, los demás tribunales y juzgados que establezcan la ley y las autoridades de los grupos étnicos”.²⁰

Como se ha mencionado, las propuestas presentadas incluían igualmente a los grupos raizales y las negritudes; sin embargo, la comisión correspondiente no aprobó la consagración de una jurisdicción propia para estos grupos, como sí lo hizo para los pueblos indígenas. Finalmente, concluyó que como corolario del reconocimiento de las comunidades indígenas, como cultura diferenciada y en ejercicio de su autonomía, era indispensable y necesario admitir la capacidad jurídica de sus autoridades tradicionales para resolver sus propios conflictos, a través de la consagración de la Jurisdicción Especial. No obstante, también fue necesario insistir en una debida articulación con el sistema jurídico nacional, pues por una parte, los representantes indígenas aceptaron que muchas veces esos sistemas múltiples no abarcaban la solución de la totalidad de los conflictos que se presentaban dentro de sus respectivas comunidades; y por otra parte, la continua interacción entre las diferentes comunidades, y entre estas y la sociedad mayor, conllevaría indiscutiblemente a la generación de conflictos interétnicos y multiculturales, donde la presencia del sistema jurídico nacional era indispensable para su solución.²¹

Sin embargo, la comisión redactora por cuestiones de estilo, modificó el texto del articulado, que se incluiría en el Título VIII, correspondiente a la estructura de la Rama Judicial, en un capítulo aparte sobre jurisdicciones especiales, convirtiéndose en el artículo 246 de la Constitución vigente: “Artículo 246. Las autoridades de los Pueblos Indígenas podrán ejercer funciones

²⁰ Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos del proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 119. Gaceta Constitucional No. 29. Marzo 1991

²¹ Ibid.

jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y Leyes de la República. La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.²²

De esta forma, la Jurisdicción Especial Indígena quedó consagrada como una institución de aplicación inmediata, puesto que para su práctica no quedó sujeta al otorgamiento de una competencia específica por parte de una ley. Sin embargo, la Constitución ordenó la expedición de una ley para establecer las formas de coordinación con el sistema judicial nacional.

“El ejercicio de la Jurisdicción Indígena no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley. De allí que al legislador le corresponde la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional”.²³

No obstante lo anterior, el desconocimiento de las diferentes etnias que habitan en Colombia, la complejidad de la misma institución, la presencia de diversos mecanismos de resolución de conflictos dentro de las comunidades y la falta de expedición de la ley, a la cual se hizo referencia

²² Art.246 Constitución Política de Colombia

²³ Sentencia T- 254 de 1994, del magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

anteriormente, allanó el camino para que los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial no se hicieran esperar.

Colisión de competencias, impunidad, problemas de simple jerarquía, legitimidad de las autoridades tradicionales y las autoridades de la sociedad nacional, los límites de la jurisdicción especial desde categorías occidentales, la acreditación como indígenas de comunidades y miembros de las mismas para evitar la sustracción de campesinos del régimen ordinario y tensiones frente a los principios que soportan la institución, tales como la unidad nacional y el reconocimiento de la diversidad, son algunos ejemplos de la problemática que ha suscitado la consagración de la Jurisdicción Especial Indígena, sin el desarrollo ontológico necesario para su debida articulación.

El incipiente desarrollo que se ha logrado en torno a la implementación efectiva de la Jurisdicción Especial Indígena y su articulación con el Sistema Judicial Nacional, se debe en su mayor parte a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, corporaciones que han fijado los límites, las competencias y los elementos propios de la institución. Empero, no hay que dejar de lado el constante esfuerzo que la Dirección General de Asuntos Indígenas, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, ha realizado en este tema, a través de sus conceptos y sus investigaciones, a pesar de no contar con una infraestructura adecuada, debido al bajo presupuesto que se le ha asignado por parte del Gobierno Nacional.

No ha sido suficiente más de una década para que el imperativo constitucional, establecido en el artículo 246, para la coordinación entre las autoridades indígenas y el Sistema Judicial Nacional se haga realidad. La falta de voluntad política del órgano legislador, no obstante el esfuerzo y la

participación de los representantes indígenas en su conformación, ha sido la razón por la cual los diferentes proyectos que se han presentado para tal efecto se hayan archivado.

El primer proyecto redactado sobre la coordinación entre las jurisdicciones fue presentado por la ONIC ante el Congreso, en 1991. Se especificaba que la pena se cumpliera dentro de la comunidad a la cual perteneciera el indígena, y cuando no fuera posible, en un lugar próximo, en régimen de semilibertad y con la posibilidad de realizar un trabajo comunitario, con miras a una verdadera rehabilitación. Se planteaba además que, cuando la comunidad indígena no pudiera aplicar sus usos y costumbres, especialmente en casos de reincidencia, se solicitaría el apoyo de la jurisdicción nacional.

Este proyecto fue rechazado por el Congreso y presentaba grandes falencias, pues se basaba en consideraciones procedimentales, las cuales, conforme a la Constitución, no se habían sujetado a una regulación posterior, por lo cual representaba la misma negación de un derecho que la Carta Política les había otorgado.

Los últimos proyectos radicados en la Secretaría del Congreso de la República fueron presentados por el indígena Jesús Enrique Piñacué. Su redacción y contenido es similar, y las pequeñas variaciones se incluyeron basándose en la recomendaciones de la Dirección General de Asuntos Indígenas y de otros miembros de la misma corporación.²⁴

²⁴ Entrevista al indígena Jesús Enrique Piñacué. Junio 2008.

CAPÍTULO 2

Desarrollo Legislativo y Jurisprudencial

2.1 Leyes y Decretos Relacionados

Previamente al análisis de la Seguridad Social en Salud (Ley 100 1993), que cubre a la población indígena en Colombia, consideramos pertinente hacer un recorrido por las principales leyes y normas vigentes que protegen a los grupos étnicos en Colombia y a las comunidades indígenas del país, especialmente en el tema de la Seguridad Social en la Salud.

La primera ley que encontramos es la Ley 74 de 1968, por medio de la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. La Ley 16 de 1972, que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el “Pacto de San José de Costa Rica”.

La Ley 22 de 1981, por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2106 del 21 de diciembre de 1965.

Existe también la Ley 21 de 1991, la cual aprobó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la

OIT, Ginebra, 1989. Conforme a este Convenio, los gobiernos deben, con la participación de los pueblos indígenas y tribales, desarrollar acciones tendientes a la protección de sus derechos y a garantizar el respeto a su integridad, a través de medidas concretas que permitan salvaguardar tanto a las personas, como a sus instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente.

Establece, además, que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados las medidas que puedan afectarlos y establecer medios a través de los cuales puedan participar libremente en la adopción de decisiones en instituciones electivas y otros organismos. De igual manera, los pueblos interesados deben participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional si sus intereses están comprometidos.

El Convenio señala también, que los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna y que se debe velar porque los servicios de salud sean adecuados, se organicen de manera comunitaria, se planeen y administren en cooperación con estos pueblos teniendo en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales o se les proporcionen los medios a estos pueblos para prestar dichos servicios, y que se le dé preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

Otra ley de indudable importancia, especialmente por el tema que nos compete, es la Ley 191 de 1995, conforme a la cual el Estado apoyará las iniciativas de las comunidades negras e indígenas, localizadas en las Zonas de Frontera y de sus autoridades, referentes a las actividades y

programas de promoción de los recursos humanos, desarrollo institucional, investigación, fortalecimiento y desarrollo de tecnologías propias o transferencias de tecnologías apropiadas para su desarrollo socioeconómico y para el aprovechamiento cultural y ambiental sustentable de los recursos naturales; protegerá el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos que las comunidades indígenas y locales hayan desarrollado en las Zonas de Frontera y su utilización se realizará con el consentimiento previo de dichas comunidades y deberá incluir una retribución equitativa de beneficios que redunden en el fortalecimiento de los pueblos indígenas; propiciará la participación de las comunidades, organizaciones sociales, comunidades negras y autoridades indígenas fronterizas en las comisiones binacionales de vecindad; atenderá asuntos relacionados con la problemática de las comunidades negras e indígenas fronterizas, en coordinación con las Entidades Territoriales e instancias administrativas competentes; propiciará con los países vecinos acuerdos binacionales que en condiciones de reciprocidad establezcan medidas o procedimientos que faciliten la obtención de la doble nacionalidad a los indígenas de las Zonas de Frontera; y garantizará la participación de las Comunidades Indígenas y negras definidas por la Ley 170 de 1993 en la proyección y ejecución de la política de frontera.

Adicionalmente, la Ley 319 de 1996 aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

Quizás la ley más importante en materia del Sistema de Seguridad Social en Salud para la población indígena, sea la Ley 691 de 2001, la cual garantiza el acceso y la participación de los pueblos indígenas en los servicios de salud, en condiciones dignas y apropiadas, observando el debido respeto y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación (artículos 1, 2, 3 y 4).

Esta ley establece que las autoridades tradicionales y legítimas 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 (artículo 5).

Estipula que los pueblos indígenas serán beneficiarios de los planes y programas previstos en la Ley 100 de 1993, es decir, el Plan Obligatorio de Salud, el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, el Plan de Atención Básica, la Atención Inicial de Urgencias y la Atención de Accidentes de Tránsito y Eventos Catastróficos. Cada uno de estos planes y su aplicación especial en las comunidades indígenas será revisado más adelante (artículos 6, 7, 8, 9, 10 y 11).

Conforme a la ley, el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POSS- para los pueblos indígenas será establecido de manera expresa por el Consejo Nacional de Seguridad en Salud, como un paquete básico de servicios, debidamente adecuado a sus necesidades, en concordancia con la Ley 100 de 1993 (artículo 7).

Indica, también, que el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POSS- contendrá la obligatoriedad de proveer un subsidio alimentario a las mujeres gestantes y menores de cinco años; que la ejecución del Plan de Atención Básica –PAB- será gratuita y obligatoria y se aplicará con rigurosa observancia de los principios de diversidad étnica y cultural y de concertación; así mismo, que este deberá ser formulado por los pueblos indígenas en sus planes de vida o desarrollo, para lo cual las entidades territoriales donde estén asentadas prestarán la asistencia

técnica y necesaria. Este Plan deberá ser incorporado en los planes sectoriales de las entidades territoriales (artículo 8).

La ley ha establecido también que las acciones del Plan de Atención Básica –PAB- tanto en su formulación como en su implementación, se ajustarán a los preceptos, cosmovisión y valores tradicionales de los pueblos indígenas, de tal manera que la aplicación de los recursos garantice su permanencia cultural y su asimilación comunitaria. Indica que cada comunidad indígena seleccionará la Administradoras del Régimen Subsidiado-ARS- a la cual deberán afiliarse o trasladarse sus miembros; del cobro de cuotas moderadoras y copagos; el diseño e implementación de los planes de beneficios y toda acción en salud se concertará con las autoridades de los pueblos indígenas (artículo 10).

La ley ha estipulado que en los organismos de inspección y vigilancia o en las entidades que cumplan estas funciones deberán existir programas regulares de capacitación de los funcionarios en aspectos relacionados con la legislación relativa a los pueblos indígenas, y a los servidores públicos que atiendan asuntos con los pueblos indígenas. Por su parte, el Ministerio de la Protección Social adecuará los sistemas de información del Sistema General de Seguridad Social en Salud para que respondan a la diversidad étnica y cultural de la nación (artículo 26).

En el campo de los Decretos que regulan la Seguridad Social en Salud para los grupos indígenas, encontramos primeramente el Decreto 1811 de 1990, que, aunque no entra en el marco de la Seguridad Social en Salud, pues es anterior a la Ley 100, reglamenta los servicios de salud para las comunidades indígenas. Establece el derecho de las comunidades indígenas a participar en los procesos de diagnóstico, formulación y elaboración de planes, programas y proyectos, así como

tomar decisiones, administrar y gestionar los servicios de salud. Establece, además, que toda acción en salud debe estar acordada con las comunidades y aprobada por las autoridades tradicionales.

Determina las normas generales para la selección y trabajo de los promotores de salud en las comunidades indígenas. Indica que deben hacerse convenios con escuelas de ciencias de la salud para la formación de profesionales y técnicos para trabajar con las comunidades indígenas con participación de las mismas en la elaboración de los programas. Aclara que la prestación de servicios de salud será gratuita y que se creará en el Ministerio (hoy de Protección Social) un grupo de atención en salud para las comunidades indígenas.

Es el Decreto 0715 de 1992, por el cual se creó el Comité Nacional de Derechos Indígenas, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos, el cual está conformado, entre otros, por el Presidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC- y el Presidente de Autoridades Indígenas de Colombia -AICO-. Este Comité tiene la responsabilidad de velar por el derecho a la vida, a la integridad física y por los derechos culturales, económicos y sociales de las comunidades indígenas sobre la existencia del Comité y de sus funciones, para que acudan a él y puedan obtener respuesta a sus quejas y solicitudes.

Es el Decreto 1088 de 1993, el cual creó las Asociaciones de Autoridades Indígenas, con el fin de fomentar en sus comunidades proyectos de salud, en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales y locales. Además, indicó los puntos que deben contener los estatutos que

rigen a estas asociaciones; igualmente, estableció que el control fiscal de las asociaciones corresponde a la Contraloría General de la Nación.

Un año más tarde, el Decreto 1757 de 1994, organizó y estableció las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud. Estableció en todos los municipios del país la conformación de comités de participación comunitaria en salud. Este comité en los resguardos indígenas debe ser presidido por la máxima autoridad indígena.

En 1996, el Decreto 1397 creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos y Organizaciones Indígenas, la cual tiene por objeto concertar con el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones de éste, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen.

El Decreto 330 de 2001, determinó las normas aplicables para la constitución y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud –EPS- conformadas por cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.

Aunque no está directamente relacionado con los indígenas, el fenómeno de la violencia también los ha afectado sensiblemente y este Decreto, el 2131 de 2003, les es aplicable por tratarse de la población desplazada por la violencia. En este, se regula la atención en salud de la población en condición de desplazamiento forzado por la violencia. Establece que si esta población no está afiliada a ningún régimen, tiene derecho a las prestación de los servicios de salud en las instituciones prestadoras públicas que defina la entidad territorial receptora, en principio a través

del primer nivel de atención, con los mecanismos de referencia y contrarreferencia vigentes, y de acuerdo con su capacidad de resolución, y excepcionalmente por instituciones privadas, previamente autorizadas por la entidad territorial cuando no exista oferta pública disponible. En ningún caso la atención, el diagnóstico, tratamiento y/o rehabilitación incluirá intervenciones de carácter cosmético, estético y/o suntuario; además, esta prestación hará parte de los contratos de prestación de servicios que suscriban la entidad territorial y la Institución Provedora de los Servicios de Salud –IPS- para la ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones.

Otro Decreto relacionado con la problemática del desplazamiento y la Seguridad Social en Salud, es el 250 de 2005, por el cual se expidió el Plan Nacional para la Atención integral a la Población Desplazada por la Violencia, que se ejecutará con recursos asignados a cada entidad del Sistema y con los que incorporen los entes territoriales. El Plan contiene como uno de sus principios orientadores el enfoque diferencial y en ese sentido, la asistencia humanitaria de emergencias y en salud de individuos y hogares se debe realizar con enfoque poblacional de género, etnia y edad.

El Decreto 0515 de 2004, modificado parcialmente por el Decreto 506, definió el Sistema de Habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS- y estableció como número mínimo de afiliados con los que pueden operar las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas en el que se concierte con el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y los Pueblos Indígenas, con base en sus condiciones de ubicación geográfica y número de habitantes indígenas en la región, de los cuales por los menos el 60% debe pertenecer a los pueblos indígenas tradicionalmente reconocidos.

Complementando este último Decreto, en el 2004, el Decreto 2716 reglamentó la Ley 691 de 2001 en lo referente a las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígena –ARSI- o Entidades Promotoras de Salud Indígenas –EPSI- que se encuentren operando en el régimen subsidiado y las que se lleguen a conformar tienen que acreditar que como mínimo el 60% del total de sus afiliados sean pertenecientes a pueblos indígenas tradicionalmente reconocidos como tales.

Otro Decreto reglamentario de la Ley 691 de 2001 es el 4127 de 2005, que definió el número mínimo de afiliados que deben acreditar las ARS o EPS indígenas en 100,000 para su permanencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir del 1 de abril de 2006; pero establece también que podrán operar con menos afiliados siempre y cuando acrediten los porcentajes de población indígena establecidos en la norma.

Posteriormente, ese mismo año, el Decreto 4112, estableció los requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional; para el caso de los indígenas de escasos recursos que residen en resguardos y que no están obligados a aplicar la encuesta Sisbén, podrán ser identificados mediante el listado censal elaborado por la entidad territorial o la autoridad competente.

Los ancianos indígenas que viven en resguardos se beneficiarán del subsidio económico hasta por el 50% del salario mínimo legal vigente, el cual será entregado conforme al proyecto que elabore el resguardo o la asociación de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas; una vez elaborado, se remitirá para su viabilidad a la entidad que defina el Ministerio de la Protección Social, en este caso los municipios, quienes lo enviarán al administrador fiduciario para el giro de

los recursos. Para la ejecución del programa de subsidios se utilizará la modalidad de confinación entre la Nación y los resguardos. En caso de que no se presentaran proyectos, o estos no fueran viables, los recursos no asignados se redistribuirán dentro del mismo Departamento; y si ningún resguardo del Departamento presentó proyecto, se redistribuirán entre los que lo presentaron del resto del país.

En el campo de las Resoluciones, encontramos la Resolución 10013 de 1981, del entonces Ministerio de Salud, la cual establece que los programas para la prestación de los servicios de salud de atención primaria que se desarrollan en comunidades indígenas deben adaptarse a la estructura organizacional, política, administrativa y socioeconómica, con el fin de respetar sus valores, tradiciones, creencias, actitudes y acervo cultural. Faculta a las autoridades propias de cada comunidad para seleccionar al personal de promotores de salud. Determina los criterios de reclutamiento, selección, vinculación y capacitación de personal indígena como promotores de salud. Estipula que el contenido de la capacitación sea acorde a necesidades de salud y que esta se realice en sitios cercanos a la residencia y acorde a sus características.

La Resolución 5078 de 1982, también del Ministerio de Salud, establece, por su parte, la promoción y el intercambio de conocimientos entre los médicos tradicionales indígenas y el personal de la salud de la sociedad hegemónica, así como con los centros educativos que preparan personal de la salud, con el fin de articular los sistemas de salud para la mejor prestación de los servicios. Igualmente, establece la creación del comité asesor para el desarrollo de las culturas médicas tradicionales y de las terapéuticas alternativas, donde debe haber un representante de cada una de las organizaciones indígenas de carácter nacional.

Casi veinte años después, en el 2005, la Resolución 195 incluyó, para la afiliación al régimen subsidiado, dentro de la Base de Datos Única de Afiliados –BDUA- a indígenas, afrocolombianos, raizales y ROM (gitanos) como grupos poblacionales, lo que permite garantizar la calidad y oportunidad de la afiliación de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a los regímenes exceptuados del mismo y a planes de salud.

Las siguientes herramientas normativas que encontramos en el campo de la regulación sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud para las comunidades indígenas son las circulares del Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES-. La primera de ellas es la 2773 de 1995, que diseñó el programa de apoyo y fortalecimiento étnico de los pueblos indígenas de Colombia para el periodo 1995-1998, en donde el Gobierno se propone apoyar, fortalecer y velar por la consolidación y aplicación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Constitución, sobre la base del respeto a la diversidad étnica y cultural y se compromete a asegurar su participación en la vida nacional y en especial en el diseño y ejecución de los proyectos de desarrollo social y económico que afecten sus propios sistemas sociales, económicos, culturales y políticos.

Otra circular relevante es la 078 de 2004, que hizo ajustes a los requisitos del Programa de Protección Social al Adulto Mayor en las modalidades de atención y la asignación de recursos para la población indígena.

Pasamos ahora a los Acuerdos emitidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y encontramos el 225 del 2002, que fijó las condiciones para el Régimen Subsidiado. A los pueblos indígenas les garantizó la posibilidad de seleccionar la entidad administradora encargada de los

recursos del sistema subsidiado de salud, a la cual desee afiliarse o trasladarse la totalidad de la respectiva comunidad.

El Acuerdo 224 de 2003, también del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definió la norma y las condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Reafirmó que para la identificación de los pueblos indígenas para que accedan al régimen subsidiado no se aplica la encuesta Sisbén, sino el listado censal que anualmente deben elaborar las autoridades de los resguardos. Además, la elección de la Administradora del Régimen Subsidiado, es responsabilidad de las autoridades tradicionales y legítimas. Indicó también que las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas –ARSI- deben garantizar como mínimo el 60% de la población indígena de la región; el 40% restante podrá ser constituido por usuarios no indígenas.

Estableció, además, que si la población al afiliarse al Régimen Subsidiado es desplazada por la violencia, se da prioridad, para su afiliación y para proceder a ella, que estén incluidos en el Registro de la Red de Solidaridad Social; además, si la población desplazada está afiliada, la Administradora del Régimen Subsidiado –ARS- debe garantizar la prestación de servicios de salud en el municipio al cual se traslada el afiliado desplazado y la Entidad Territorial mantendrá la continuidad hasta la terminación del contrato de aseguramiento.

Este Acuerdo fue parcialmente modificado por el Acuerdo 275 de 2004, que establece las condiciones de operación regional del Régimen Subsidiado de las ARS, incluyendo a los indígenas.

En el año 2005, el Acuerdo 301 fijó los criterios de distribución de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantías –Fosyga- para la ampliación de la cobertura del Régimen Subsidiado. Para el caso de la población indígena, definió que los recursos se asignarán con base en los listados censales de la población residente en los resguardos, donde el Fosyga aportará el equivalente al 70% del costo de la afiliación y para acceder a ello, el otro 30% debe ser garantizado por los resguardos y entidades territoriales donde el resguardo debe aportar como mínimo el 10% del valor de cada UPC, salvo en los casos en que las comunidades indígenas no reciban recursos provenientes del Sistema General de Participaciones o estos sean insuficientes para efectuar el respectivo aporte.

Ése mismo año 2005, el Acuerdo 326, reglamentó parcialmente la Ley 691 de 2001, adoptando algunos lineamientos para la organización y funcionamiento del Régimen Subsidiado de los pueblos indígenas. Definió criterios relacionados con la ampliación de la cobertura, la identificación de los beneficios, el procedimiento de afiliación y traslados y la adecuación del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POSS- para los pueblos indígenas.

Para concluir el régimen normativo existente en materia de Seguridad Social en Salud, pasamos a las Circulares y encontramos la 114 de 2001 del Ministerio de la protección Social, la cual da instrucciones a las Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS- conformadas por cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas para organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado en el marco de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 1804 de 1999 y 330 de 2001; y la Circular 0006 de 2005, también del Ministerio, mediante la cual el Ministerio imparte instrucciones a Alcaldes, Directores Departamentales, Distritales y Municipales de Salud de obligatorio cumplimiento en relación con

la reglamentación existente para la afiliación de la población indígena al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en de Salud, su identificación y libre elección de Administradora del Régimen Subsidiado –ARS-.

Como se ve, el marco jurídico es bastante extenso y recoge distintos rangos normativos. En el apartado de jurisprudencia, podremos apreciar algunas concreciones y pronunciamientos respecto a la aplicación de estas directrices reguladoras. Más adelante se verá qué impacto ha tenido la evolución de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, entre los pueblos indígenas.

2.1.2 Las Comunidades Indígenas frente a la Ley 100 de 1993

Antes de entrar a analizar las dificultades que la Ley 100 de 1993 y su modelo de Seguridad Social han tenido en su implementación en las poblaciones indígenas, vamos a esbozar lo que es este modelo, sus características y objetivos.

La Seguridad Social, enfocada en la salud, responde al derecho que tienen todas las personas a protegerse integralmente contra los riesgos que afectan sus condiciones de vida, es especial aquellos que menoscaban la salud y la capacidad económica, con el fin de lograr el bienestar individual y el de la comunidad.

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece como principios del sistema General de Seguridad Social en Salud, además de aquellos contemplados en la Constitución, la Equidad, como la provisión gradual de los servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes de

Colombia, independientemente de su capacidad de pago; la Obligatoriedad, en el entendido de que la afiliación al sistema es obligatoria para todos los colombianos; la Protección Integral, que comprende las fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación; la Libre Escogencia, que permite la participación de entidades que ofrezcan la administración y la prestación de servicios de salud, bajo la vigilancia del Estado; la Autonomía de Instituciones, referida a la autonomía administrativa y de patrimonio independiente del que pueden gozar las entidades referidas en el principio de Libre Escogencia; la Descentralización Administrativa, que pretende integrar al Sistema las direcciones seccionales, distritales y locales de salud; Participación Social, en el entendido de que el Sistema propenderá por la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del Sistema; Concertación, como la oportunidad que tienen el Consejo Nacional, departamentales, distritales y municipales para concertar; y por último la Calidad, que establece organismos de control de los servicios para garantizar al usuario la calidad en la atención.

Los objetivos del Sistema de Seguridad Social en Salud, establecidos en el artículo 152 de la Ley, son los de garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema, al igual que garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios; y por último, asegurar que toda la población residente en el país acceda al sistema, mediante mecanismos que, en desarrollo al principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente, entre ellos los indígenas, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

Los espacios de acción de la Ley 100 de 1993 se enfocaron en la contingencia de riesgos económicos y de salud, además de la prestación de servicios sociales complementarios, para lo

cual el Estado debe brindar los marcos legales tendientes a regular el bienestar de la población para que esta pueda vivir dignamente. El Estado, concebido en la Constitución como un Estado Social de Derecho, debe proteger a los individuos de los distintos riesgos a los que están expuestos. El Estado social implica las obligaciones no solo del Estado frente a los individuos, sino también de los individuos con la sociedad. De esta forma, el Estado tiene la obligación de organizar, coordinar, reglamentar, vigilar y controlar el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Conforme al principio de Libre Escogencia, reseñado anteriormente, el servicio de salud puede ser prestado tanto por entidades públicas como privadas, y tienen la obligación de prestar los servicios y respetar la libertad de las personas, para que, en su acceso, las elijan de forma autónoma. Estas entidades son las Empresas Promotoras de Salud –EPS- las Administradoras del Régimen Subsidiado-ARS- y las Instituciones Prestadoras de Servicios –IPS-.

Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados, así como del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Las EPS deben organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud –POS- a los afiliados del Régimen Contributivo.

Las Instituciones Prestadoras de Servicios –IPS- por su parte, son los hospitales, consultorios, laboratorios, centros de atención básica y demás centros de servicios de salud y todos los profesionales que, agrupados o individualmente, ofrecen sus servicios a través de las EPS y ARS. Para competir y operar adecuadamente dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, los hospitales públicos se convierten en Empresas Sociales del Estado –ESE- Los pueblos indígenas,

en general, pueden crear Instituciones Prestadoras de Servicios –IPS- las cuales, para efectos de contratación, hacen parte de la red pública de servicios de salud.

Las Administradoras del Régimen Subsidiado-ARS- son las entidades responsables de administrar el aseguramiento en salud de la población afiliada al Régimen Subsidiado. Las comunidades indígenas pueden organizarse y crear Administradoras Indígenas de Salud, las cuales deben afiliar a indígenas y también pueden afiliar a la población en general, como beneficiarios del Régimen Subsidiado de Seguridad Social Salud.

De acuerdo con la Ley 691 de 2001, ratificada en por el Decreto 2716 de 2004, las Administradoras de Salud Indígenas, creadas como Entidades Promotoras de Salud Indígenas, deben garantizar, como mínimo, que el 60% de sus afiliados sean indígenas reconocidos por sus respectivas autoridades tradicionales; el otro 40% o menos de sus afiliados pueden no ser indígenas.

Conforme al Decreto 330 de 2001, para organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POSS- los cabildos y las autoridades tradicionales indígenas podrán conformar Entidades Promotoras de Salud, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

“Artículo 1: Para organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el POSS, los cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, podrán conformar Entidades Promotoras de

Salud, EPS, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Establecer de manera expresa en sus Estatutos que su naturaleza es la de ser una Entidad Promotora de Salud que administra recursos del Régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

b) Constituir una cuenta independiente del resto de las rentas y bienes de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas;

c) Estar debidamente autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente decreto para administrar los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

d) Las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas que existan actualmente, como las Entidades Promotoras de Salud Indígenas que en el futuro se constituyan, deberán contar para su funcionamiento, con un número mínimo de 20.000 afiliados indígenas, sin exceder de un 10% de la población afiliada no indígena, a partir del año siguiente de la vigencia del presente decreto PARÁGRAFO. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS Indígenas, que administren recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán acreditar para su funcionamiento a partir del 1o. de abril del año 2003, un mínimo de 50.000 personas afiliadas”.

Las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas –ARSI- deben garantizar y organizar la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POS-S- así como garantizar a los afiliados la agilidad y oportunidad en el acceso efectivo a los servicios, independientemente del nivel de complejidad que estos exijan, y no implantar mecanismos que limiten o dificulten el acceso a la prestación de los mismos. Deben también responder por el

aseguramiento de la población afiliada y la administración del riesgo en salud y ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 2716 de 2004, la superintendencia Nacional de Salud habilitará las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas –ARSI- que acrediten al momento de la solicitud respectiva los requisitos exigidos para conforme a las normas vigentes. El Estado garantiza la asesoría para la conformación, consolidación, vigilancia y control de las entidades creadas o que vayan a crearse por los pueblos indígenas para la administración del Régimen Subsidiado. Según el artículo 18 de la Ley 691 de 2001, las autoridades de los pueblos indígenas, de acuerdo con sus usos y costumbres, pueden establecer limitaciones a la promoción de servicios o al mercadeo de las administradoras del régimen subsidiado dentro de la jurisdicción de sus territorios, con el propósito de preservar su identidad e integridad cultural.

En general, los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a acceder al Régimen Subsidiado, excepto cuando tengan un contrato de trabajo, sean servidores públicos, perciban rentas o ingresos que les permitan tener capacidad de pago para afiliarse al Régimen Contributivo, o sean beneficiarios de otra persona afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Para que los miembros de los pueblos indígenas participen como afiliados al Régimen Subsidiado y los subsidios les sean otorgados, las autoridades tradicionales de cada pueblo indígena tienen la obligación de realizar censos anuales que deben ser registrados y verificados por los alcaldes municipales donde estén ubicados dichos pueblos. En el caso de las comunidades indígenas que no posean documento de identidad, las autoridades tradicionales del resguardo, parcialidad o cabildo legalmente constituidas tienen la obligación de certificar la existencia o permanencia de

los miembros afiliados al régimen Subsidiado de su comunidad, quienes continuarán en su calidad de afiliados y por ellos se reconocerá el valor de las Unidades de Pago por Capacitación - UPC- correspondiente.

De acuerdo con la Ley 691 de 2001, los servicios de salud que se brinden a los miembros de los pueblos indígenas están exentos del cobro de cuotas moderadoras y copagos, a excepción, como ya se anotó, de aquellos miembros de pueblos indígenas que estén en el régimen contributivo (artículo 5, Ley 690 de 2001).

Conforme al Acuerdo 306 de 2005, que define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, los beneficios a los afiliados consisten en el Plan de Atención Básica en Salud – PAB- al Plan Obligatorio de Salud –POS- el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – POSS- el Plan de Atención Complementaria en Salud para el Adulto Mayor, Atención de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional –ATEP – y Atención de Accidentes de Tránsito y Eventos Catastróficos.

Los grupos étnicos, en general, son beneficiarios de los planes y programas contemplados en el plan de beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud. Para cualquier persona afiliada al Régimen Subsidiado, las actividades y procedimientos no cubiertos por ninguno de los anteriores planes y programas, están cubiertos con cargo a los recursos del subsidio a la oferta en las instituciones públicas o las privadas que tengan contrato con el Estado, siempre que haya disponibilidad presupuestal y capacidad de atención en la red pública.

El Plan de Atención Básica en Salud –PAB- conforme a la Circular 018 de 2004, realiza acciones tendientes a la promoción de la salud, la prevención de enfermedades, la vigilancia de la salud pública y el control de los factores de riesgo. Este Plan es el único cuya responsabilidad de planeación, financiación, funcionamiento, gestión, ejecución y control corresponden enteramente a la Nación y a las entidades territoriales descentralizadas o no, con la participación de la comunidad. En la ejecución del Plan de Atención Básica en Salud –PAB- es importante precisar que los beneficiarios de los grupos étnicos, incluyendo a los indígenas en general, deben constituir asociaciones de usuarios y participar en las campañas y demás acciones tendientes a la prevención y control de factores que inciden en la salud; deben también colaborar en el control y vigilancia de la aplicación de los planes de salud en sus municipios, además de estar debidamente informados sobre sus derechos y deberes respecto a los planes de atención básica, ejercer el derecho de la concertación y conocer los factores que constituyen un riesgo para la salud y aquellos que permiten su prevención.

En el caso especial de las comunidades indígenas, además de lo anteriormente mencionado, deben designar a un miembro de sus comunidades, mediante sus mecanismos tradicionales, para que participe en representación de los diversos pueblos indígenas de su territorio en el Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud y formular, en sus planes de vida, el Plan de Atención Básica en Salud –PAB- con la asistencia de las entidades territoriales de su región, para que este plan sea incorporado en los planes sectoriales de salud de las entidades territoriales.

El Plan Obligatorio de Salud –POS- es el conjunto de servicios de salud que todas las Entidades Promotoras de Salud -EPS- deben prestarles a sus afiliados y que comprometen los servicios,

procedimientos y suministros que les garantiza a las personas aseguradas mantener y recuperar su salud.

Por su parte, el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POSS- para los pueblos indígenas, ofrece los mismos servicios del POS, pero con la diferencia que, para su aplicación, se debe tener en cuenta que los médicos deben contar con el saber y las prácticas propias de la medicina tradicional y de sus agentes como chamanes, curacas, peyes, mamos, entre otros, en las actividades, aplicación de los diversos servicios, procedimientos y medicamentos, entre otras, como una forma de fortalecer la integridad cultural.

Por otro lado, los pueblos indígenas tienen la obligación de socializar sus conocimientos y prácticas tradicionales en salud con los médicos de las EPS para la atención adecuada de los miembros de los pueblos indígenas. Deben también vigilar la salud de los miembros de la comunidad para que cuando se presente un evento de enfermedad que no puedan atender los médicos tradicionales, el enfermo sea conducido inmediatamente a la EPS donde la comunidad se encuentra afiliada, y este sea atendido conforme a los criterios de pluralismo médico y complementariedad terapéutica intercultural. Respecto al Plan de Atención Complementaria en Salud para el Adulto Mayor, sin entrar aquí a desglosar el régimen, diremos que respecto a las comunidades indígenas en general, los resguardos o la asociación de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas deben elaborar los listados de los ancianos de sus comunidades y presentar un proyecto al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- o a la entidad que el Ministerio de la Protección Social designe, la cual, de acuerdo con los recursos asignados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES- dará el trámite respectivo.

2.2 ANÁLISIS ESTÁTICO de los Principales Pronunciamientos Jurisprudenciales sobre el Tema de la Salud en las Comunidades Indígenas.

Existen múltiples pronunciamientos jurisprudenciales respecto al tema de la Seguridad Social en Salud para las poblaciones indígenas y sus derechos en general, por lo que resaltaremos aquí los pronunciamientos más importantes, desde la primera sentencia de revisión de constitucionalidad, proferida en 1993, que trata el tema de especialidad para las comunidades étnicas del territorio nacional.

SENTENCIAS

Sentencia C-530, del once de noviembre de 1993

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Hechos

“La ciudadana Olga Lucía Alzate Tejada presentó demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto No. 2762 de 1991. La actora considera infringidas las siguientes normas constitucionales: el derecho a la igualdad (artículo 13), el derecho de libre circulación (artículo 24), el derecho al trabajo (artículo 25), y el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40).”

Ratio Decidendi

Esta es la primera Sentencia que hace alusión al derecho a la igualdad en el caso especial consagrado en la Constitución de 1991 a favor y reconocimiento de las comunidades indígenas y etnias minoritarias en general. Al respecto dice:

“El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: - En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; - En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; - En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; - En cuarto lugar, que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; - Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución”.

Decisión

Declarar EXEQUIBLE el Decreto N° 2762 de 1991

Sentencia C-089, del 3 de marzo de 1994

Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Hechos

Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria N° 11 de 1992 Cámara, 348 de 1993 Senado "por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones"

Ratio Decidendi

En Salvamento de Voto, proferido por el Magistrado Fabio Morón Díaz, éste se pronuncia sobre el tema de la participación política de las etnias minoritarias, en el caso concreto sobre las comunidades indígenas, lo siguiente:

“Según la sentencia, las normas que regulan el acceso de los partidos y movimientos a los medios estatales de comunicación son constitucionales porque "protegen la igualdad de los participantes y permiten la realización de un debate pluralista y democrático." Sin embargo ello no nos parece así, porque esa repartición permite que los partidos y movimientos políticos predominantes accedan de manera privilegiada a estos espacios de comunicación, sin que se pueda aducir ninguna justificación razonable para ese tratamiento desigual. Las minorías indígenas -que gozan constitucionalmente de una especial protección por parte del Estado- se ven discriminadas por la regulación de la ley estatutaria; en efecto, a pesar de que la

Constitución establece en el Senado una circunscripción especial para estas minorías, ella queda casi sin efecto para el acceso a los medios estatales de comunicación, por cuanto el 60% de la distribución de los espacios se hace con base en la representación en la Cámara de Representantes. No es entonces lógico que, de un lado, la Constitución privilegie el acceso de los movimientos políticos de los indígenas al Senado, mientras que, de otro lado, el proyecto de ley estatutaria termina en la práctica discriminando su acceso a los medios de comunicación”.

Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** por el aspecto formal el Proyecto de Ley Estatutaria "Por el cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones", el cual está radicado bajo los números 348 de 1993 del Senado de la República y 11 de 1992 de la Cámara de Representantes

Sentencia T-288, del 5 de julio de 1995

Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Hechos

“Reinaldo Botero Bedoya, Defensor del Pueblo, Regional Cali, en representación de los señores ROSEMBERG ZAMORA, CLARA INES MEJIA, JOSE JAIR SARRIA y otras 22 personas más, limitadas físicamente, interpuso acción de tutela contra los Clubes Deportivo Cali y América, la División Mayor del Fútbol Colombiano (DIMAYOR) y el Fondo de Vigilancia y

Seguridad del Municipio de Cali (VISECALI). Los peticionarios, personas con limitaciones físicas, aficionadas al fútbol, anteriormente ingresaban al estadio "Pascual Guerrero" de la ciudad de Cali por la puerta de maratón y eran ubicados sobre la pista atlética para presenciar los encuentros de fútbol. Las autoridades del estadio - clubes deportivos, DIMAYOR y VISECALI - decidieron reubicar a los limitados físicos y trasladarlos de la pista atlética a las graderías del estadio, parte sur. La Defensoría del Pueblo, Regional Cali, elevó diversas peticiones a las entidades demandadas con el fin de que se reconsiderara la reubicación."

Ratio Decidendi

Otro pronunciamiento sobre el derecho a la igualdad de las comunidades indígenas, esta vez sobre la igualdad de oportunidades, al respecto dice:

“La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

El derecho a la igualdad de oportunidades trasciende la concepción formal de la igualdad ante la ley. Tiene en cuenta las diferencias naturales o sociales como factores relevantes para determinar el trato a que tienen derecho determinadas personas o grupos. En relación con los

discapacitados, la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (CP art. 2). La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se "equipara" a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos”.

Decisión

Concedió a los peticionarios la tutela de su derecho fundamental a la igualdad, y ordenó a los representantes de los Clubes Deportivo Cali y América, de la División Mayor del Fútbol Colombiano y del Fondo de Vigilancia y Seguridad del Municipio de Cali, tomar las medidas pertinentes para ubicarlos dentro de la malla de protección que rodea la cancha del estadio Pascual Guerrero cuando asistan a los partidos que allí se realicen.

Sentencia T-422, del diez de septiembre de 1996

Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Hechos

“El Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y el Director del Departamento Administrativo del Servicio Educativo Distrital (DASED) determinaron la composición de la Junta Distrital de Educación (JUDI) de Distrito de Santa Marta. Germán Sánchez Arregoces, Coordinador de la Asociación Nacional CIMARRON - Santa Marta, solicitó

al Alcalde Mayor de Santa Marta que designara a Alexis Alberto Varela Eguiso, Licenciado en Bioquímica, como representante de las Comunidades Negras, ante la Junta Distrital de Educación del Distrito de Santa Marta, el Director del Departamento Administrativo del Servicio Educativo Distrital de Santa Marta le informó a Germán Sánchez Arregoces, del movimiento CIMARRON la negativa a su petición. Dados los antecedentes anteriores, Germán Sánchez Arregoces interpuso acción de tutela contra el Departamento Administrativo de Servicio Educativo Distrital -DASED -, por considerar violados sus derechos a la igualdad, a la libertad de conciencia, derecho de asociación y el derecho a la cultura.”

Aunque esta Sentencia no hace alusión a los indígenas, sí lo hace respecto a la población afrocolombiana y reitera el principio de diferenciación positiva, visto en la Sentencia C-530 de 1993. Al respecto dice:

“La diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional”.

Este pronunciamiento, aunque breve, delimita las razones materiales por las que es importante, a la luz del derecho actual, recurrir a la discriminación positiva.

Decisión

Amparar el derecho a la igualdad de GERMÁN SÁNCHEZ ARREGOCES y de la población negra que reside en el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

Sentencia SU-039, del 3 de febrero de 1997

Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Hechos

“La Sociedad Occidental de Colombia, Inc., con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, inició ante el INDERENA los trámites necesarios destinados a obtener la correspondiente licencia ambiental, en desarrollo del proyecto conocido como "EXPLORACION SISMICA BLOQUE SAMORE", en una zona donde se encuentran resguardos indígenas y parques naturales. El Ministerio del Medio Ambiente como consulta previa, tuvo como tal una reunión que sostuvieron algunos miembros de la comunidad U'wa, con participación de representantes de los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, Ecopetrol y la Occidental de Colombia Inc. y, en tal virtud, procedió a expedir la resolución mediante la cual se otorgó dicha licencia. No era procedente la expedición de la licencia ambiental, porque la aludida reunión no puede considerarse como válida para efectos de la participación de la comunidad que tanto la Constitución como las normas ambientales y la legislación indígena exigen cuando se trata de adoptar decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas”

Ratio Decidendi

“La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada (...).”

“(...) Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena (...).”

“(…) En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica (…)”.

Decisión

Se concedió la tutela impetrada

2.2.1 Análisis de las Sentencias y Cuadro Comparativo

En la Sentencia C-530 de 1993 vemos como la Corte comenzó a definir los principios diferenciadores de aplicación de la discriminación positiva, como una herramienta que permite al legislador distinguir aquellos casos en que se hace necesario inaplicar el principio de igualdad para favorecer a una comunidad de individuos que, por razones ajenas a su voluntad, necesitan de una mayor protección por parte del Estado.

Define así que para hacer un trato diferencial las personas deben estar en una situación de hecho distinta a las demás; que el trato diferencial que se les va a dar tenga una finalidad, y que esta finalidad sea razonable; agrega también que tanto la situación de hecho como el trato diferencial y la finalidad guarden una estrecha relación entre sí y que esta racionalidad interna sea proporcionada.

En el tema de la salud, podemos distinguir que las comunidades indígenas del territorio nacional se encuentran por lo general en una situación de hecho distinta a la de los demás colombianos, sea por razones de su pobreza, marginamiento o discriminación; el trato diferencial que reciben tiene origen en el reconocimiento constitucional que se hizo de su cultura e idiosincrasia divergentes a la predominantemente occidental, y la finalidad de esta diferenciación es la de preservar su identidad, por lo que un trato distinto en materia de salud, con leyes y reglamentación especiales parece ser válido.

Más adelante, la Sentencia C-089 de 1994, en su Salvamento de Voto, aunque no tiene una relación directa con la Sentencia anterior, pueden distinguirse algunos rasgos de discriminación positiva, en este caso para permitir el acceso a los medios de comunicación y por ende a la participación política democrática, la que será una prerrogativa fundamental en los siguientes fallos de la Corte Constitucional, aún cuando este pronunciamiento sea la aclaración de un Salvamento de Voto.

Las leyes sobre participación de las comunidades indígenas en los temas de salud que les conciernen son también orientadas por los principios que recoge el salvamento, puesto que se

les concede a las comunidades, por el hecho de ser indígenas, a tener un representante en los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.

Posteriormente, al analizar la Sentencia T-288 de 1995, se observa que las primeras Sentencias (igualmente estudiadas en su oportunidad), se enfocan en los temas de igualdad y discriminación positiva, la que podría considerarse como línea jurisprudencial de los fallos de la Corte. Se verá en las demás Sentencias que el argumento se mantiene y sólo varía en su aplicación para el caso específico del que trata.

La discriminación positiva ha sido fundamental y es piedra angular de las políticas estatales sobre Seguridad Social en Salud para las comunidades indígenas; sin esta distinción, prácticamente sería inviable pensar en un tratamiento diferencial para las comunidades y quedaría en letra muerta los reconocimientos hechos por la Constitución Política de 1991.

La Sentencia SU-039 1997 abre el tema de la Consulta a las comunidades indígenas y es hito de la posterior línea jurisprudencial que la Corte mantendrá e incluso ampliará sobre la figura traída a la normatividad colombiana por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- ratificado por Colombia.

La figura de la Consulta, como define la misma Sentencia, es una herramienta democrática para que las comunidades que llegasen a ser afectadas por alguna medida estatal o privada que comprometiese su hábitat e integridad territorial, o su identidad, pueda pronunciarse sobre la medida y probarla o improbarla, dando paso en este último caso a una concertación que pueda

beneficiar a la comunidad o mitigar los daños que pudieran causársele como consecuencia de la medida.

Estos son los principales pronunciamientos jurisprudenciales que existen sobre el tema de las comunidades indígenas y etnias en Colombia, sobre la aplicación de sus derechos, muchos de ellos emanados de la Constitución Política de 1991, y otros tantos reglamentados en leyes y precisados por la vía jurisprudencial. Desafortunadamente, en los últimos dos años la Corte Constitucional no ha vuelto a tratar el tema de las comunidades indígenas en temas relacionados con la salud o alguna novedad importante en el desarrollo jurisprudencial de la figura de la Consulta.

Con la creación de un sistema de salud que permitió el tránsito de un modelo asistencialista a uno de seguridad social, como lo prevé la Ley 100 de 1993, y aún cuando en el apartado anterior vimos cómo el Estado se reorientó hacia el reconocimiento de las poblaciones indígenas en nuestro país desde la misma Constitución, el nuevo modelo de seguridad social excluyó los mandatos de la Resolución 10013 de 1981, por medio del cual las poblaciones indígenas ameritan un tratamiento especial en salud, que reforzara sus culturas y valores. Aún cuando la Ley 100 cobija a las comunidades indígenas en el sistema subsidiado de salud, no existe una normativa especial para el reconocimiento de sus medicinas tradicionales y tratamientos propios de salud y enfermedades, lo que podría verse como una contradicción con lo expresado en la Constitución de 1991, en el sentido de fortalecer las culturas y etnias del país.

Cuadro comparativo de Principios y Pronunciamentos

Principio	Sentencia que hace mención
Identidad y Reconocimiento	C-089 de 1993; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998;
Participación	C-089 de 1994; SU-039 de 1997; T-652 de 1998; C-169 de 2001; SU-383 de 2003; T-382 de 2006
Igualdad	C-530 de 1993; T-422 de 1996;
De la Ley 100 de 1993- Eficiencia; Universalidad; Solidaridad; Integralidad; Unidad y Participación.	T-652 de 1998;
Ley 691 de 2001 – Diversidad Étnica y Cultural.	SU-039 de 1997; T-652 de 1998; SU-510 de 1998; SU-383 de 2003

Del cuadro anterior podemos concluir que los principales fallos jurisprudenciales de la Corte Constitucional hacen mención a la Participación, seguido de la Diversidad étnica y Cultural y de la Identidad y el Reconocimiento, quizás por los puntos en común que estos dos principios tienen, y por ser los referentes del Convenio 169 de la OIT que, como se había mencionado, hace parte del Bloque de Constitucionalidad. El Principio de Participación ha sido desarrollado fundamentalmente en lo pertinente al tema de la figura de la Consulta, sobre la cual se habló anteriormente. Los Principios menos desarrollados son los pertinentes a los de la Ley 100 de 1993, quizás por ser otro el espacio y las circunstancias que los han desarrollado, al ser un sistema general.

CAPÍTULO 3

Ejercicio de Observación de la Situación Actual Indígena

3.1 Situación Actual de los Indígenas

Como vimos en el apartado anterior, el reconocimiento de las comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano no fue sencillo, aún cuando los gobiernos de turno y las mismas comunidades así lo pretendían, y fue sólo hasta la existencia de mecanismos y herramientas de presión internacional que este reconocimiento fue una realidad. Sin embargo, el solo reconocimiento no es suficiente, hay que instrumentalizarlo.

En este capítulo veremos unos aspectos sobre cómo están organizadas las comunidades indígenas territorial, económica, social y políticamente; igualmente, se analizará los problemas actuales de las comunidades indígenas.

Como habíamos esbozado anteriormente, el territorio indígena es el lugar en donde los indígenas desarrollan su vida, practican su economía y su cultura, independientemente de que tengan o no un título de propiedad conferido por el Estado. Pero su territorio no solo se limita al espacio en donde desarrollan sus actividades, sino que comprende también aquellos que tradicionalmente han constituido el lugar para la práctica de sus actividades económicas, sociales y culturales. En la cosmovisión indígena, la tierra es un derecho que tiene todo ser humano, de forma individual o colectiva, pero el territorio tiene una concepción más sociopolítica, y se refiere a las formas de

relación y apropiación de la tierra y de los recursos naturales. Sin territorio, todo se desvanece, no hay un sitio en donde practicar y expresar la cultura²⁵.

Actualmente en Colombia, según datos del Departamento Nacional de Planeación²⁶, existen 701.866 habitantes indígenas en cinco macroregiones identificadas como: Amazonía, con 83 entidades territoriales (resguardos y reservas), 44 grupos étnicos y una población de 48.622, equivalente al 6.9%; Orinoquia, con 124 entes territoriales, 56 grupos étnicos y 69.866 habitantes que representan el 9.9% de la población indígena nacional, en la que se destacan los sicuani, con el 29.4%, los curripacos, con el 10.1% y los tukano, con el 9.7% de la región.

La región Centro Oriente, con 28 resguardos, entre los que se desatacan los pijao, con el 9%, los uva, con el 19% de una población de 36.017 habitantes de la región, equivalente al 5.1 % de la población indígena nacional.

La región de Occidente con 222 resguardos, 27 pueblos indígenas y 337.636 habitantes, lo que representa la mayor población del país (48.1%), destacándose el pueblo nasa o paez, con el 35.1% de la población indígena de la región, los embera, con 1.1% de la región, los pastos, con el 16.4% y los guambianos, con el 6.1%.

²⁵ DUSSAN PARRA, Carlos. RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Comunidades Étnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005. P. 89.

²⁶ UNICEF, OFICINA DE ÁREA PARA COLOMBIA Y VENEZUELA. Los Pueblos Indígenas en Colombia: Derechos, Políticas y Desafíos. Bogotá: Gente Nueva, 2006. P. 24-25.

La Costa Atlántica cuenta con 22 entes territoriales, 17 grupos étnicos y 209.719 habitantes que representan el 29.4% de la población de la región. El grupo mayoritario de la región es el wayú, con el 68.6% de la región, le siguen los zenú, con el 16.1% y los arhuacos, con el 6.8%.

Como vemos, la territorialidad es fundamental para las comunidades indígenas en general, y es por ello que en la actualidad, más de 28 millones de hectáreas, la mayoría de ellas ubicadas en la Amazonía, la Orinoquía y el Chocó, han sido reconocidas como resguardos indígenas por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria –INCORA- hoy INCODER²⁷.

Anteriormente habíamos señalado el reconocimiento y las bases organizativas que la Ley 89 de 1890 hizo de las comunidades indígenas. Esta Ley, todavía vigente a pesar de su lenguaje despótico y anticuado, distingue las organizaciones indígenas entre Cabildos y Resguardos. Los primeros, regulados por los artículos 3 a 13 de la Ley, son aquellos en que habiendo una parcialidad de indígenas estos nombren una autoridad común de acuerdo a sus costumbres y tradiciones (artículo 3°)

Los Gobernadores de los Cabildos tienen la facultad de castigar las faltas morales que los miembros del Cabildo, como lo señala el artículo 5° de la norma. El artículo 7° de la Ley establece las facultades organizativas y administrativas que tiene el Cabildo, entre las que se encuentran formar y custodiar el censo por familias; protocolizar ante la notaria respectiva los títulos y documentos de los miembros del Resguardo; distribuir, con la aprobación del Alcalde Distrital o Municipal, la porción del Resguardo que se mantendrá en común y procurar que

²⁷ Ibid. P. 90

ninguno de los integrantes casado o mayor de dieciocho años se quede sin el goce de alguna porción del Resguardo; arrendar por términos de máximo tres años los bosques y frutos naturales que no estén asignados a ninguno de los integrantes del Resguardo; no permitir la venta, arriendo o hipoteca de alguna de las partes del Resguardo.

Los artículos 9° a 11° confieren al Alcalde Distrital o Municipal la autoridad máxima para mediar en los problemas que pudieran presentarse entre cabildos, o entre éstos y sus integrantes.

Los dos artículos finales sobre los Cabildos, el 12° y 13°, mencionan las posibilidades que tienen los indígenas ante un desconocimiento de sus derechos posesorios o de dominio sobre la tierra. En estos casos pueden presentar testigos que declaren la propiedad del integrante del Resguardo y en caso de pérdida de sus tierras por caso fortuito o por una acción violenta, pueden interponer los recursos posesorios convenientes.

El siguiente apartado de la Ley 89 de 1890 hace referencia a los Resguardos, unidades de organización indígena mucho más grandes que los Cabildos, en donde a la comunidad se le titulariza la propiedad de un territorio, el Resguardo, y se les confiere muchas más atribuciones normativas, administrativas y judiciales autónomas.

Por ejemplo, la Comunidad Indígena de los Zenú está conformada por tres provincias ubicadas entre el Valle del Sinú, el Valle de San Jorge y los Valles del Río Cauca y Nechí (en conjunto,

entre los Departamentos de Antioquia, Córdoba, Sucre y Bolívar) está integrada actualmente por un Cabildo Mayor y un Cabildo Menor²⁸.

El Cabildo Mayor es la máxima autoridad dentro del Resguardo y está conformado por un Cacique, un Capitán Mayor, un Secretario Mayor, un Tesorero Mayor, un Fiscal Mayor, un Alguacil Mayor y los Alguaciles. Por su parte, el Cabildo Menor es la máxima autoridad dentro de la comunidad, y está conformado por el Capitán Menor, el Secretario, un Tesorero, un Fiscal y los Alguaciles.

Como se mencionó en el capítulo anterior, los procesos de asimilación y reinterpretación de los diferentes sistemas sociales, económicos, políticos y tecnológicos que se impusieron a los indígenas, sus comunidades, mediante procesos de resistencia y reconstrucción de lo propio, tomando medidas que van desde las migraciones, la búsqueda de zonas de refugio y las sublevaciones, hasta el reciente proceso de creación de nuevas identidades étnicas, como son los nuevos procesos sociales de conformación cabildos urbanos y cabildos rurales, así como la implantación de organizaciones durante algo más de tres décadas, inspiradas como se mencionaba anteriormente en los cambios socioculturales a nivel global, los indígenas han logrado hacerse visibles y transformar relaciones con gran parte de las instituciones del Estado.

A partir de 1991 se han venido presentando ajustes en defensa de la diversidad cultural, el reconocimiento a sus formas de propiedad colectiva y de gobierno, así como de participación en asuntos públicos y de la política nacional.

²⁸ Ibid. P. 95

Actualmente, el movimiento indígena en Colombia recoge en sus planteamientos esta historia de luchas por la recuperación de sus territorios, el mantenimiento de sus identidades, cultura y autonomía, hasta alcanzar los espacios políticos y económicos con que hoy han empezado a contar en el país.

Existen 34 organizaciones indígenas entre regionales y nacionales, y aproximadamente 151 organizaciones de autoridades tradicionales, habitantes en 82 pueblos y un movimiento político nacional, para participar directamente en el Congreso de la República, la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, tanto por la circunscripción especial, como por la utilización de canales democráticos de los partidos políticos, que ha venido logrando cargos de gobierno departamentales y nacionales²⁹.

3.1.1 Conflicto Armado

No podemos dejar pasar por alto el conflicto armado insurgente, que actualmente podría considerarse como más profundo y extendido que en cualquier otro momento de las últimas tres décadas. En las últimas cinco décadas, los implicados en el conflicto armado han pasado de ser la guerrilla y las Fuerzas Armadas a incluir a los carteles de la droga y a los grupos paramilitares. El conflicto armado se ha convertido en una lucha por controlar el territorio. Como consecuencia, las corporaciones municipales y las instituciones de gobierno han perdido su soberanía y ha aumentado la cantidad de colombianos asesinados y desplazados.

²⁹ Ibid. P 27-28.

Los pueblos indígenas no han sido ajenos a la grave situación de violencia que se ha vivido en Colombia. El actual conflicto armado se ha hecho presente en los territorios indígenas desde sus comienzos hasta llegar actualmente a afectar la mayoría de comunidades indígenas del país. La expansión del conflicto armado por los territorios indígenas tiene que ver, fundamentalmente, con las ventajas estratégicas de los territorios indígenas para los grupos ilegales (guerrilla, narcotráfico, paramilitares) como zonas de refugio, como corredores para el tráfico de armas, drogas, contrabando y movilización de sus efectivos, y para ejercer desde allí el control de zonas económica y militarmente estratégicas; además, la inversión de grandes capitales, tanto nacionales como extranjeros, en zonas cercanas a territorios indígenas o directamente en ellos, atrajeron primero a la guerrilla por razones políticas y financieras y luego a los paramilitares, para defender a las empresas; también la expansión de los cultivos ilícitos, coca y amapola, terminaron invadiendo casi todos los territorios indígenas, como veremos más adelante, y se convirtieron en la principal fuente de financiación de los actores armados, tanto guerrilla como paramilitares, lo que conllevó a su vez a la expansión de lo que podría llamarse “narcolatifundismo” hacia zonas con alto potencial de valorización de tierras.

En materia de salud, la situación del conflicto armado es una variable importante debido a que el Estado ha perdido en la práctica soberanía en dicho territorio, y por tanto, las políticas gubernamentales no se han implantado correctamente, tal como lo consagra la ley. Además, el territorio como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, es pieza fundamental para la cultura indígena, viéndose reducido incluso para las prácticas de salubridad de las mismas culturas.

La guerrilla, el paramilitarismo, el narcotráfico, las empresas multinacionales y los megaproyectos estatales son fuerzas externas, de gran magnitud e impacto, de un gran peso económico, y capaces de desestabilizar las estructuras ambientales, territoriales, culturales y sociales de cualquier comunidad indígena, de imponer su dominio y precipitar los altos niveles de violencia.

Las actividades de la guerrilla, aunque inicialmente no estuvieran dirigidas contra las comunidades indígenas, han sido expresión y fuente del conflicto armado. La permanencia de la guerrilla en las comunidades induce necesariamente interacciones voluntarias e involuntarias, por lo cual las comunidades de las denominadas zonas rojas pueden fácilmente ser señaladas de colaboradoras de la guerrilla. Algo similar sucede con las comunidades de las zonas bajo control paramilitar, que son vistas por los guerrilleros como colaboradoras de la fuerza pública y los paramilitares. Estos señalamientos tienen sus costos para la población civil, que finalmente termina siendo señalada y víctima de los bandos en conflicto.

En síntesis, la expansión de los cultivos ilícitos por los territorios indígenas y del conflicto armado que conllevan, tiene que ver con la tradición indígena del uso de la coca, cuyos conocimientos han sido aprovechados por los narcotraficantes. Por otro lado, los desperdicios no controlados de residuos tóxicos por parte de los laboratorios ilícitos, dañan el ambiente en el que muchas veces habitan las comunidades indígenas; esta situación ha influido también la situación objetiva de pobreza, la carencia de tierras, la crisis del sector agropecuario, la falta de apoyo estatal en muchas comunidades indígenas. En salud, las políticas gubernamentales no se han podido implementar adecuadamente por la ausencia de soberanía en dicho territorio, además que la situación de conflicto ha hecho que la prioridad del gobierno con base en la seguridad

democrática, es la de reestablecer el orden público, para posteriormente ejercer debidamente su soberanía en todo el territorio nacional. El conflicto armado en nuestro país, es una variable importante que no permite el desarrollo adecuado de la salubridad en territorios lejanos especialmente en comunidades indígenas.

Al igual que en muchas comunidades campesinas y de colonización, éstas han sido las principales razones para que la gente se arriesgue a los cultivos ilícitos en procura de unos ingresos económicos que nunca han podido lograr en la economía legal. Unidos a estos factores, los territorios indígenas presentan condiciones propicias, por ser zonas alejadas, de difícil acceso, con nula o poca presencia estatal y con abundancia de bosques que les permiten mimetizar los cultivos, los laboratorios de procesamiento y demás requerimientos de la economía ilegal³⁰.

3.1.2 Desarrollo de la Actualidad Y Problemática

El proceso de intercambios culturales en Colombia, se remonta a los primeros años de la Conquista y posterior Colonización del territorio, por parte de los españoles. Si bien es cierto que este proceso se ha caracterizado siempre por un predominio de la cultura occidental, que se impuso por medio de la fuerza, también es relevante destacar que a diferencia del proceso de colonización llevado a cabo en América del Norte, aquí el exterminio de las culturas indígenas nunca ha sido una política del Estado dominante. Por el contrario, y como se vio en el primer

³⁰RELACION DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA CON EL DESPLAZAMIENTO Y LA RESISTENCIA INDIGENA. 2008, disponible en <http://transmisioneslibres.org/documentos/Resistencia-Indigena/conflictoarmado-territorios-indigenas/>, último acceso: Agosto 2008.

capítulo de este trabajo, se ha procurado por la armonización y convivencia de los grupos étnicos y culturas diferentes, que habitan en este momento el territorio nacional.

Este esfuerzo ha permitido una riqueza multicultural, étnica y tradicional que muy pocas naciones en el mundo tienen, puesto que se han juntado casi armoniosamente la idiosincrasia occidental, traída por los europeos colonizadores, los usos y costumbres de los criollos y mestizos, la diversidad cultural indígena y las tradiciones de los negros venidos del África.

Sin embargo, esta riqueza no ha sido gratuita y aún hoy persisten los problemas propios de un proceso de convivencia y tolerancia entre distintas culturas e idiosincrasias, entre aquella sociedad que es dominante y mayoritaria y aquellas que son subyugadas y minoritarias, como lo son las negritudes y los indígenas.

Como se vio en el primer capítulo, la Constitución de 1991 se preocupó por el reconocimiento de las minorías, y no sólo eso, sino también a las formas variantes en que estas minorías debían ser aceptadas y asimiladas en el esquema de la sociedad predominante, sin ir a violentar o extinguir sus usos, costumbres, prácticas e identidades. Pero este proceso no ha sido fácil, puesto que no ha sido ajeno a la situación crítica de violencia y conflicto interno que se vive en el país, y que en las últimas tres décadas se ha agudizado por el fenómeno del narcotráfico.

En el caso de las comunidades indígenas, el principal detonante de conflicto ha sido la territorialidad. En la idiosincrasia indígena, la tierra desempeña un papel tan fundamental que compromete la existencia misma de la cultura, y por ende del grupo. Para los indígenas, la cultura sólo puede ser desarrollada si se tiene la tierra, el espacio propicio para desarrollarla. Un pueblo

que pierde su tierra no puede desarrollar su cultura, y por tanto, desaparece su identidad, lo que conlleva a la extinción del pueblo mismo. Incluso el doctrinante Vladimiro Naranjo Mesa sostiene que el territorio es un elemento esencial para desarrollar la vida en comunidad.

El fenómeno de violencia compromete la existencia de la tierra de las comunidades indígenas. Desafortunadamente para estas comunidades, los distintos actores del conflicto armado libran una disputa por el control territorial del país, en la que los indígenas se ven involucrados por habitar zonas que son propicias para el cultivo de coca y amapola (cultivos ilícitos), que sirven como corredores estratégicos para el paso del producto de los cultivos, de armamento y/o movilización de tropas y zonas ideales para esconder y camuflar los laboratorios clandestinos en donde se producen los alcaloides ilícitos.

Esta situación ha dificultado enormemente el acercamiento entre la sociedad mayor y las comunidades indígenas, quienes han empezado a ver al mismo Estado como un factor de riesgo, por las causas anteriores. Sin embargo, este acercamiento es indispensable como política de un Estado Social, que busca proteger y garantizar el cumplimiento de todos los derechos en cada espacio de la sociedad, por lo que las políticas del Estado, como veremos más adelante al estudiar la normatividad, se han encaminado a proteger la integridad física y territorial de los indígenas, enfocado en la asistencia sanitaria necesaria para que estas comunidades prosperen y se integren, sin perder su autonomía e identidad, en los mandatos de la Constitución de 1991.

El tema de la salud debe ser visto como una herramienta de integración que el Estado espera lograr con las comunidades indígenas. No sólo por ser un derecho constitucional, ligado

estrictamente con el derecho fundamental a la vida, sino porque además es una necesidad de primer orden en las comunidades.

Por lo anterior, el tema de la salud presta vital atención en el presente estudio, debido a que tanto para los indígenas como para el Estado, se trata de un derecho íntimamente relacionado con derechos fundamentales, que a su vez es objeto de distintos puntos de vista.

3.2 ¿El Desarrollo Legislativo y Jurisprudencial Han Logrado Satisfacer Los Principios del Marco Normativo?

Como se pudo apreciar al realizar el repaso de la normatividad vigente, en materia del Sistema de Seguridad Social en Salud, para la población indígena, el Estado colombiano, a partir de la década de 1980, empezó a ser un actor importante del reconocimiento de los derechos de los indígenas y enfatizó su especialidad en el tema de salud. Esta década fue de avances importantes en este tema, pues no solo el Estado intervino en las políticas de salud, sino que empezó a escuchar a las organizaciones y movimientos representantes de los indígenas, quienes trajeron a la mesa el discurso de su multiétnicidad y su cosmología diversa a la de la sociedad mayor, que no podía ser pasada por alto.

Sin embargo, se ve un declive normativo en la década de 1990, a pesar del reconocimiento hecho a los indígenas en la Constitución Política de 1991, y el protagonismo lo empezó a ganar la recién creada, también por la nueva Constitución, Corte Constitucional, y el reconocimiento y amparo de los derechos de los indígenas en el tema de la salud fue hecho a través de los fallos jurisprudenciales de la Corte. Por un momento pareció que la única instancia que podría llenar los

vacíos normativos sería la jurisprudencia y, en parte motivados por aquel aire de renovación que inspiraba la Corte Constitucional y la institución de la Acción de Tutela, los Magistrados empezaron a fallar en aquellos asuntos que, dada su especialidad, la ley o alguna de sus variantes no cubría. Además que era inevitable, dado que se había creado un Sistema de Seguridad Social Integral con la expedición de la Ley 100 de 1993, pero no existía un desarrollo normativo que se preocupara por la realidad indígena.

Con la expedición de Ley 691 de 2001, se recuperó las riendas normativas y se hizo de ésta, una Ley fundamental para desarrollar el tema de la Seguridad Social en Salud hacia las comunidades indígenas. Se recuperó el trabajo hecho en la década de 1980 en cuanto al reconocimiento de la diversidad cultural de los indígenas y su aplicación en los temas de salud, finalmente, se integró de forma especial en el sistema de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993 y en los últimos años, a través del Ministerio de Protección Social y el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES-, el Gobierno ha desarrollado los mandatos de la Ley 691 de 2001.

A todos estos fenómenos normativos y jurisprudenciales no han sido ajenos las Organizaciones No Gubernamentales, Consejos, Directivas, Uniones y Movimientos Indígenas, quienes fueron los primeros en hacerse escuchar en la década de 1980, y gracias a su presión y poder de convocatoria como grupos de presión política que empezaron a ser, consiguieron que el Estado dejase de ser excluyente. Se sumó a todo esto también, la presión de la Comunidad Internacional, en especial la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, que a través de sus Resoluciones y Convenios, ratificados

por Colombia, hicieron hincapié en el reconocimiento que debía hacerse de las comunidades indígenas, y otras, que habitan el territorio nacional.

Luego de observar como el Estado colombiano se ha preocupado por la situación actual de las minorías, en especial la de los indígenas, y que el legislador ha expedido un buen número de normas relativas con este fin, donde al analizarlas se percibe el interés de regular de manera eficaz y eficiente todo lo relacionado con la salud, más concretamente con los indígenas, la práctica refleja otro entorno. Es decir, a pesar que las normas expedidas muestra un espíritu de excelencia para afrontar los problemas relacionados con la salud, estos persisten en la realidad.

Por lo anterior, surgen varios interrogantes de por qué normas tan bien elaboradas no se aplican en la realidad. ¿Donde radicará el problema fundamental para que dicha normatividad no tenga acogida en la realidad? Al plantearse tan vital y delicado interrogante, lo pertinente es identificar y delimitar los posibles problemas, para poder dar respuesta a la pregunta principal.

Por consiguiente, la delimitación consistirá en unos interrogantes que surgen directamente relacionados con los sujetos intervinientes. Estado: ¿Será que falta voluntad política por parte del Estado?, ¿estará la causa en la falta de recursos, o su ineficiente administración?, ¿o éste no ha sabido orientar sus políticas y acercarse a las comunidades? Comunidades indígenas: ¿o podría ser que las comunidades indígenas se han mostrado desatentas o reacias a recibir una influencia más de la sociedad mayor que comprometa su identidad? Ambos: ¿habrá falta de comunicación o entendimiento entre las partes?

Para intentar responder a estos interrogantes, se observarán específicamente dos departamentos (Vichada y Putumayo), donde residen un gran número de indígenas y del cual existe información relevante que permitirá acercarse a este objetivo.

3.2.1 Las Comunidades Indígenas del Departamento del Vichada.

Las comunidades indígenas del Departamento del Vichada se encuentran asentadas en la Selva de Matavén, un nombre indígena de origen Maipure que significa “Río de Color Negro”. Las comunidades indígenas llaman también a esta selva, ubicada al sureste del Departamento, entre los ríos Vichada por el norte, Orinoco por el oriente, Guaviare por el sur y Chupave por el occidente, “selva corazón de la salud”. La Selva de Matavén hace parte del norte de la Amazonía, limitando con las sabanas de pastos del norte de la Orinoquía.

En esta región existe una gran variedad de culturas indígenas, cada una de las cuales comparte una lengua, costumbres y sistema de creencias independientes. Allí viven más de 10,000 personas, ubicadas en 16 resguardos indígenas.³¹

Los Sikuani, que habitan en los resguardos de Caño Cavasi, Aiwa, Cuna, Tsepajibo, Bajo Vichada, Atana, Pirariame, Sejalito-San Benito, Laguna Anguila, La Macarena, Barranquito y Laguna Colorada, Piaroa, Curripaco, Puinave y Cubeo, suman unas 7,777 personas.

Los Piapoco, están ubicados en los resguardos de Caño Cavasi, Berrocal-Ajota, Sejalito-San Benito, Yuri, Giro, Morocot Buenavista, y llegan a las 924 personas.

³¹ ACATISEMA (Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas de la Selva de Matavén). Proteger la Cuenca de Matavén. Bogotá: ETNOLLANO-ACATISEMA, 2002.p.17

Los Piaroa, habitan los resguardos de Atana, Pirariame, Caño Zama, Matavén-Fruta, Berrocal-Ajota y Cumaral, siendo 826 personas. Los Puinave, ubicados en los resguardos de Matavén-Fruta, Berrocal-Ajota, Laguna Negra y Cacao, Barranquito-Laguna Colorada, Caño Bocón y Giro, suman 540 personas. Los Curripaco, habitantes de Berrocal-Ajota, Laguna Negra y Cacao, Anguila y La Macarena, llegan a ser 306 personas. Y finalmente, los Cubeo, quienes viven en el resguardo de Laguna Negra y Cacao, son 76 personas.

En este Departamento trabaja la Fundación ETNOLLANO, que desde comienzos de la década de 1990 ha asistido las principales problemáticas de los indígenas de la Amazonía y en especial del Vichada. De acuerdo a ETNOLLANO, uno de los primeros y principales problemas a los que se enfrentaba la implementación de la Ley 100 de 1993 entre las comunidades de este Departamento, era que la reglamentación existente de la Ley 100 no contempla las medicinas indígenas o sus tratamientos, y sólo dedica su atención al modelo occidental de eficacia y eficiencia de la Seguridad Social³². Podría incluso hacerse un paralelo con las creencias religiosas que sostienen algunos practicantes cristianos de no permitir la transfusión sanguínea, aun cuando de ello dependa la vida, y existe jurisprudencia Constitucional al respecto, ¿qué sucederá cuando el caso se presente en una comunidad indígena, cuando la población misma considere más eficiente seguir un tratamiento tradicional a someterse a una medicina provista por una Institución Proveedora de Servicios de Salud?

³² LOBO-GUERRERO, Miguel. Promoción de la Salud desde la Comunidad. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1998. P.55

Como se ve, estas problemáticas están arraigadas fundamentalmente en la concepción sociocultural, esa misma que anteriormente se había presentado en el capítulo 1, marco de la Asamblea Nacional Constituyente y toda la discusión que giró en torno a la sociedad mayor, el derecho mayor y el modelo liberal del Estado.

Aunque en el repaso que se hizo a la normatividad vigente respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud para la población indígena colombiana, se aprecia la existencia de normas que reconocen y hacen un intento por materializar la diversidad idiosincrática indígena y armonizarla con la occidental, como son la Ley 691 de 2001, el Decreto 1811 de 1990, la Resolución 10013 de 1981 y la Resolución 5078 de 1982, lo cierto es que en el caso de los indígenas del Departamento del Vichada, esta implementación no ha tenido la eficiencia que se espera tenga, por las dificultades antes mencionadas respecto a la capacitación de los promotores de salud.

Según la Fundación ETNOLLANO, si bien el decreto 1811 de 1990 reconoce la figura de los promotores indígenas de salud como un mecanismo para la vigilancia y el mejoramiento de las condiciones de salud de las comunidades indígenas en general, en el caso de las comunidades indígenas del Vichada, e incluso para las comunidades a nivel nacional, no existe en un marco que reglamente y dé soporte a sus labores de manera apropiada y suficiente.

En vista de lo anterior, el gobierno a través del Ministerio de Protección Social, junto con el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- adelantan la construcción de una norma de competencia laboral para auxiliares de salud pública indígenas, que sea concordante con el Decreto 3616 de 2005, que establece los perfiles ocupacionales de los auxiliares del área de la

salud, en búsqueda de que los promotores indígenas se adapten al perfil particular que se requiere para trabajar en estas comunidades³³.

El trabajo común del Ministerio y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- tiene por objeto incorporar el enfoque de interculturalidad en la formación de los auxiliares de salud pública en las comunidades indígenas.

De este trabajo se espera tener una nueva norma que establezca el perfil para los auxiliares de salud pública en general y facultar al promotor de salud de los saberes y tradiciones en salud, propios de los pueblos indígenas, en concordancia con sus planes de vida, prácticas y valores culturales.

Por su parte, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- tiene previsto diseñar un esquema de capacitación que se enfoque no solo en forma general a las comunidades indígenas, sino que implemente además un esquema que permita particularizar a cada comunidad con su idiosincrasia y ha de ser implementado de manera conjunta con las distintas comunidades indígenas.

La construcción de la norma no ha sido ajena a la opinión de los indígenas, y ha sido sometida a discusión con los integrantes de diversas comunidades indígenas del Cauca, la Guajira, el Cesar, Putumayo, Vichada y Bogotá. La Fundación ETNOLLANO, como se dijo anteriormente, trabaja con las comunidades indígenas del Vichada, ha participado en las discusiones realizadas en Vichada y Bogotá, proporcionando sus saberes epistemológicos para la formulación de la norma

³³ REDSIAMA. Disponible en www.redsiama.org/espanol/avances_archivo.asp?LlaveAvance=150.ultimo acceso : *septiembre 2008*

de competencia laboral de los promotores de salud. Además, la Fundación ha fomentado la participación activa de la comunidad y de los promotores de salud indígenas actuales en las sesiones de discusión.

Por otro lado el quince de diciembre de 2007, se dio por concluido el proceso de concertación de la Política Intercultural de Salud de Puerto Carreño, capital del Departamento del Vichada, que venía desarrollándose desde el mes de septiembre de 2006 con la Secretaría de Desarrollo Social de la Alcaldía de Puerto Carreño y las autoridades indígenas del municipio, representadas por la Organización de los Pueblos Indígenas del Bajo Orinoco -ORPIBO- y apoyadas por la Fundación ETNOLLANO, a través del programa REDSIAMA. Estas entidades acordaron trabajar conjuntamente en la elaboración de una política de salud que fuese coherente con las condiciones socioculturales, ambientales y epidemiológicas de las comunidades indígenas del Departamento, asentadas principalmente en la Selva de Matavén.

La Fundación ETNOLLANO, basada en el trabajo de los promotores de salud, formuló un plan intercultural de acción en salud, que fue acogido en el marco propuesto por la Secretaría de Desarrollo Social para la política de salud de Puerto Carreño. La versión definitiva de ésta comprende diversas líneas de acción respecto a la promoción intercultural de la salud en el contexto específico de la cultura del Bajo Orinoco, así como al desarrollo de actividades de vigilancia en salud, incluido la formación de promotores en salud destinado para los indígenas.

Esta Política Intercultural de Salud para las Comunidades Indígenas del Vichada fue incluida en el Plan de Desarrollo de Puerto Carreño para el periodo 2008-2011³⁴.

Como se apreció al analizar la normatividad vigente, la Ley 191 de 1995 establece el apoyo que el Estado debe brindar a las comunidades indígenas de las Zonas de Frontera y a sus autoridades, referentes a las actividades y programas de promoción de los recursos humanos, entre otros. Por ello tuvo lugar entre el 15 y 19 de noviembre de 2007, en la comunidad de San Luís de Zama, del resguardo indígena de la Selva de Matavén, un encuentro de comunidades indígenas, en el que participaron 45 mujeres de nuestra República y otras tantas del país hermano Venezolano.

Entre sus objetivos estaban el de compartir los autodiagnósticos de problemas de salud femeninos, elaborados a ambos lados de la frontera colombo-venezolana, y analizar los temas de salud sexual y reproductiva, paternidad y maternidad responsable desde las perspectivas legal y biomédica en ambos países.

Respecto al tema de salud sexual y reproductiva, se contó con el trabajo y apoyo de la Secretaria de Salud del Municipio de Mitú, capital del Departamento de Vaupés, y para paternidad y maternidad responsable las discusiones fueron orientadas por el Instituto Nacional de la Mujer de Venezuela y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de Colombia. La Fundación ETNOLLANO se encargó de la coordinación, realización y apoyo técnico al evento, junto con la representación de la Unión Europea y Oxfam Novib.

³⁴ETNOLLANO. Disponible en www.etnollano.org/noticias.asp, última visita: septiembre de 2008.

Como alternativas de solución a los problemas actuales que existen en las comunidades, las mujeres propusieron continuar con la recuperación y el fortalecimiento de las prácticas culturales de sus pueblos para mujeres y niños; concluyeron que se debía fortalecer el trabajo de base con las mujeres y la integración en zonas de frontera en la Amazonía, junto con la capacitación a las mujeres en derechos y deberes, además de fortalecer las alternativas comunitarias de generación de ingresos para ellas.

Los anteriores son algunos ejemplos de la aplicación de la figura de la Consulta y la Concertación con los pueblos indígenas, que como vimos en el análisis normativo y más adelante al revisar la jurisprudencia, para las decisiones que los afecten directamente, son obligatorias. En el caso del área de la salud, estas figuras lo son para la adecuación del Plan de Atención Básica –PAB- y corresponde a cada Gobernador o Alcalde, según sea el caso, incluir los procesos de consulta y concertación que establece la ley, orientados a la adecuación étnica y cultural de las acciones que se realizarán.

En este proceso de concertación se deben ajustar los contenidos o ámbitos de acción incluidos en el Plan de Atención Básica –PAB- y adecuar la forma de prestación de los servicios, de manera tal que el Plan responda a las necesidades de la región, sea respetuoso de la cultura de sus habitantes e incluya aspectos de sus saberes, sus conocimientos, sus prácticas tradicionales y su manera de entender la salud.

Sin embargo, pese a todos estos esfuerzos del Estado, de la Fundación ETNOLLANO y el programa REDSIAMA, las comunidades indígenas del Vichada han demostrado en ocasiones poco interés para concertar las políticas de salud que los afectan. Tal es el caso de la oportunidad

que tienen las comunidades indígenas para nombrar a un representante en los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud, el cual es designado de acuerdo a los mecanismos tradicionales de cada comunidad. Para el período 2005-2007, no hubo un representante indígena en el Consejo Territorial del Vichada, puesto que la Secretaría de Asuntos Indígenas de la Gobernación del Vichada nunca presentó aspirantes al cargo. Ahora, para el período 2007 – 2009 fue escogido el capitán de la comunidad Unuma, del barrio Tamarindo, reconocida como asentamiento indígena dentro de Puerto Carreño. El elegido cuenta con formación y experiencia como promotor comunitario de salud, pero no con estudios secundarios, como exige la ley para promotores. Fue escogido porque presentó la hoja de vida completa, mientras los demás candidatos no lo hicieron³⁵.

Además, conforme a REDSIAMA³⁶, el tema central del Consejo está en el Plan de Atención Básica, sin embargo, el actual representante no tiene conocimiento de cómo está organizado este Plan de Atención Básica, ni de cuales son las decisiones que competen al Consejo; su nombramiento no ha sido divulgado entre la población, y no hay recursos públicos destinados a la divulgación de las decisiones del Consejo entre la población.

³⁵ REDSIAMA. En www.redsiama.org/documentos/participacion_indigena.pdf, última visita: septiembre de 2008.

³⁶ Ibid.

3.2.2 La Perspectiva del Sistema General de Protección Social en Salud entre las Comunidades Indígenas del Putumayo

Acogiendo la interpretación que las comunidades indígenas del Departamento de Putumayo han hecho de los servicios de salud que han recibido por parte del Estado colombiano³⁷, se encuentra que consideran que la normatividad existente es excluyente de sus prácticas tradicionales en medicina, puesto que las considera secundarias.

Para ellos la salud es tan vital como para la sociedad mayor, pero a diferencia de esta última, la salud va muy ligada con su religión. Por tanto, se debe procurar como primera medida utilizar los procedimientos propios de las comunidades indígenas y en subsidio los procedimientos brindados por “occidente”.

Un ejemplo concreto que refleja lo anterior, son los procedimientos del parto. Es tradicional en las comunidades indígenas que al momento de dar a luz, se utilicen los métodos de las parteras de sus comunidades quienes lo realizan atendiendo a su religión. Por el contrario, la medicina occidental exige que quien realice el parto, deber ser una persona con título universitario de medicina y bajo unos procedimientos especializados. El Estado colombiano busca obligar a las indígenas, a que se sometan al método científico de la medicina occidental, lo que va en contravía de todos sus principios.

³⁷ Entrevista a Sonia Mutumbajoy, integrante de las Comunidades Indígenas del Departamento del Putumayo y estudiante de derecho último semestre Pontificia Universidad Javeriana.

Esta situación les molesta bastante, en razón a una de las inquietudes que se planteó al comienzo del presente trabajo, al preguntar si será que las comunidades indígenas ven en los servicios de salud que presta el Estado un elemento más de la irrupción de la sociedad mayor en su cultura e identidad, que compromete sus tradiciones y por ende puede ser vista como negativa.

A pesar de la existencia de la Ley 691 de 2001, el Decreto 1811 de 1990, la Resolución 10013 de 1981 y la Resolución 5078 de 1982, que como se había visto, estas reconoce la medicina tradicional indígena como primaria y el Sistema de Salud como subsidiario, los indígenas del Putumayo no lo sienten así, y esto es previsible en las carencias que se ha visto que tiene el sistema, tales como la incompleta o inexistente capacitación a los promotores de salud indígena.

Persisten en informar que el servicio de salud prestado por el Estado colombiano es deficiente, con pocos puestos de salud y sin los requisitos mínimos exigidos para brindar un servicio digno y oportuno.

CONCLUSIÓN

Luego de señalar las diferentes percepciones de los actores, concretamente en los departamentos del Vichada y Putumayo, es notoria la contradicción en algunos aspectos. Las comunidades indígenas de los dos departamentos, coinciden en la falta de voluntad por parte del gobierno y la no inclusión de forma principal de sus prácticas tradicionales médicas. No obstante la anterior afirmación, el gobierno insiste en su buena voluntad, y que prueba de ello, son las distintas normas que se han expedido con tal fin.

Como se anotó durante el desarrollo del trabajo, el gobierno ha expedido un gran número de normas tendientes a regular todo lo relacionado con la salud, y específicamente, en la inclusión de las comunidades indígenas. Sin embargo, la percepción de los indígenas no es la mejor e insisten que falta mucho camino por recorrer.

Por otro lado, el gobierno aduce falta de interés por parte de las comunidades indígenas, tal como se evidenció en la no postulación de un representante en los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud, para el periodo 2005 – 2007. Esta situación ha venido siendo trabajada por las Organizaciones No Gubernamentales como ETNOLLANO y REDSIAMA, quienes han fomentado el conocimiento y la participación de los integrantes de las comunidades en los temas de salud, para que tengan un criterio y una visión crítica del sistema, y no sean solo sujetos pasivos.

El gobierno por su parte, deberá tener en cuenta los siguientes principios vitales para la adecuada implementación de una política en salud, estos son a saber:

- a. Permitir la participación de los indígenas en todos los asuntos relacionados con la salud. Lo anterior, con la finalidad de cumplir a cabalidad con los principios del ordenamiento jurídico colombiano, con relación a la protección de minorías. El convenio de la OIT, presupuesto constitucional a través del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política colombiana y demás normas concordantes buscan incluir y proteger a las minorías en el ordenamiento jurídico colombiano. Por tanto, permitir la adecuada participación de las comunidades indígenas, en la toma de decisiones en cuanto la salud, es un principio que siempre debe estar presente y desarrollar conforme al marco normativo señalado para tal efecto.
- b. Para ello es fundamental hacer énfasis en que los procedimientos médicos que no hacen parte de la costumbre indígena, deben ser tenidos en cuenta, pero de manera subsidiaria. Lo anterior implica que los procedimientos, remedios, entre otros utilizados por las comunidades indígenas para atender la salubridad de sus similares son primordiales, y sólo en caso de no ser exitosos si proceder a los procedimientos ordinarios. Esto con el objeto de respetar la diversidad étnica y cultural como precepto constitucional colombiano.
- c. Respetar ante todo el territorio asignado a las comunidades indígenas para desarrollarse como comunidad conforme a sus costumbres. Esto debido a la importancia del territorio como presupuesto de una comunidad, y por tanto, requiere respeto y protección por parte

del gobierno debido al conflicto armado que vive el país y con mayor auge en territorios lejanos que en ocasiones coincide con los de las comunidades indígenas. Dicho conflicto dificulta el desarrollo de la comunidad indígena y por supuesto el manejo adecuado de las políticas en materia de salud por parte del gobierno.

Para finalizar, cabe recordar la importancia de trabajar en una óptima comunicación entre el Estado y los representantes de lo indígenas, para la eficiente implementación de las políticas públicas en salud, en sus territorios. Igualmente, sería bueno que en posteriores trabajos se analizara el tema de manejo de los recursos públicos en materia de salud, con el fin de responder al interrogante de la carencia de recursos o indebida administración, aunque anticipadamente me inclino hacia la tesis de manejo inadecuado.

BIBLIOGRAFIA.

ACATISEMA (Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas de la Selva de Matavén). Proteger la Cuenca de Matavén. Bogotá: ETNOLLANO-ACATISEMA, 2002.

Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos del proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 83. Gaceta Constitucional No. 67. Mayo 1991

Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos del proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 83. Gaceta Constitucional No. 19. Marzo 1991

Anales de la Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos del proyecto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 119. Gaceta Constitucional No. 29. Marzo 1991

ARENAS MONSALVE, Gerardo. Los regímenes del sistema de seguridad social en el sistema de salud. En “El derecho Colombiano de la seguridad social”. Legis Editores 2007, Bogotá D.C.

ARISTIZABAL, L. Hernando. Anotaciones sobre Derecho Indiano. Colección Seminarios. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1993

CEPEDA ESPINOSA, Manuel. Derecho Constitucional Jurisprudencial, Editorial Legis S.A. primera edición Bogotá D.C. 2001

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Reforma al sistema de salud, Comentarios a la ley 1122 de 2007. Legis Editores. 2007 Bogotá D.C.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

CONVENIO 107 DE 1957 DE LA OIT

DUSSAN PARRA, Carlos. RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Comunidades Étnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

Entrevista al indígena Jesús Enrique Piñacué. Junio 2008

Entrevista a la señorita Sonia Mutumbajoy, estudiante de derecho último semestre, Facultad Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana.

GÓMEZ, John. Legislación Indígena Colombiana. Ediciones Artrópodos Ltda. 2002 Bogotá D.C.

Leyes:

Ley 89 de 1890

Ley 21 de 1991

Ley 99 de 1993

Ley 100 1993

Ley 319 de 1996

Ley 191 de 1995,

Ley 170 de 1993

Ley 691 de 2001

Ley 89 1890

LOBO-GUERRERO, Miguel y Xochilt Herrera. La salud como principio de vida. En “Promoción de la salud desde la comunidad” Tercer Mundo editores. 1998 Bogotá D.C.

Nueva Enciclopedia Larousse, Editorial Planeta, Barcelona España 1981, Tomo II y III

PEREZ, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis sexta edición, Bogotá D.C. 2003

SANCHEZ, Carlos. Breviario de Colombia. Editorial Panamericana S.A. 1996

Sentencias:

Sentencia C-530, del once de noviembre de 1993

Sentencia C-089, del 3 de marzo de 1994

Sentencia T-288, del 5 de julio de 1995

Sentencia T-422, del diez de septiembre de 1996

Sentencia SU-039, del 3 de febrero de 1997

UNICEF, OFICINA DE ÁREA PARA COLOMBIA Y VENEZUELA. Los Pueblos Indígenas en Colombia: Derechos, Políticas y Desafíos. Bogotá: Gente Nueva, 2006.

Páginas Web:

www.patriagrande.net/venezuela/simon.bolivar/index.html Último acceso Junio 25 de 2008

www.incora.gov.co/solconstamplri.html+INCORA+indigenas&hlm=es&ct=clink&cd=1&gl=co

Último acceso Junio 20 2008

www.acnur.org/biblioteca/pdf/44553 Último acceso Junio 21 de 2008

www.onic.org.co/esp_m6_not.shtml?x=348747 Último acceso Junio 21 de 2008

www.onic.org.co/historia.shtml+ONIC+indigenas+historia&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=co

Último acceso Junio 21 de 2008.

www.onic.org.co/historia.shtml Último acceso Junio 21 de 2008.

www.acnur.org/biblioteca/pdf/445533 Último acceso Junio 21 de 2008.

www.ecoportat.net/content/view/full/119994 Último acceso Junio 21 de 2008.

www.etnollano.org/etnollano.or.asp Último acceso Junio 21 de 2008

www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid1=534000 Último Acceso Junio 21 de 2008.

www.transmisioneslibres.org/documentos/Resistencia-Indigena/conflictoarmadoterritorios-indigenas/, último acceso: Agosto 2008.

www.redsiama.org/espanol/avances_archivo.asp?LlaveAvance=150, *acceso: sept. 2008.*

www.etnollano.org/noticias.asp, última visita: septiembre de 2008.

www.transmisioneslibres.org/documentos/ResistenciaIndigena/conflictoarmadoterritoriosindigenas/, último acceso: Agosto 2008.