
La Consulta Previa y el derecho a la salud en el Resguardo Indígena Zenú. Municipio de
San Andrés de Sotavento, Córdoba

Albert Antonio Bettin Pertuz

Tary Luz Martínez Martínez

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Escuela de Posgrados y Educación continua

Facultad Derecho y Ciencias Políticas

Especialización en Derechos Humanos y Justicia Transicional

Sincelejo

2022

La Consulta Previa y el derecho a la salud en el Resguardo Indígena Zenú. Municipio de
San Andrés de Sotavento, Córdoba

Albert Antonio Bettin Pertuz
Tary Luz Martínez Martínez

Trabajo de investigación para optar por el título de especialista en Derechos Humanos y
Justicia Transicional

Directora
Dra. Margarita Jaimes Velásquez


Corporación Universitaria Del Caribe – CECAR
Escuela de Posgrados y Educación continua
Facultad Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derechos Humanos y Justicia Transicional
Sincelejo
2022

Nota de aceptación

4.5 (Cuatro Punto Cinco)



Director



Evaluador 1

Evaluador 2

Ciudad, Sincelejo, 3 de febrero de 2022.

Tabla de Contenido

Resumen	5
Abstract	6
Introducción	7
Planteamiento del Problema	9
Justificación	12
Objetivos	14
Objetivo General	14
Objetivos Específicos	14
Marco Teórico	15
Los Pueblos Indígenas En Colombia	15
Los Pueblos Indígenas Como Sujetos de Derechos Colectivos	16
Derecho a la Consulta Previa	19
Derecho a la Salud de los Pueblos Indígenas	23
Metodología	26
Tipo de Investigación	26
Enfoque de la Investigación	26
Enfoque Epistemológico	26
Población	26
Muestra	27
Instrumentos de recolección de información	27
Discusión	34
Conclusiones	38
Referencias Bibliográficas	39
Anexos	42

Resumen

La consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas en Colombia que busca evitar la violación de otros derechos humanos. Esta investigación abordó el impacto que tuvo el caso de la EPS-I Manexka, al ser liquidada, de manera que los indígenas zenúes consideraron vulnerados ciertos derechos entre esos el Derecho A La Salud, al no ser consultados antes de tomar la decisión de enviarlos a otra EPS. Por lo tanto, en esta investigación se planteó el objetivo de revisar el papel de la consulta previa para garantizar el acceso a la salud de los integrantes del Municipio de San Andrés de Sotavento, Departamento de Córdoba. Para lograrlo se abordó desde un paradigma cualitativo en el que se entrevistaron a autoridades indígenas; encontrando que el proceso de consulta previa es importante que se lleve a cabo pues, ya que, sienten que están siendo integrados en las decisiones importantes que se deben tomar, tal es el caso de la liquidación de la EPS-I Manexka, afectándoles en términos de salud por lo que se pudo concluir que tanto el derecho a la consulta como el Derecho a La Salud son derechos fundamentales además, para la protección de cada uno de estos derechos el mecanismo idóneo es la Acción De Tutela, sin embargo la consulta previa como derecho y como mecanismo se considera eficaz para proteger el Derecho A La Salud.

Palabras clave: consulta previa, eficaz, derecho a la salud, protección

Abstract

Prior consultation is a fundamental right of indigenous peoples in Colombia that seeks to avoid the violation of other human rights. This investigation addressed the impact that the EPSI Manexka case had, when it was liquidated, so that the Zenú indigenous people considered certain rights to be violated, including the right to health, by not being consulted before making the decision to send them to another EPS. Therefore, in this research, the objective was to review the role of prior consultation to guarantee access to health for the members of the municipality of San Andrés de Sotavento, department of Córdoba. To achieve this, a qualitative paradigm was approached in which indigenous authorities were interviewed; finding that the process of prior consultation is important to be carried out because, since, they feel that they are being integrated into the important decisions that must be made, such is the case of the liquidation of the EPSI Manexka, affecting them in terms of health by what could be concluded that both the right to consultation and the right to health are fundamental rights, in addition, for the protection of each of these rights, the ideal mechanism is the guardianship action, however, prior consultation as a right and as mechanism is considered effective in protecting the right to health.

Keywords: Prior consultation, Effective, Right to health, Right to health, Protection

Introducción

Constitucionalmente, en Colombia, se reconoce la Diversidad Étnica Y Cultural (art 7) y el Derecho a La Participación (art 40) como una manifestación del Estado Social De Derecho (art. 1). Este reconocimiento es producto de las luchas que desde tiempos inmemorables han protagonizado los pueblos indígenas en aras de preservar su cosmovisión y cultura, evitando así la desaparición total de sus lenguas y costumbres.

Lo anterior acorde a la Carta de las Naciones Unidas (1945) sobre los Derechos De Los Pueblos Indígenas cuando

Las personas pertenecientes a las poblaciones indígenas poseen cierto derecho sin ninguna distinción de todos los Derechos Humanos los cuales han sido reconocidos de manera intencional y que los indígenas han adquirido, de esta manera se reconocen los Derechos Colectivos los cuales son indispensables para desarrollarse como pueblos (pág. 8)

Así mismo tal y como lo reconoce la DUDH (art 17) los pueblos indígenas poseen derechos colectivos los cuales deben ser reconocidos y respetados por cualquier persona o entidad. En 1989 se adoptó el Convenio 169 de la Organización Internacional Del Trabajo OIT, incluyendo, la consulta Previa Como Un Derecho Humano De Los Grupos Étnicos

El Derecho a la consulta, es un derecho humano de titularidad colectiva, con alcance específico para los pueblos indígenas. Forma parte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, establecidos en el convenio, este derecho colectivo es aplicable únicamente a medidas que puedan afectarles positiva o negativamente en sus derechos colectivos y se realiza con el fin de garantizar el ejercicio de dichos derechos (pág. 6)

Este tema de la consulta previa ha sido objeto de estudio en varias investigaciones realizadas, de esta manera, según Ramírez (2014) de la Universidad Santo Tomas, el cual realizó una investigación denominada “La Edu-Comunicación en el proceso de consulta previa para el

fortalecimiento de la autonomía de los pueblos Indígenas” en la que se planteaban el papel que juega la comunicación en la práctica de procesos de consulta previa que se adelantan con los pueblos indígenas en Colombia, se concluyó que la comunicación debe ser apropiada por parte de los pueblos indígenas de Colombia, de tal manera que no solo se utilice para la acción de comunicar sino para reivindicar los derechos de los pueblos indígenas, debido a que cada actor que se involucre en una consulta previa juega un papel importante en la comunicación ya que, se debe dialogar las perspectivas entre todos. Así mismo para poder cumplir con el objetivo general se utilizó la entrevista como instrumento para recoger la información.

Así mismo, Buitrago y Cadena (2019) de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, realizaron una investigación denominado: Oportunidades reales de las comunidades negras en la consulta previa que tuvo por objeto analizar las oportunidades que tienen las comunidades afrocolombianas frente a la consulta previa, de esta manera, analizaron la jurisprudencia en dos casos que fallan a favor de la comunidad ya que no dieron cumplimiento al desarrollo de la consulta previa tal cual como lo exige la normatividad, se pudo concluir que la participación a través de la consulta previa debe primar la igualdad y la garantía de la identidad cultural de las comunidades étnicas

Planteamiento del Problema

Desde la década de los 80`s la mayoría de los Estados han procurado por velar por los derechos de los pueblos indígenas que habitan su territorio, creando nuevas políticas sociales de inclusión, generando una gran confianza sobre los mecanismos de participación, (Samper, 2006). Sin embargo, se ha mostrado que existen limitaciones en especial con el derecho que tienen los pueblos indígenas para tomar decisiones sobre proyectos, obras o cualquier actividad que se vaya a realizar en sus territorios vulnerando así el derecho a la participación, derecho que se conoce como consulta previa, debido a que, las consultas no son previas, ni libres y mucho menos informadas gracias a su baja efectividad en la práctica dificultando la participación de estos pueblos.

De esta manera, se consideran que han sido pocos los procesos de consulta previa que se han adelantado con las comunidades indígenas debido a que, no existe una normatividad en Colombia sobre la consulta previa, los criterios y aspectos generales han sido expresados por la Corte Constitucional en sus jurisprudencias. En la práctica estos procesos se basan en normas administrativas dictadas por el gobierno, de manera que se tiene al Derecho De Consulta como una simple formalidad y no como un paso efectivo a que las comunidades ejerzan su Derecho De Participación sobre las decisiones que les respecta acerca de sus derechos territoriales y otros. (Salinas, 2011)

Ahora bien, un tema de suprema importancia es el derecho fundamental a la salud de los pueblos indígenas, si bien es de conocimiento público que existen mecanismos por los cuales se puede proteger y garantizar la efectividad de este derecho desde la perspectiva legislativa.

Por lo tanto, dentro de la normatividad colombiana, el derecho a la salud está reconocido en la Constitución Política (Art.49 C.P.) Y, su alcance es general y abarca a la población indígena. Las disposiciones que allí se mencionan muestran un carácter amplio ya que, así como lo menciona el artículo 49 Carta Política de 1991 y el artículo 24 el Convenio

169 de la OIT la prestación del servicio debe adecuarse a las especificaciones culturales de cada pueblo interesado, implementando los mecanismos necesarios para lograr su efectividad.

En vista de lo anteriormente mencionado es importante resaltar que la prestación del servicio de salud no ha sido del todo efectiva, a pesar de que se utilizan mecanismos como la Acción de Tutela para su cumplimiento. De esta manera se promulgó la Ley 691 de 2001 el cual reglamentó el derecho a la salud de los pueblos indígenas desde una perspectiva desde la diversidad étnica y cultural (art. 1°), así mismo el objetivo esta Ley es proteger los derechos a la salud de los pueblos indígenas garantizándoles su integridad cultural y asegurando su permanencia social. De igual modo la Ley menciona que las autoridades indígenas serán consideradas instancias, organismos e instituciones (art 4°)

Así mismo, debido a la mala atención en los servicios de salud y las dificultades de acceso a esos servicios, afectaba a las comunidades del Resguardo, por lo tanto, las autoridades tradicionales y líderes del Resguardo Indígena Zenú vieron la posibilidad de la creación de una Empresa Promotora de Servicios de Salud Indígena, a la que denominaron Manexka, buscando una alternativa de atención integral capaz de encontrar la armonía entre la medicina tradicional y la medicina occidental. Sin embargo, por ser Manexka una EPS-I se encontraba bajo la vigilancia de la Superintendencia De Salud, por lo que al momento de hacer la gestión de inspección, vigilancia y control hallaron una defraudación al Sistema De Salud por lo que la Supersalud ordenó la toma de posesión inmediata y su liquidación. (Canchila, 2017)

La problemática radica que al momento de realizar todas estas actuaciones por parte de la Supersalud también trasladaron a más de 210 mil afiliados a otra EPS que carecía de enfoque diferencial de atención a indígenas, afectando directamente la cultura e identidad de la comunidad y desconociendo el derecho a la consulta previa ya que los tramites se hicieron sin agotar la concertación con esa autoridad pese a que la intervención forzosa de la entidad constituyó una afectación directa eliminando un sistema propio de salud de la comunidad y junto con eso suprimiendo una entidad que ofrecía servicios de salud ancestral. (Garcia, 2017)

Por lo tanto, el ciudadano Eder Espitia Estrada, en calidad de representante legal del Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento

Córdoba y Sucre, formuló Acción de Tutela contra la Supersalud en razón de que la Resolución expedida por el mismo, había iniciado el proceso de intervención forzosa, toma de posesión y liquidación de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú Manexka EPS-I, además, desconoció los derechos fundamentales a la Consulta Previa y al Debido Proceso Administrativo de la comunidad que representa. (García, 2017)

Este ejemplo permite plantearse el siguiente interrogante:

¿Cuál fue el papel de la Consulta Previa en el acceso a la salud en el Resguardo Indígena Del Municipio De San Andrés De Sotavento, Córdoba?

Justificación

Esta investigación se realiza con el fin de definir si la Consulta Previa es eficaz para facilitar el acceso a la salud en el Resguardo Indígena del Municipio de San Andrés de Sotavento, Córdoba debido a que, la Consulta Previa es un derecho de rango fundamental, materializando los principios de participación de las comunidades indígenas, a pesar de que el Derecho A La Salud mantiene el mismo rango, la Consulta Previa toma énfasis en la afectación cultural e identidad de la comunidad como tal, de modo que, el criterio cultural se vuelve un desafío para todo el que lo aplique ya que se debe entrar en un dialogo intercultural y tomar en serio las concepciones de los pueblos tribales.

. En este sentido los pueblos indígenas tienen el derecho fundamental a ser consultado para tomar cualquier decisión que les pueda afectar. En Colombia la consulta previa es un derecho fundamental, de manera que se busca garantizar la efectiva participación a ser consultado y la protección de otros derechos importantes como a la cultura, a la integridad física, al territorio, la autodeterminación y como es el caso el derecho a la salud.

El tema de garantizar la efectividad de un derecho junto con otro derecho respaldado por la Constitución Política de 1991 se vuelve interesante para la comunidad jurídica en general debido a que, en muy pocos casos se ve o se practica, siempre se enfoca por aplicar directamente los mecanismos que te ofrece la Carta Política, de esta manera mirar la efectividad de la Consulta Previa para garantizar el Derecho A La Salud enfoca la investigación a desarrollar lo nuevo. Por un lado, la Consulta Previa se enfoca específicamente en los Grupos Étnicos y en las decisiones sobre medidas legislativas y administrativas que se vayan a realizar sobre su territorio, es decir cuando se quiera proteger la integridad cultural en la toma de alguna decisión importante es necesario invocar una Consulta Previa a la población afectada. Por otro lado, el Derecho A La Salud tiene un alcance muy amplio, en términos generales este derecho aplica para todas las personas, sin embargo, el enfoque étnico representa un valor diferencial, de esta manera existe un conjunto de políticas, normas, principios, recursos, instituciones y procedimientos que se sustentan en una concepción de vida colectiva donde el protagonista es la sabiduría ancestral en armonía con la madre tierra al que se le denomina Sistema Indígena De Salud Propio Intercultural (SISPI). Por lo tanto, es pertinente realizar esta investigación ya que, mediante acto administrativo la

Superintendencia Nacional De Salud inició un proceso de intervención forzosa y realizó el traslado de más de 210 mil indígenas a otra EPS que no tenía el enfoque diferencial, esto, sin antes hacer una concertación con las autoridades respectivas, causándoles una afectación directa a sus usos, costumbres y al sistema propio de salud, impidiéndoles participar y tomar decisiones, es decir, si antes de que la Supersalud ordenara el traslado hubiera realizado una concertación con las autoridades y la comunidad no se hubiera violado los derechos de participación de los indígenas y por ende la prestación del servicio del Derecho A La Salud sería acorde a las especificaciones culturales del Resguardo, es por esto que se ve la necesidad de investigar sobre este asunto en particular.

Objetivos

Objetivo General

Analizar el papel de la Consulta Previa en el acceso a la Salud en el Resguardo Indígena del Municipio de San Andrés de Sotavento, Córdoba

Objetivos Específicos

- 1- Identificar los mecanismos judiciales idóneos para la protección del Derecho A La Salud en los indígenas
- 2- Conocer las decisiones tomadas en la Consulta Previa por parte de la comunidad indígena del Resguardo.
- 3- Examinar la fuerza vinculante de las decisiones tomadas en la Consulta Previa en la libre escogencia del prestador del servicio de salud con enfoque diferencial

Marco Teórico

Los Pueblos Indígenas En Colombia

Existen en Colombia aproximadamente 600 mil indígenas, lo que corresponde al 25% de la población colombiana, establecida en 81 grupos con diferentes lenguas, reconocidas a partir de la Constitución Política de 1991.

Cuando los europeos llegaron al Continente Americano, se encontraba habitado por agrupaciones tales como los Arahucos, Emberas, Chibchas, Cunas, entre otros, el cual ya estaban organizados en sociedades que actualmente se conocen como aztecas, Mayas e Incas. (Arango y Sánchez, 2004)

Los españoles llegaron al territorio en busca de tesoros, por lo que hallaron piedras representativas como el oro y la plata, tierras cultivadas y la población indígena a la que con crueldad sometieron y obligaron a desplazar. Los indígenas que no huían hacia las montañas y selva eran sometidos forzosamente al trabajo de carga, por lo que muchos de ellos preferían mejor no tener hijos, para evitar la esclavitud a sus descendientes. En todo el Continente Americano se encontraban formas de resistencia, demostrando así, que los indígenas nunca han dejado de luchar por sus derechos individuales y colectivos. (Arango y Sánchez, 2004)

La situación que padecían los indígenas de explotación y constante lucha llegó al momento en que casi desaparecían por completo, por lo que se vio la necesidad de negociar con el monarca español para crear Leyes en busca de la protección de los indígenas naturales de América. Posteriormente el Rey Felipe II decretó la posesión de tierras a los indígenas el cual la denominó Resguardo. (Arango y Sánchez, 2004)

El Resguardo fue la manera en cómo la Corona Española le reconoció a los indígenas el Derecho Al Territorio.

Posteriormente en el periodo republicano se empezaron a crear Leyes y Decretos de protección de los indígenas tales como el Decreto del 5 de julio de 1820 expedido por el libertador

Simón Bolívar como reconocimiento de las luchas por su independencia. De los cuales se estableció la prohibición a poner a trabajar a los indígenas sin remuneración alguna y se establecieron algunos derechos como:

- La Restitución De Tierras A Los Naturales De América
- El Derecho A Las Comunidades Indígenas A Tener Su Gobierno Propio
- El No Pago De Los Impuestos
- No Prestar El Servicio Militar

Durante todo este periodo los indígenas han continuado las luchas en cabeza de nuevas organizaciones indígenas, logrando el apoyo del Estado. Sin embargo, más adelante se creó la Ley 89 de 1890 expedida por el Congreso, el cual expresaba la manera en cómo debían ser gobernados los salvajes que fueran reduciéndose a la vida civilizada.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-139 de 1996 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, declaró inexecutable algunos artículos de esta norma afirmando que los grupos étnicos denominados por esta Ley como salvajes, están bajo la protección de la Constitución y denominados bajo la expresión comunidades culturales diferentes

El proceso que han vivido los indígenas de reclamo por su territorio y sus derechos ha sido entonces constante desde el periodo español, debido a esta constante lucha se ha logrado que se reconozcan derechos a los pueblos indígenas en diferentes periodos de la historia.

Los Pueblos Indígenas Como Sujetos de Derechos Colectivos

El desconocimiento de los Derechos Colectivos frente a los Derechos Individuales ha sido objeto de tema en varias oportunidades, puesto que genera cierta polémica al interpretar el Derecho A La Igualdad alrededor de los Derechos Colectivos, la existencia de estos, su reconocimiento ante varios instrumentos normativos nacionales e internacionales.

De esta manera los Derechos Colectivos y los Derechos Individuales se complementan entre sí, y de ninguna manera existe contradicción en ellos, estas posturas teóricas se basan en que, al momento de reconocer los Derechos Colectivos por sí solos podría desaparecer la individualidad misma de los derechos. En principio la Corte IDH había expresado que solo los miembros individualmente de los pueblos indígenas debidamente reconocidos son titulares de los derechos reconocidos en la Convención ADH y no los pueblos como sujetos colectivos. Sin embargo, posteriormente la Convención Americana Sobre Derechos Humanos reconoció los Derechos Colectivos a los pueblos indígenas de tal modo que se vio la necesidad de realizar un cambio jurisprudencial, por lo que la Corte IDH dictó el fallo de la sentencia Sarayaku contra Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012 en el que expresó:

La normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva.

Por lo tanto, en esta jurisprudencia la Corte IDH interpreta a la persona en una dimensión que no se limita a la noción de individuo, es decir se extiende a los integrantes de una comunidad para asentarse en el sujeto colectivo, lo que implica no una acumulación de Derechos Individuales sino de Derechos Colectivos abriendo de esta manera la protección jurídica a través de las demandas populares que tienen a su disposición.

Por otra parte, en la legislación colombiana según el Decreto 2001 de 1988 en su artículo 2^a define a las comunidades indígenas:

Entiéndase como comunidad indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales

Según lo expresado es importante precisar que la particularidad de las formas de vida e identidad comprende; practicas comunes, valores compartidos y concentrarse en un territorio específico donde se identifica la diferencia frente a otro grupo, por ende, se afirma que la comunidad es sujeto de derechos. Con respecto a lo anterior la Corte Constitucional en sentencia T- 380 DE 1993 señala:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los Derechos Colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. (pág. 15)

Cabe resaltar que el reconocimiento que se les da a las comunidades indígenas como sujeto de derechos se desprende del artículo 7º de la normatividad constitucional el cual expresa: “Título I De Los Principios Fundamentales: Artículo 7º: El Estado protege y reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.”

Como lo ha expresado la Corte Constitucional, la comunidad indígena es sujeto colectivo, no una sumatoria de sujetos individuales, por lo que ha dejado de ser una realidad legal para convertirse en sujetos de Derechos Fundamentales, de tal modo que la persona individual no es solamente considerada en su esplendor sujeto de derechos sino la comunidad misma. Los Derechos Colectivos son los que mejor representan la identidad indígena y contribuyen en su fortalecimiento.

Con ello se está haciendo lo expresado en el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13.1 referente a que los gobiernos deben respetar las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados en las tierras o el territorio.

Derecho a la Consulta Previa

A raíz de todo el articulado constitucional con respecto a la participación de los pueblos indígenas la Corte Constitucional en defensa de los Derechos de los pueblos indígenas desarrolló la Consulta Previa y la otorgó de las mismas protecciones con las que gozan los demás Derechos Fundamentales. Este Derecho se trata de que el Estado debe consultar a los pueblos indígenas cuando se trate de adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecte directamente. Este es el único mecanismo eficaz que permite que los pueblos indígenas sean consultados. De esta manera la Corte Constitucional expresa que:

La Consulta cumple la función de (i) Proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) Asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades; y (iii) Propiciar la defensa de sus demás derechos, en especial, pero no exclusivamente, los territoriales. Se trata, por lo demás, de un mecanismo básico para preservar (iv) La integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (Sentencia T-011, 2018, pág. 28)

De esta manera la Consulta Previa se basa en el Derecho que tienen los indígenas de tomar las decisiones que les sean pertinentes para su desarrollo económico, cultural y social en la medida que afecte sus creencias y bienestar espiritual, precisando además que este derecho permite que participen activamente.

El Derecho A La Participación, que se da mediante la Consulta Previa es un proceso de carácter obligatorio que debiese adoptarse antes de tomar una decisión o ejecutar alguna medida que pueda afectar la vida de los indígenas o su integridad étnica y cultural, además va encaminado a que el Estado cumpla con su responsabilidad de protección a la Diversidad Étnica Y Cultural.

La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando:

- (i) Se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales;
- (ii) Existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la

minoría étnica; (iii) Se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) Se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la Consulta Previa también procede (v) Cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) Cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) Asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) O por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido (Sentencia SU- 123, 2018, pág. 2)

Por otra parte, cabe señalar que el Derecho A La Consulta ha sido denominado un derecho fundamental innominado, de manera que no se encuentra positividad, pero ha sido reconocido por la Corte Constitucional con el carácter de fundamental a través de interpretaciones de principios y valores reconocidos constitucionalmente.

En este sentido a través de varias jurisprudencias la Corte Constitucional ha definido los criterios de la Consulta Previa para garantizar su efectiva aplicación.

Unas variedades de normas constitucionales son aplicables a la Consulta Previa, de esta manera el artículo primero expresa que Colombia es un país con una democracia participativa, seguidamente el artículo segunda menciona que el Estado debe facilitar la participación a las decisiones que se tomen siempre y cuando le afecten y por último el artículo Séptimo reconoce a la Diversidad Étnica Y Cultural.

Igualmente, la Consulta Previa también encuentra sus bases en normas de carácter internacional, tal es el caso del Convenio 169 de la OIT que de acuerdo con su artículo Sexto menciona que los gobiernos deben consultar a los pueblos a través de procedimientos adecuados en participar cada que se presenten medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles a las comunidades indígenas directamente.

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en señalar que, de conformidad con las normas nacionales e internacionales mencionadas, la Consulta Previa es, en sí misma, un

derecho fundamental colectivo que se encuentra íntimamente ligado a la sobrevivencia de estos pueblos.

De hecho, La Corte Constitucional indicó que:

Es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y (...) cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación (Sentencia T-769, 2009, pág. 23)

De esta manera se puede concebir a la Consulta Previa como un dialogo que permite el entendimiento de las partes en el cual no cabe la arbitrariedad, por el contrario, apunta a la comunicación y el entendimiento basándose en el Principio De Buena Fe. Por eso la Corte Constitucional ha fijado los criterios generales para la aplicación de este derecho, así entonces en primer lugar de acuerdo con la (sentencia SU 039, 1997) la Corte dejó claro que no puede tener el valor de Consulta Previa la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales.

Por lo tanto, es pertinente que se presenten los criterios antes mencionados, que se presenten acuerdos con la comunidad indígena y que ésta manifieste si están de acuerdo o no con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

En segundo lugar, como se indicó en la sentencia C-461 de 2008, antes de llevar a cabo la Consulta Previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares una preconsulta con la comunidad o comunidades concernidas.

Esta preconsulta es para identificar los representantes de la comunidad, de igual modo para exponer el proyecto, y concertar la metodología de la consulta, que será definida con anterioridad junto con las autoridades la comunidad través de un proceso pre-consultivo para explicar los

parámetros del procedimiento a seguir, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad.

Algunos de estos puntos fueron expresados por la Corte Constitucional.

En tercer lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación. En cuarto lugar, la Corte ha precisado que el proceso de consulta debe regirse por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades. En quinto lugar, las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos (sentencia T 693, 2011, pág. 44)

En sexto lugar, para la Corte, la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar

De esta manera para que la Consulta Previa cumpla su fin es necesario que se adopten los criterios establecidos por la Corte Constitucional, debido a que la importancia que se le ha dado a la Consulta Previa se ha reiterado por esta corporación sobre su carácter fundamental de modo que no existe otro mecanismo idóneo distinto a la Acción De Tutela para que los pueblos indígenas reclamen ante los jueces el derecho a ser consultados.

El Decreto 2591 de 1991 indican que la Acción De Tutela solo es procedente siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, para lo cual existen dos criterios faticos: el primero se instaure la Acción De Tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y la segunda instaurar la Acción De Tutela como mecanismo principal, este se da siempre y cuando las acciones ordinarias carecen de idoneidad para defender derechos fundamentales. De esta manera la Corte ha precisado que las acciones contenciosas carecen de idoneidad para salvaguardar el Derecho A La Consulta Previa de los pueblos indígenas debido a que estas herramientas no ofrecen una respuesta clara, de manera que los medios de control de Nulidad Simple Y Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho, no son mecanismos idóneos para la protección del Derecho A La Consulta tal como si lo es la Acción De Tutela ya que el Principio De Inmediatez permite que este mecanismo sea resuelto dentro de un plazo razonable, pues la finalidad de este es proteger de manera inmediata los derechos fundamentales.

Derecho a la Salud de los Pueblos Indígenas

El Derecho A La Salud está reconocido Constitucionalmente y en él se expresa que:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de Eficiencia, Universalidad y Solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las Entidades Territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley. (...) Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad (Const. Art 49, 1991, pág. 16)

Su alcance es un tanto general para toda la población, es decir que la prestación del servicio a la salud es aplicable a los pueblos indígenas y en coordinación con el Convenio 169 de la OIT de 1989 y la ley 21 de 1991 se reconoce de manera especial los servicios de salud, además los gobiernos deben garantizar que se ponga a disposición de la comunidad los servicios de salud adecuados teniendo en cuenta las condiciones económicas, sociales y culturales. Por tanto, la Ley 691 de 2001 se reglamentó el Derecho A La Salud de los pueblos indígenas desde una perspectiva étnica y cultural y estableció la participación de los grupos étnicos en el Sistema General De Seguridad Social.

Colombia es un país que cuenta con aproximadamente 100 pueblos indígenas el cual se rigen por sus leyes propias, de manera que, cada pueblo conserva su identidad cultural en cualquier aspecto que se presente, en este caso en la salud. A pesar de que los miembros de las comunidades indígenas tengan derecho al acceso a los servicios de salud de cualquier persona, estos optan por mantener sus propias costumbres, de modo que para ellos la salud va más allá, significa tener un “buen vivir” es por esto, que los indígenas proponen un sistema que se adecue a las necesidades reales que ellos viven y que, además fortalezca la Diversidad Étnica Y Cultural. Es por esto por lo

que se crea el Sistema Indígena De Salud Propio Intercultural (SISPI) el cual integra la sabiduría ancestral, político organizativo, formación, capacitación, generación y uso del cuidado de salud propia e intercultural y administración y gestión.

Si bien es cierto que los pueblos indígenas han luchado por obtener todo lo que hasta el día de hoy han logrado, en este sentido, las luchas indígenas por el Derecho A La Salud parten de una perspectiva basada en saberes y practicas ancestrales, sin embargo, aún se presentan varias dificultades con el sistema hegemónico.

Primero, un orden importante en la salud es poder decidir, gobernar y poder participar, la manera como se les permite participar a los pueblos indígenas es parcial, no permite decidir y gobernar dentro de sus propios territorios.

Segundo, si bien hay reconocimiento de los saberes ancestrales la barrera es que están subordinados y quedan de manera secundaria para poder atender los problemas de salud frente al modelo biomédico y frente a las decisiones que tome el modelo hegemónico de salud basado en hospitales, los conocimientos científicos técnicos, los medicamentos entre otros.

Tercero, aun los pueblos indígenas que acceden al sistema biomédico occidental existen barreras de acceso de diferente tipo: de tipo económico; porque, aunque el régimen al cual pertenece es subsidiado sigue exigiendo que se cubran costos del bolsillo de las comunidades en gastos de transporte o de alimentación, aunque hay algunas fuentes para ello, son bastante limitadas. De tipo geográfico por la ubicación de los pueblos indígenas, por lo general las personas que más acceden a estos servicios de salud viven en comunidades o veredas, en las cuales la mayoría son difícil de acceder o salir hacia la zona urbana en ocasiones por el clima u otro factor. Y la última es de tipo cultural porque a pesar de los reconocimientos y de la adecuación socio cultural de los programas, realmente el sistema hegemónico está diseñado para operar en una lógica de enfermedad con un lenguaje de órganos, de daños y no para dialogar con un lenguaje de armonía y de equilibrio y las propias perspectivas de las enfermedades de los pueblos indígenas y en ese marco se produce y se mantiene discriminación y en muchos casos violencia racista a la hora de la prestación de los servicios.

Finalmente, las organizaciones han accedido a mecanismos del mismo sistema de mercado como son las EPS Indígenas y hay también prestadores que son IPS Indígenas, sin embargo, estas empresas deben jugar dentro de las mismas reglas de juego del sistema general en comunidades que operan con una lógica de una riqueza y de una economía más colectiva ocasionando un quiebre entre entidades que se vuelven burocráticas en el tema de costo, oferta y demanda de servicios vs unas dinámicas colectivas ancestrales. Es decir, todo se convierte en actividades y trámites para resolver asuntos administrativos, de manera que aún no existe una realidad en la que el SISPI esté por fuera del mercado, la salud en el territorio la tiene que gobernar el pueblo indígena, de tal manera que él decida cómo, cuándo y dónde entran tanto los servicios propios como los servicios occidentales a concurrir, eso se logra cuando el ejercicio de la autoridad es reconocido.

Metodología

Tipo de Investigación

El diseño de esta investigación asume un tipo jurídico debido a que, el eje es una figura jurídica utilizándolo como herramienta para el acceso del Derecho.

Enfoque de la Investigación

El enfoque de esta investigación es cualitativo, debido a que la información que se expresa no contiene ninguna medición numérica sino se basa en la conceptualizaciones de varias fuentes teóricas para que pueda ser interpretada y posteriormente plantear el tema, así mismo expresa (Baptista Collado & Sampieri, 2003, pág. 7) este enfoque permite la recolección de datos sin la necesidad de relacionar, tablas o gráficos que contengan mediciones numéricas, esto con el fin de permitirnos crear preguntas de investigación durante el desarrollo de la interpretación”

Enfoque Epistemológico

El enfoque epistemológico de esta propuesta investigativa es empírico ya que, según Cerezal y Fiallo (2005, Pág. 56) el enfoque empírico es aquel tomado de la práctica, analizado y sistematizado por vía experimental mediante la observación reiterada y la experimentación.

Población

El Resguardo Indígena Zenú De San Andrés De Sotavento Córdoba – Sucre, territorio ancestral está ubicado al noroeste de Colombia. Se cuenta con la presencia de asentamientos indígenas en los Departamentos de Córdoba y Sucre en quince (15) municipios: San Andrés de Sotavento, Tuchín, San Antonio de Palmito, Chimá, Sampués, Purísima, Sincelejo, Momil, San Onofre, Ciénaga de Oro, Santiago de Tolú, Chinú, Tolú Viejo, San Antero, Sahagún.

Los Resguardos están integrados por las comunidades indígenas de cada municipio, y dentro de estas se encuentran los cabildos, que son instituciones políticas que representan a las comunidades.

Muestra

La muestra escogida para esta investigación son 5 capitanes miembros de los cabildos indígenas asentados en el municipio de San Andrés de Sotavento, Córdoba.

Instrumentos de recolección de información

Para llevar a cabo esta investigación se utilizaron como técnicas de investigación: La observación y la entrevista que permita identificar si las decisiones tomadas por las comunidades indígenas tienen fuerza vinculante, permitiendo la búsqueda de soluciones a la problemática presentada.

La Observación

Van Dalen y Meyer (1981) citado por (Díaz, 2011, pág. 7) consideran que la observación hace parte importante de las investigaciones, ya que proporciona elementos fundamentales; como son los hechos. De esta manera tener claro para que al utilizar este instrumento es importante la determinación de un objeto, lo que conlleva a definir los propósitos de la investigación, esclarecer la manera en cómo se va a recolectar esa información, observar con detalle, registrar correctamente los datos para después analizarlos para posteriormente tener obtener unas conclusiones.

Diario de Campo

Según Bonilla y Rodríguez, citado por Martínez (2007, pág. 77) El diario de campo debe permitirle al investigador un monitoreo permanente del proceso de observación. Es especialmente

útil al investigador en él se toma nota de aspectos que considere importantes para organizar, analizar e interpretar la información que está recogiendo. De esta manera, este instrumento permite enriquecer la relación existente entre la teoría y la práctica, además de que es una técnica de fuente primaria.

Entrevista

La entrevista en la investigación cualitativa es una técnica para la recolección de información y datos, la cual es realizada a partir de una conversación cuyas orientaciones responden a propósitos concretos del estudio, de acuerdo con (Abarca et al, 2013, pág. 100) la técnica de la entrevista debe entenderse como aquel procedimiento que recolecta la información con base en la interacción entre dos personas o más, a través de una conversación, la entrevista en la investigación cualitativa, demanda el establecimiento de una situación con condiciones adecuadas para favorecer que las personas sujetos de investigación se vean realmente invitadas a conversar acerca de aspectos relacionados con sus experiencias de vida.

Resultados

A raíz de las entrevistas realizadas a los miembros del Cabildo Indígena del municipio de San Andrés de Sotavento, se obtuvo en respuesta que ellos hicieron todo lo que estuviera a su alcance por vía de hecho y jurídicamente para evitar la liquidación de la EPS-I Manexka; desde mingas durante el día y la noche, hasta la interposición de acciones de tutelas, sin embargo, no se evitó el cierre de esta Empresa.

Los indígenas a través de su representante decidieron interponer una Tutela debido a que la Supersalud estaba vulnerando su Derecho a ser consultados. El fallo fue favorable al Resguardo, provocando así que se iniciara el trámite de una Consulta Previa en el territorio indígena.

Así mismo reiteran los capitanes que el propósito de la consulta recae de la población indígena que estaba siendo atendida por Manexka EPS-I para marzo del 2017. Resalta la acción de mala fe de las EPS reiterando la condición indígena de la población, lo cual ha generado un desplome de la población indígena en los respectivos territorios a esa población debiera sumarse el crecimiento normal de los núcleos familiares. A su vez los capitanes resaltan que esta estrategia buscaba realizar una evasión del proceso de Consulta Previa por la EPS y aclarar que la base de datos debe ser mirada en retrospectiva. Así mismo manifiestan que se hizo una reunión para llevar a cabo las medidas necesarias para la realización de la Consulta Previa.

Así mismo en una jornada de trabajo en la cual asistieron varias autoridades, se firmó un acta en la que quedó en firme la apertura de la Consulta Previa para continuar con el proceso de selección y traslado de los habitantes de la comunidad Indígena Zenú a la EPS de su preferencia. En ella se estableció un plan de trabajo para su desarrollo.

De esta manera, al darle respuesta a las preguntas realizadas en la entrevista los capitanes manifiestan que aún no se ha llegado a una decisión con respecto a la consulta, debido a que aún está en proceso y que ha sido una decisión difícil ya que han presentado dos propuestas acerca de dos EPS-I. En principio se tenía la idea de crear una nueva EPS-I, sin embargo, se llegó a la conclusión de que era un proceso muy extenso y demorado, mientras tanto los indígenas quedaban sin atención, o en una atención no diferencial como se encuentran hoy en día.

Por ello, se pensó que lo mejor era buscar una EPS-I que cumpliera con los lineamientos y trasladarla hasta el Resguardo Indígena Zenú Córdoba-Sucre. De esta manera se está realizando la consulta en cada cabildo perteneciente a este Resguardo, menciona el Capitán del Cabildo de Tierra Grata.

La Consulta Previa aún no se ha finalizado, y se debe hacer todo lo que está consagrado en el cronograma de actividades. La consulta se encuentra en la etapa de análisis de identificar cuantos usuarios indígenas se encuentran afiliados a las EPS ordinarias, es decir están identificando los impactos para después identificar las medidas de manejo: como se hará el traslado y las demás situaciones a esto se le llama identificación de impactos y medidas de manejo. Sin embargo, para la escogencia de la EPS, se decidirá en una de las etapas dentro del proceso de Consulta Previa.

De lo anterior se reafirma el papel fundamental de la Consulta Previa para evitar daños irreparables a los usos y costumbres del pueblo Zenú. Por otro lado, este derecho mecanismo es completamente incluyente, en la medida que permite que los capitanes y demás autoridades ancestrales intervengan en los asuntos que pueden afectar las bases fundamentales de la propia cultura, máxime, cuando se encuentra en juego el derecho a la salud que por conexidad afecta el derecho a la vida.

Por otro lado, es importante dejar sentado que el cierre de Manexka EPS-I también afectó el derecho al empleo de quienes prestaban sus servicios en la Empresa de manera directa e indirecta. Como se lee, las repercusiones no solo se dieron en el derecho a la cultura y a los usos y costumbres, sino que afectó otros derechos sociales y colectivos indispensables para el desarrollo armónico de la vida humana.

Mencionan los capitanes que, para la realización de este proceso, se hizo cronograma en el cual se establecieron las etapas y/o actividades a realizar y las fechas establecidas. Además, mencionan que, debido a la situación de la pandemia se vio la necesidad de suspender las etapas.

Así mismo la (Sentencia T-103, 2018), emitida por la Corte Constitucional, dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado Cuarto Administrativo Mixto del Circuito de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba respecto de la Acción De Tutela interpuesta por el Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú del Resguardo Indígena de San Andrés de

Sotavento en contra de la entidad Supersalud, deja en firme la decisión tomada por la Supersalud el 27 de marzo de 2017 de liquidar Manexka EPS-I debido a los graves hallazgos identificados que involucraban el riesgo en atención en salud de los afiliados y los recursos del sistema de salud.

Adicionalmente, se concluye, que según la Supersalud no vulneró el Derecho Fundamental a la Consulta Previa al adelantar las medidas forzosas frente a la liquidación de la EPS-I Manexka, pues manifiesta que la actuación realizada por este no implicó una afectación directa para ese colectivo y no perturbó su identidad cultural y étnica con la decisión.

Como se mencionó debido a la situación de la pandemia se vio la necesidad de suspender las actividades de la Consulta Previa, quedando inconclusas y sin culminar las etapas, para lo cual se había establecido un cronograma, dicho cronograma no pudo ser llevado a cabalidad, sin embargo para el año 2021 la delegación de la Superintendencia Nacional de Salud arribó en la fecha y hora dispuesta para la sesión de trabajo del proceso de consulta previa, en el Pueblo Zenú, en la cual se tomaron temas acerca de la población.

La Mesa Técnica fue planeada y presupuestada para ser adelantada con cerca de 50 asistentes presentando el análisis realizado a las bases de datos suministrada por el Cabildo Mayor Regional del Pueblo Zenú y la ADRES, relacionada con la información de la población que fue objeto de asignación por la intervención realizada por la Supersalud para liquidar la EPS-I Manexka, a fin de determinar la población objeto de la consulta, de acuerdo con lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 103 de 2018.

En los resultados del análisis según manifiestan los capitanes, se resalta que el total de la población en la base de datos de ADRES es de 212.005 usuarios y la del Cabildo es de 217.112 usuarios.

El consejero De Salud Del Pueblo Zenú manifiesta que la información es clara, añade que el Ingeniero ha analizado la información de los archivos maestros y la Superintendencia solicitó una semana para su revisión. Toda esta información atribuye que es necesario realizar una caracterización en la población indígena, pues hoy en día la EPS ordinaria no piden certificación de Resguardo, solamente piden certificado de SISBEN por lo que es necesario realizar la

caracterización, sin embargo, se sugiere que se revise con calma el caso para poder tener claridad del asunto.

Sin embargo, hasta la fecha se está trabajando únicamente con los usuarios que se encuentran en la base de datos debido a que, lo que se quiere o se busca con la consulta es que se realice la caracterización para que la población afiliada aumente, para que se incluyan a las personas que están dispersas de su familia y se incluyan además aquellos que a la fecha no habían nacido y por ende no pertenecían a la EPS-I Manexka.

De esta manera, a pesar de las dificultades presentadas las autoridades competentes como la Supersalud ha puesto empeño en dar cumplimiento al cronograma en el proceso de La Consulta Previa, así mismo se relaciona el interés de la comunidad en adelantar el proceso y hace un llamado para que se preste el apoyo necesario de todos los integrantes para las Asambleas Territoriales.

Así mismo, se manifiesta que en este proceso deben existir dos fines: de un lado el cumplimiento del fallo y lo ordenado por la Corte Constitucional, que es a lo que se refiere el documento de la Superintendencia y por otro lado el procedimiento interno con los usos y costumbres que corresponden al fuero propio de la comunidad. De acuerdo con esto, el capitán por ser una institución de carácter especial que está recogido en la Ley de Gobierno Propio del Pueblo Zenú, acompañada de la firma del secretario y el Cacique Mayor, solicitó la realización de una Asamblea Comunitaria para que autorice a estas dos autoridades para tomar una decisión.

Por último, algunas acciones que se realizaron como el traslado de manera arbitraria reiterando la condición de indígena, dejando de lado el derecho al consentimiento y La Consulta Previa, puede presentarse una presión dentro de la misma comunidad, que se tomaría hacia el capitán por parte de la EPS en la que se encuentran actualmente los usuarios ya que estos no querrían perderlos, sin embargo es de manifestar que la decisión es de la comunidad misma y el capitán solo es un trasmisor de la voluntad de la comunidad.

Así mismo la comunidad tiene autonomía y espacio para tomar decisiones, en virtud de esto, el capitán tiene un sentido de gobernabilidad internamente. Junto a esto debe garantizar la Salud de toda población independientemente de que el Cabildo este registrado en el Ministerio Del Interior.

De conformidad con lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-103 de 2018 el Ministerio del Interior, la Superintendencia Nacional de Salud y el Cabildo Mayor Regional de San Andrés de Sotavento, como resultado de la Consulta Previa adelantada en las mesas de trabajo realizadas en campo con los actores vinculados en el fallo judicial, y en las Asambleas Comunitarias y Territoriales, hacen constar la concertación sobre la libre escogencia de la Entidad Promotora de Salud por parte de las comunidades adscritas al CMRPZ y aquellas en donde los usuarios fueron objeto de traslado, quienes manifiestan contar con una manifestación propia de su autogobierno de las comunidades indígenas y su identidad cultural, y se manifiesta que la comunidad no desea continuar en la EPS a la cual fue trasladada o en la que se encuentra actualmente, de acuerdo a los usos y costumbres de los pueblos indígenas, se determinó que los Cabildos Menores deciden de manera previa, libre, voluntaria e informada tomar la decisión de trasladar de manera colectiva a los miembros relacionados en el listado censal, con el fin de unificar su afiliación en una sola Entidad Promotora de Salud.

Discusión

La Consulta Previa, es uno de los temas más complejos en materia de derechos de los pueblos indígenas, de manera que ha sido objeto de debates políticos y jurídicos. A pesar de todo esto es un derecho fundamental el cual es protegido bajo la guardia de la Corte Constitucional en materia de Tutela. La consulta debe ser previa a la realización del proyecto u obra que se pretenda hacer en la comunidad y con base a estos acuerdos y lo que se decida allí es lo que naturalmente se debe hacer.

De esta manera un tema importante radica en que en varias ocasiones estas comunidades indígenas se han visto afectadas porque las entidades no realizan la consulta previamente como ordena el Convenio 169 de la OIT. Tampoco debe ser considerada una mera formalidad, sin peso vinculante ya que, es un proceso muy importante para la comunidad indígena, porque permite que estos grupos incidan en las decisiones administrativas, legislativas y de cualquier otro orden que puedan afectarle.

Así mismo, a través de este mecanismo de participación se están protegiendo ciertos derechos que tienen sobre sus saberes y costumbres, tal es el caso de esta EPS-I Manexka, que fue liquidada y que de ninguna manera las autoridades tuvieron en consideración a este grupo étnico para llevar a cabo su liquidación, desconociendo que, en ella, se atendía población constitucionalmente protegida.

Para soslayar la problemática, la tutela se convirtió en la punta de lanza para la defensa del derecho a la participación, en tanto, el derecho a la Consulta Previa es un derecho fundamental de los Pueblos Indígenas Colombianos.

Por otro lado, el cierre de la EPS, sin la previa consulta a la comunidad, desconoce los derechos de las personas a gozar de buena salud y a la atención cercana y oportuna de una medicina ancestral que sea acorde a sus usos y costumbres. El traslado a una EPS no estructurada para atender población indígena es un retroceso en materia de Derechos Humanos y un

desconocimiento de los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación.

Como se infiere de las entrevistas, las afectaciones son irremediables en términos de transmisión de las practicas ancestrales, por ejemplo, el Capitán del Cabildo De Cruz Chiquita, recuerda que las prácticas médicas que se realizaban en la EPS eran propias de sus costumbres; la medicina natural era respetada, se respetaba la autonomía del individuo frente a la negativa de aplicase vacunas convencionales, buscando medios curativos o preventivos alternos que no afectaran las creencias del usuario indígena.

Esta no atención diferenciada ocasiona que la población del cabildo ha afectado el acceso a la salud de quienes se aferran a la medicina natural, no están cómodos con una EPS que no responde a sus necesidades y prácticas.

Pero más lesivo ha sido que la no consulta acarreó que distribuyeran de manera errónea a las familias en otras EPS, de modo que, algunos miembros quedaron en una EPS y los otros en otra diferente. Esto último además es sumamente delicado porque no solo transgrede la unidad familiar desde la visión étnica del pueblo Zenú, sino que desconoce lo estipulado por la misma Ley 100 de 1991. Además, esto impone una carga extraordinaria a las personas porque no pueden acompañarse y ser atendidos en la misma IPS.

Ahora bien, el medio idóneo para evitar situaciones tan complejas como las antes descritas es la consulta previa ya que en ella se garantiza la participación de la comunidad atendiendo a las particularidades del grupo étnico y de esta manera encontrar la mejor solución a la problemática planteada.

Respecto al derecho a la salud, debemos decir que su goce debe ser materializado desde el enfoque diferencial. De ahí que cuando no es satisfecho de manera adecuada, el mecanismo por excelencia para su protección es la Acción De Tutela. En principio este derecho funcionaba solo en conexidad con otros derechos fundamentales, si bien es cierto que la acción de tutela es un

mecanismo que solo protege los Derechos Fundamentales taxativamente establecidos en la constitución política, sin embargo como el Derecho A La Salud no era considerado Derecho Fundamental sino meramente prestacional ya que se encontraba en los artículos 44 y 49 en la Constitución Política de 1991, es decir, no estaba ubicado en la categoría de Derechos Fundamentales, sin embargo como el derecho es cambiante más adelante gracias a la Corte Constitucional este derecho tuvo doble connotación, tanto prestacional como fundamental por conexidad, debido a la gran demanda de acciones de tutela que se debían interponer para hacer efectivo este derecho, sin embargo debía hacerse en conexidad con otros derechos como la integridad física, la vida y otros derechos fundamentales.

Ahora al realizar la entrevista, el Capitán Del Cabildo De Gardenia y preguntarle qué tan eficaz es el servicio de salud en su comunidad, este manifestó que es pésima, las EPS a la que él y los miembros de su comunidad pertenecen no le brindan la atención que ellos requieren además que ellos asisten a una consulta médica y porque pertenecen al régimen subsidiado simplemente le recetan medicamentos como Acetaminofén, Tiamina y otras que en realidad no sirven para lo que realmente ellos necesita.

En el ejercicio de sus propios saberes se ven abocados entonces a usar la medicina tradicional a expensas propias, porque lo que ofrece la EPS no se ajusta a sus usos. Esto es absolutamente grave, porque el derecho a la salud contribuye al bienestar de la persona. En ese sentido el Estado no ha tenido en cuenta que la medicina tradicional es importante para el pueblo Zenú y para la pervivencia de su cultura. Occidentalizar la atención médica, significa quitar peso a sus prácticas ancestrales y desconocer su derecho a la diversidad. Por ello, lo que se pone en juego con ello, es la esencia propia de un pueblo que se niega por demás al uso de químicos en su cuerpo.

Como se lee, las afectaciones a los derechos humanos del Pueblo Zenú, incluye daños individuales como colectivos. De ahí que, ante la inexistencia de una consulta previa que evitara las situaciones antes descritas, las comunidades se ven abocadas al uso de la tutela como mecanismo de protección para el derecho a la salud.

En resumen, se puede decir que la consulta previa era un requisito sine qua non al momento de decidir sobre la liquidación de la EPS. cómo se encuentra en proceso aún las medidas paliativas diseñadas por el estado para dar respuesta al derecho a la salud del del pueblo Zenú ha generado acción con daño, en la medida que desconoce los usos y costumbres propios del pueblo.

Manifiestan los capitanes que ya no era como en los tiempos de antes que llegaban los blancos en sus camionetas e intimidaban a los miembros de la comunidad y ya ellos dejaban que hicieran lo que quisieran, ya cada indígena conoce cuáles son sus derechos gracias a las constantes luchas de estos pueblos, de modo que hoy en día estas comunidades ya tienen voz y voto y no se dejan intimidar por nadie, de manera que, esto podría ser un factor por el cual las entidades no consultaban a la comunidad.

Conclusiones

La consulta previa es un derecho constitucional de los pueblos étnicos que fue desconocido al momento de liquidar a la EPS. Con ello, se incumplió el Convenio 169 de la OIT para los Pueblos Étnicos y Tribales ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, así como la Constitución Política de Colombia que reconoce la diversidad étnica y la autonomía de los pueblos indígenas. Particularmente el derecho a la participación en unos asuntos que les puedan afectar como es el caso del derecho a la salud.

El problema de que la consulta previa se haya realizado posterior a la liquidación de la EPS ha generado demora en la satisfacción del derecho a la salud entendiendo este derecho desde el reconocimiento de las prácticas ancestrales del pueblo. Por ello las medidas adoptadas no se ajustan a las prácticas ancestrales de la comunidad.

Es así como la acción de tutela se convierte en el paladín de defensa del derecho a la salud de los integrantes del Resguardo y de las autoridades indígenas para el respeto del derecho a la consulta previa. No obstante, en un estado social y democrático de derecho que se auto reconoce pluri étnico el uso de este mecanismo para la defensa del derecho a la salud o a la consulta previa debería ser excepcional y no la regla general.

Referencias Bibliográficas

- Abarca A, Alpízar, F. Sibaja, G y Rojas, C. (2013). *Técnicas cualitativas de la investigación*. (1.^a ed.) Editorial EUCR San José, Costa Rica: UCR.
- Arango, R. y Sánchez, E. (2004). *Los Pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Población, cultura y territorio: bases para el fortalecimiento social y económico de los pueblos indígenas*. Departamento Nacional de Planeación (DNP). Bogotá, 2004.
- Baptista, P., Collado, C. y Sampieri, R. (2003) *Metodología de la investigación*. (5ta ed.) Mc Graw Hill Interamericana. México D.F.
- Buitrago, E. y Cadena, Y. (2019) *Oportunidades reales de las comunidades negras en la consulta previa*. [Trabajo de grado. Universidad Nacional Abierta y a Distancia]. Bogotá D.C.
- Canchila A. (2017). El golpe al corazón del imperio de “El Indio” pestana. *La silla vacía*.
<https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/el-golpe-al-corazon-del-imperio-de-el-indio-pestana>
- Cerezal, J. Fiallo J. (2005) *Cómo investigar en pedagogía*. Edit. Pueblo y Educación, La Habana, 2005
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 139 de 1996. (MP. Carlos Gaviria Díaz: 09 de abril de 1996)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 461 de 2008. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa: 14 de mayo de 2008)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU- 039 de 1997. (MP. Antonio Barrera Carbonel: 03 de febrero de 1997)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos & Rodrigo Uprimy Yepes: 15 de noviembre de 2018)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-011 de 2018. (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 30 de enero de 2018)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 103 de 2018. (MP. Alberto Rojas Ríos: 23 de marzo de 2018)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-380 de 1993. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz: 13 de septiembre de 1993)

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 693 de 2011. (MP. Jorge Ignacio Pretelt: 23 de septiembre de 2011)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-769 de 2009 (MP. Nilson Pinilla Pinilla: 29 de octubre de 2009)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador Serie C No. 245. Fondo y Reparaciones. 27 de junio de 2012.
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Constitución Política de Colombia. Art. 1, 7, 40 y 49. Julio 20 de 1991 (Colombia) 2da Ed. Editorial Legis.
- Decreto 2001 de 1988 (Ministerio de Justicia y del Derecho) Por el cual se reglamenta el inciso final del artículo 29, el inciso 3° y el parágrafo 1° del artículo 94 de la ley 135 de 1961 en lo relativo a la constitución de Resguardos Indígenas en el territorio nacional. (septiembre 28 de 1988)
- Decreto Ley 2591 de 1991 (Departamento administrativo de la Presidencia de la Republica) por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. (19 de noviembre de 1991) D.O. No. 40.165
- Díaz, L. (2011). *La observación. Facultad de psicología*. Universidad Nacional Abierta y a Distancia.
http://www.psicologia.unam.mx/documentos/pdf/publicaciones/La_observacion_Lidia_Diaz_Sanjuan_Texto_Apoyo_Didactico_Metodo_Clinico_3_Sem.pdf
- García E. (2017) *Zenúes buscan revocar liquidación de EPS Manexka*. El Heraldo. Recuperado de: <https://www.elheraldo.co/cordoba/zenues-buscan-revocar-liquidacion-de-eps-manexka-342269>
- Ley 21 de 1991. *Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª*. Reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Marzo 04 de 1991. D.O. 39720
- Ley 691 de 2001. Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia. 21 de septiembre de 2001. D.O. 44558
- Martínez L. (2007). *La observación y el diario de campo en la definición de un tema de investigación*. Institución Universitaria los Libertadores. Recuperado de: <https://www.ugel01.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/1-La-Observaci%C3%B3n-y-el-Diario-de-campo-07-01-19.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 27 junio 1989, C169, Recuperado de:
<https://www.refworld.org.es/docid/50ab8efa2.html>

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 noviembre 1969, Recuperado de
<https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html>

ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, 217 A (III), Recuperado de: <https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html> Pág. 8


ONU: Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945. Recuperado de:
<http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>.

Ramírez, T. (2014). *La Edu-Comunicación en el proceso de consulta previa para el fortalecimiento de la autonomía de los pueblos Indígenas*. [Trabajo de pregrado. Universidad Santo Tomas].
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/346/La%20Educomunicacion%20en%20el%20proceso%20de%20Consulta%20Previa%20para%20el%20Fortalecimiento%20de%20la%20Autonomia%20de%20los%20Pueblos%20Indigenas.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Samper F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21731.pdf>

Salinas A. (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*. 27 (dic. 2011), 235–259.

Anexos

 <p>CECAR Corporación Universitaria del Caribe</p>	CORPORACION UNIVERSITARIA DEL CARIBE CECAR ESPECIALIZACION EN DERECHOS HUMANOS DIARIO DE CAMPO
INFORMACION BASICA	
FECHA	
INVESTIGADORES	
GRADO	
CABILDO	
HORA DE INICIO - FINALIZACION	
TIEMPO DE EJECUCION	
OBJETIVO DE LA SESION	
DESCRIPCION DE LO OBSERVADO	
ANALISIS E INTERPRETACION DE LO OBSERVADO	
OBSERVACIONES	

CABILDO DE _____	
La Consulta Previa y el derecho a la salud en el Resguardo Indígena Zenú. Municipio de San Andrés de Sotavento, Córdoba	
Formato N° 1 Entrevista a Capitanes	
N°	PREGUNTA
1	¿Qué decisiones se tomaron en la consulta previa?
2	¿Qué vínculo tienen esas decisiones con la cultura?
3	¿Cuándo se deben o se debieron cumplir esas decisiones?
4	¿Si no se han cumplido, sabe que han hecho las autoridades para reivindicar esas actuaciones?
5	¿Qué ha dicho el Estado, porque no cumple?
Observación:	