

Bogotá, febrero de 2008

Honorables Magistrados
SALA PLENA
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Ref.: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 (mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia)

Nosotros, César Augusto Rodríguez Garavito, coordinador del Observatorio de Discriminación Racial, Rodrigo Uprimny Yepes y Maria Paula Saffon Sanín, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), Isabel Cavellier Adarve, investigadora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y José Santos Caicedo, miembro del Equipo de Coordinación Nacional del Proceso de Comunidades Negras en Colombia (PCN), identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad, en nuestra condición de ciudadanos en ejercicio, con fundamento en los artículos 40 y 241 (numeral 5) de la Constitución Política de Colombia y en el decreto reglamentario 2067 de 1991, interponemos **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 (mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia), por violación del preámbulo y de los artículos 1, 2, 7, 11, 12, 13, 48, 49, 70, 85, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la Constitución Política (en adelante C.P.).

Para fundamentar la presente acción de inconstitucionalidad, transcribiremos literalmente las normas acusadas (I); señalaremos las normas constitucionales que consideramos infringidas (II); indicaremos las razones por las cuales esta demanda es procedente y admisible (III); plantearemos las razones por las cuales estimamos que estas normas son violadas (IV); formularemos la solicitud concreta de la demanda (V), e indicaremos el lugar donde podemos ser notificados (VI).

I. NORMAS ACUSADAS

A continuación transcribimos las normas demandadas, subrayando los apartes de las mismas que consideramos inconstitucionales:

“LEY 691 DE 2001

(septiembre 18)

Diario Oficial No. 44.558, de 21 de septiembre de 2001

Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPITULO I.

APLICACIÓN, OBJETO, PRINCIPIOS Y AUTORIDADES.

ARTÍCULO 1o. APLICACIÓN. La presente ley reglamenta y garantiza el derecho de acceso y la participación de los Pueblos Indígenas en los Servicios de Salud, en condiciones dignas y apropiadas, observando el debido respeto y protección a la diversidad étnica y cultural de la nación. En alcance de su aplicación, reglamenta la forma de operación, financiamiento y control del Sistema de Seguridad Social en Salud, aplicable a los Pueblos Indígenas de Colombia, entendiendo por tales la definición dada en el artículo 1o. de la Ley 21 de 1991.

ARTÍCULO 2o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los Pueblos Indígenas, garantizando su integridad cultural de tal manera que se asegure su permanencia social y cultural, según los términos establecidos en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales y las demás leyes relativas a los pueblos indígenas.

ARTÍCULO 3o. DE LOS PRINCIPIOS. Para la interpretación y aplicación de la presente ley, además de los principios generales consagrados en la Constitución Política y de los enunciados en la Ley 100 de 1993, es principio aplicable el de la diversidad étnica y cultural; en virtud del cual, el sistema practicará la observancia y el respeto a su estilo de vida y tomará en consideración sus especificidades culturales y ambientales que les permita un desarrollo armónico a los pueblos indígenas.

ARTÍCULO 4o. AUTORIDADES. Además de las autoridades competentes, del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán para la presente ley, instancias, organismos e instituciones, las autoridades tradicionales de los diversos Pueblos Indígenas en sus territorios, para lo cual siempre se tendrá en cuenta su especial naturaleza jurídica y organizativa.

CAPITULO II.
FORMAS DE VINCULACIÓN.

ARTÍCULO 5o. VINCULACIÓN. Los miembros de los Pueblos Indígenas participarán como afiliados al Régimen Subsidiado, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, excepto en los siguientes casos:

- 1. Que esté vinculado mediante contrato de trabajo.*
- 2. Que sea servidor público.*
- 3. Que goce de pensión de jubilación.*

Las tradicionales y legítimas autoridades de cada Pueblo Indígena, elaborarán un censo y lo mantendrán actualizado, para efectos del otorgamiento de los subsidios. Estos censos deberán ser registrados y verificados por el ente territorial municipal donde tengan asentamiento los pueblos indígenas.

PARÁGRAFO 1o. El Ministerio de Salud vinculará a toda la población indígena del país en el término establecido en el artículo 157 literal b, inciso segundo de la Ley 100 de 1993.

PARÁGRAFO 2o. La unificación del POS-S al POS del régimen contributivo se efectuará en relación con la totalidad de los servicios de salud en todos los niveles de atención y acorde con las particularidades socioculturales y geográficas de los pueblos indígenas.

CAPITULO III.
DEL RÉGIMEN DE BENEFICIOS.

ARTÍCULO 6o. DE LOS PLANES DE BENEFICIOS. Los Pueblos Indígenas serán beneficiarios de los planes y programas previstos en la Ley 100 de 1993, así:

- 1. Plan Obligatorio de Salud.*
- 2. Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (conforme se define en el Acuerdo 72 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud).*
- 3. Plan de Atención Básica.*
- 4. Atención Inicial de Urgencias.*
- 5. Atención en Accidentes de Tránsito y Eventos Catastróficos.*

Las actividades y procedimientos no cubiertos por ninguno de los anteriores Planes y Programas, serán cubiertos con cargo a los recursos del Subsidio a la Oferta en las Instituciones Públicas o las Privadas que tengan contrato con el Estado.

ARTÍCULO 7o. EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO P.O.S.S. El Plan obligatorio de salud del régimen subsidiado para los Pueblos Indígenas será establecido de manera expresa por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, como un paquete básico de servicios, debidamente adecuado a las necesidades de los Pueblos Indígenas, en concordancia con el artículo anterior y la Ley 100 de 1993.

ARTÍCULO 8o. SUBSIDIO ALIMENTARIO. Debido a las deficiencias nutricionales de los Pueblos Indígenas, el P.O.S.S. contendrá la obligatoriedad de proveer un subsidio alimentario a las mujeres gestantes y a los menores de cinco años. El Instituto de Bienestar Familiar –o la entidad que haga sus veces– el Programa Revivir de la Red de Solidaridad (o el organismo que asuma esta función), los departamentos y los municipios darán prioridad a los Pueblos Indígenas, para la asignación de subsidios alimentarios o para la ejecución de proyectos de recuperación nutricional, a partir de esquemas sostenibles de producción.

ARTÍCULO 9o. PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO P.O.S.C. Para efectos de la aplicación de este plan a los miembros de los Pueblos Indígenas con capacidad de pago, las Empresas Promotoras de Salud públicas o privadas, estarán obligadas a diseñar e implementar la prestación de los servicios de P.O.S.C., en igualdad de condiciones de acceso y respetando sus derechos con relación al resto de la comunidad en la que habita. Es decir, tales EPS se sujetarán estrictamente al principio de la no discriminación en contra de los miembros de las comunidades de los Pueblos Indígenas, en materia de criterios, fines, acciones, servicios, costos y beneficios.

ARTÍCULO 10. PLAN DE ATENCIÓN BÁSICA. La ejecución del P.A.B., será gratuita y obligatoria y se aplicará con rigurosa observancia de los principios de diversidad étnica y cultural y de concertación.

Las acciones del P.A.B., aplicables a los Pueblos Indígenas, tanto en su formulación como en su implementación, se ajustarán a los preceptos, cosmovisión y valores tradicionales de dichos pueblos, de tal manera que la aplicación de los recursos garantice su permanencia, cultural y su asimilación comunitaria.

El P.A.B. podrá ser formulado por los Pueblos Indígenas, en sus planos 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 salud de las Entidades Territoriales.

El P.A.B. se financiará con recursos asignados por los Programas Nacionales del Ministerio de Salud, los provenientes del situado fiscal destinados al fomento de la

salud y prevención de la enfermedad, y con los recursos que, para tal efecto, destinen las Entidades Territoriales, así como los que destinen los Pueblos Indígenas.

En la ejecución del P.A.B., se dará prioridad a la contratación con las autoridades de los Pueblos Indígenas, sus organizaciones y sus instituciones creadas explícitamente por aquellas comunidades para tal fin.

ARTÍCULO 11. ATENCIÓN EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO Y EVENTOS CATASTRÓFICOS. Para la aplicación de este Plan, a los miembros de los Pueblos Indígenas, se considera evento catastrófico el desplazamiento forzado, bien sea por causas naturales o hechos generados por la violencia social o política.

CAPITULO IV. DE LA FINANCIACIÓN.

ARTÍCULO 12. FINANCIACIÓN DE LA AFILIACIÓN. La afiliación de los Pueblos Indígenas al régimen subsidiado se hará con cargo a los recursos provenientes de:

- a) Recursos del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud;
- b) Con aportes del Fosyga, subcuenta de solidaridad;
- c) Con recursos de los Entes Territoriales, y
- d) Con aportes de los Resguardos Indígenas.

PARÁGRAFO 1o. En aquellos asentamientos del territorio nacional, que no hagan parte de ningún municipio, los recursos departamentales provenientes de la conversión de subsidios de oferta a subsidios de demanda, harán parte de las fuentes de financiación de que trata el presente artículo.

PARÁGRAFO 2o. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, podrá fijar el valor de la UPC para los Pueblos Indígenas hasta en un cincuenta por ciento (50%), por encima del valor de la UPC normal, atendiendo criterios de dispersión geográfica, densidad poblacional, dificultad de acceso, perfiles epidemiológicos, traslados de personal y adecuación sociocultural de los servicios de salud.

ARTÍCULO 13. DE LOS COSTOS DE ACTIVIDADES. Para la elaboración de los estudios que permitan la adecuación del P.O.S.S. se tendrá en cuenta los costos de las actividades de salud o aplicaciones terapéuticas que emplean los Pueblos Indígenas de cada comunidad.

CAPITULO V. DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS SUBSIDIOS.

ARTÍCULO 14. ADMINISTRADORAS. Podrán administrar los subsidios de los Pueblos Indígenas, las Entidades autorizadas para el efecto, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. Las autoridades de Pueblos Indígenas podrán crear Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), las cuales podrán en desarrollo de la presente ley:

a) Afiliar a indígenas y población en general beneficiarios del régimen subsidiado de Seguridad Social en Salud;

b) El número mínimo de afiliados con los que podrán operar las Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), será concertado entre el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y los Pueblos Indígenas teniendo en cuenta sus especiales condiciones de ubicación geográfica y número de habitantes indígenas en la región, de los cuales por lo menos el 60% deberá pertenecer a Pueblos Indígenas tradicionalmente reconocidos;

c) Disponer de un patrimonio mínimo equivalente al valor de ciento cincuenta (150) smlmv (salarios mínimos legales mensuales vigentes) por cada cinco mil (5.000) subsidios administrados.

Para efectos del cálculo del capital mínimo a que se refiere el presente artículo, los bienes que se aporten en especie solamente se computarán hasta por un valor que en ningún caso podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del capital mínimo exigido, los cuales serán tomados por el valor en libros.

ARTÍCULO 15. ASESORÍA. El Ministerio de Salud, garantizará la asesoría para la conformación, consolidación, vigilancia y control de las entidades creadas o que llegaren a crearse por los Pueblos Indígenas, para la administración del régimen subsidiado.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la vigilancia y el Control sobre dichas entidades.

CAPITULO VI. DE AFILIACIÓN Y MOVILIDAD EN EL SISTEMA.

ARTÍCULO 16. CONTINUIDAD EN LA AFILIACIÓN. Las entidades territoriales y el Fondo de Solidaridad y Garantías, deben garantizar la continuidad de la afiliación al régimen subsidiado de todos los miembros de los Pueblos Indígenas y en especial de sus niños desde el momento de su nacimiento.

ARTÍCULO 17. ESCOGENCIA DE LA ADMINISTRADORA. Cada comunidad indígena, por el procedimiento que ella determine, y en acta suscrita por las autoridades propias, seleccionará la institución administradora de los recursos del

sistema subsidiado, a la cual deberá afiliarse o trasladarse la totalidad de los miembros de la respectiva comunidad.

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

ARTÍCULO 18. LIMITACIONES. Las autoridades de los Pueblos Indígenas, en atención a las facultades que les confiere la Ley y de conformidad con sus usos y costumbres, podrán establecer limitaciones a la promoción de servicios o al mercadeo de las administradoras del régimen subsidiado dentro de sus territorios, en el espíritu y propósito de preservar su identidad e integridad socioculturales.

ARTÍCULO 19. GARANTÍA DE ATENCIÓN POR MIGRACIÓN. Las entidades territoriales y las administradoras del régimen subsidiado están en la obligación de garantizar la continuidad del subsidio y de la atención en salud, en las condiciones inicialmente pactadas, a los miembros de los Pueblos Indígenas que se desplacen de un lugar a otro del territorio nacional, previa certificación de la autoridad tradicional.

ARTÍCULO 20. EXENCIÓN. Los servicios de salud que se presten a los miembros de pueblos indígenas del régimen subsidiado estarán exentos del cobro de cuotas moderadoras y copagos.

Los miembros de pueblos indígenas del régimen contributivo, en los términos del artículo 5o., estarán sujetos al pago de cuotas moderadoras y copagos.

ARTÍCULO 21. DE LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN. Los planes y programas de servicios de salud aplicables a los Pueblos Indígenas, tendrán en consideración el saber y las prácticas indígenas, basados en los criterios del pluralismo médico, complementariedad terapéutica e interculturalidad. De esta manera, las acciones en salud deberán respetar los contextos socioculturales particularidades y por tanto, incluirán actividades y procedimientos de medicina tradicional indígena, en procura del fortalecimiento de la integridad cultural de los Pueblos Indígenas.

CAPITULO VII.

DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DEL SISTEMA.

ARTÍCULO 22. PRINCIPIO DE CONCERTACIÓN. El diseño y la implantación de los planes de beneficios, programas y en general toda acción de salud para los Pueblos Indígenas definidos en el artículo sexto (6o.) de la presente ley, se concertarán con sus respectivas autoridades.

El Gobierno reglamentará la prestación de servicios de salud en las regiones de la Amazonia, Orinoquia y Costa Pacífica, para lo cual implementará y financiará un modelo operativo de atención.

ARTÍCULO 23. REPRESENTATIVIDAD. Los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud tendrán un (1) miembro en representación de los diversos Pueblos Indígenas presentes en el correspondiente territorio, quien será designado por los mecanismos tradicionales de estas comunidades.

ARTÍCULO 24. CONTROLADORES. Las autoridades de los Pueblos Indígenas harán parte de la red de controladores de Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el fin de garantizar el efectivo control y vigilancia a las instituciones prestadoras de servicio de salud (IPS) y a las administradoras de los recursos del régimen subsidiado.

CAPITULO VIII. DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 25. DE LA CONTRATACIÓN CON IPS PÚBLICAS. Para efectos, de la contratación que de manera obligatorio deben efectuar las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas, se entenderá como parte de la red pública, a las IPS creadas por las autoridades de los Pueblos Indígenas.

ARTÍCULO 26. PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN. En los organismos de inspección y vigilancia o 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.

Los programas de capacitación se harán extensivos tanto a las autoridades tradicionales indígenas, como a los servidores públicos que directa o indirectamente atiendan asuntos con los Pueblos Indígenas.

ARTÍCULO 27. SISTEMAS DE INFORMACIÓN. El Ministerio de Salud adecuará los sistemas de información del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que estos respondan a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, incluyendo en particular indicadores concernientes a patologías y conceptos médicos tradicionales de los Pueblos Indígenas, en orden a disponer de una información confiable, oportuna y coherente con sus condiciones, usos y costumbres, que permita medir impacto, eficiencia, eficacia, cobertura y resultados de los Servicios de Salud correspondientes.

ARTÍCULO 28. COMUNICACIONES. El Ministerio de Salud asignará un porcentaje no menor del cinco (5%) de los recursos destinados al fortalecimiento de lo Red de Urgencias, para el financiamiento de los sistemas de comunicación, transporte y logísticas que sean necesario, en zonas donde se encuentren asentados Pueblos Indígenas.

ARTÍCULO 29. SISTEMA DE REFERENCIA Y CONTRARREFERENCIA. Para garantizar el acceso a los niveles superiores de atención médica, el Sistema de

Referencia y Contrarreferencia permitirá la remisión y atención pronta y oportuna de los Indígenas que lo requieran.

PARÁGRAFO. En las ciudades con hospitales de segundo y tercer nivel de atención médica, se dispondrán las acciones pertinentes para organizar casas de paso, en las cuales se hospedarán los acompañantes o intérpretes de los remitidos. Estas casas podrán ser asignadas y adjudicadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes de aquellas incautadas en desarrollo de su actividad.

ARTÍCULO 30. COMPLEMENTARIEDAD JURÍDICA. Los aspectos no contemplados en la presente ley relativos a la prestación de servicios de salud a los grupos indígenas, se regularán en todo caso por las normas existentes pertinentes o por las que se desarrollen con posterioridad a la expedición de ésta, pero de manera especial atendiendo la Ley 100 de 1993, la Ley 21 de 1991, la Ley 60 de 1993, el Decreto 1811 de 1990 y demás normas sobre la materia.

(...)”

II. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Las normas constitucionales que consideramos infringidas por las disposiciones acusadas son el preámbulo y los artículos 1, 2, 7, 11, 12, 13, 48, 49, 70, 72, 85, 93, 330 (párrafo) y 55 transitorio de la Constitución Política.

III. PROCEDENCIA Y ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

A. Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda de inconstitucionalidad contra las normas antes transcritas, en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, puesto que se trata de una demanda ciudadana en contra de disposiciones que hacen parte de una ley de la república.

B. Ausencia de cosa juzgada constitucional

En la sentencia C-088 de 2001, la Corte Constitucional analizó las objeciones presidenciales presentadas contra varias disposiciones del proyecto de ley No. 67/99 Senado, 193/99 Cámara, que hoy conforman la Ley 691 de 2001, objeto de esta demanda. Con ocasión de las objeciones presidenciales y ante la insistencia del Congreso, la Corte se pronunció sobre los artículos 5, 6, 8, 12 párrafo 2, 14, 17, 20 y 25 del proyecto de ley y realizó algunas exigencias constitucionales, exigencias que

fueron incorporadas al proyecto mediante una serie de modificaciones y que, por consiguiente, la Corte declaró cumplidas en la posterior sentencia C-825 de 2001.

Conviene recordar que, como lo ha señalado la Corte Constitucional en jurisprudencia constante, el alcance de la cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad que analizan objeciones presidenciales “se restringe a las normas controvertidas, a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar su insistencia”.¹ Así, la regla general en materia de cosa juzgada, según la cual ésta tiene un carácter absoluto salvo que la Corte Constitucional manifieste expresamente lo contrario, no es aplicable a las sentencias que analizan objeciones presidenciales, sentencias que por regla general sólo tienen efectos de cosa juzgada relativa, pues el examen de la Corte se restringe a los temas explícitamente planteados por el Presidente, y por consiguiente la cosa juzgada recae exclusivamente sobre los mismos.

En aplicación de lo anterior, es posible concluir que sobre las normas acusadas en la presente demanda no ha recaído el efecto de cosa juzgada, por cuanto si bien la Corte Constitucional se pronunció de fondo sobre algunas de ellas, su análisis de constitucionalidad versó sobre cargos distintos de los que se formularán contra las mismas en la presente demanda. En efecto, el Presidente de la República adujo la violación del derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P.) por los artículos 5, 6, 8 y 12 párrafo 2 del proyecto de ley; la violación de los principios de eficiencia y eficacia (arts. 48 y 209 de la C.P.) por el artículo 14 del proyecto de ley; la violación de los principios de la función administrativa (art. 209 de la C.P.) por el artículo 17 del proyecto de ley, y la violación del principio de unidad de materia (art. 158 de la C.P.) por el artículo 25 del proyecto de ley.

Por su parte, la presente acción no se refiere a ninguno de los últimos tres cargos referidos; además, si bien el cargo fundamental de la misma es la vulneración del derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P.), este cargo se distingue enteramente de aquél elevado por el Gobierno contra algunas de las disposiciones del proyecto de ley, y exige un análisis de constitucionalidad diferente de aquél efectuado por la Corte Constitucional con motivo de las objeciones presidenciales.

De hecho, el cargo que elevó el Gobierno contra algunas de las normas del proyecto de ley consistía esencialmente en que el otorgamiento de beneficios especiales de acceso a y participación en el sistema de salud a los pueblos indígenas y sus integrantes implicaba la discriminación de otras poblaciones vulnerables que, como los menores, las personas de la tercera edad y las personas socioeconómicamente vulnerables - ejemplos explícitamente ofrecidos por el Gobierno-, también requerían de una protección especial de su derecho a la salud (art. 49 de la C.P.). Al respecto, la Corte Constitucional señaló que, si bien es cierto que el Estado tiene la obligación de ofrecer una protección igual de los derechos constitucionales a quienes se encuentran en una idéntica situación de hecho, los beneficios especiales en materia de salud concedidos a

¹ Corte Constitucional, sentencia C-1036 de 2003. En el mismo sentido ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencias C-914 de 2002; C-1043 de 2000; C-256 de 1997.

la población indígena encuentran sustento, ante todo, en la obligación estatal de protección de la diversidad étnica y cultural (art. 7 de la C.P.).² En ese sentido, del raciocinio de la Corte se desprende que es en virtud del carácter de minorías étnicas y culturales de los pueblos indígenas que se justifica el otorgamiento de los beneficios especiales en cuestión, y que por consiguiente estos pueblos no se encuentran en una situación idéntica de hecho que otras poblaciones vulnerables como las antes mencionadas porque, además de ser una población socioeconómicamente vulnerable, son –a diferencia de esas otras poblaciones- una población étnica y culturalmente diversa con derecho a una protección especial por ese concepto. Según la Corte, la necesidad de esta protección especial debe ser justificada en cada caso concreto y, en materia de salud, lo es porque “existen elementos culturales (como la concepción de la enfermedad y su tratamiento) y socioeconómicos (como la existencia de una economía colectiva por oposición al mercado), que de no considerarse en su justa dimensión, hacen más difícil el acceso y disfrute efectivo de los beneficios del sistema de seguridad social en salud”.³

En contraste, como lo desarrollaremos en detalle en los fundamentos de derecho, el cargo central que eleva la presente acción contra las expresiones subrayadas de las normas acusadas consiste en que éstas generan un tratamiento discriminatorio y vulneratorio del derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) de las comunidades negras y sus integrantes en tanto que minorías étnicas y culturalmente diversas. Así, en un primer nivel, el cargo se distingue de aquél formulado por el Gobierno en lo que se refiere al grupo poblacional cuyo derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P.) se estima vulnerado, pues no se alega aquí que las normas en cuestión son discriminatorias de todas las poblaciones vulnerables del país, sino sólo de una de ellas: las comunidades afrocolombianas. Pero además, en un segundo nivel, el cargo de igualdad contenido en la presente acción es distinto, por cuanto parte de la base de que la población cuyo derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) se considera vulnerado es, al igual que los pueblos indígenas, étnica y culturalmente diversa, y por tanto se encuentra en una situación de hecho idéntica a la de esos pueblos en lo que tiene que ver con el propósito de las normas acusadas. En ese sentido, lo que argumentaremos en los fundamentos de derecho de esta demanda es que las comunidades afrocolombianas tienen derecho a los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 no única ni principalmente por su condición de población vulnerable, sino sobre todo por su carácter de minorías étnicas, y por la protección especial del Estado que, al igual que los pueblos indígenas, merecen por esa razón (arts. 1, 7, 10, 70, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.).

Así las cosas, el problema constitucional planteado por esta acción es distinto de aquél planteado en su momento por el Gobierno y resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2001, y por consiguiente también habrá de ser distinto el análisis que del mismo haga la Corte con motivo de esta acción. En particular, aunque este análisis deberá estudiar la posible violación del derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P.), este estudio no versará sobre la exclusión de todas poblaciones vulnerables de los

² Acápite 2.1 de la sentencia C-088 de 2001.

³ *Id.*

beneficios consagrados en las normas en cuestión, sino sobre la exclusión de una población en particular –las comunidades negras- que no sólo es socioeconómicamente vulnerable sino que también constituye una minoría culturalmente diversa y que, por ende, se encuentra en una idéntica situación de hecho que los pueblos indígenas, de conformidad con el fundamento y los objetivos de las normas acusadas relativos a la protección de la diversidad étnica y cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.), tal y como fueron identificados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2001. Esta exclusión de las comunidades negras exige un análisis de igualdad no sólo en virtud del derecho fundamental a la igualdad de todas las personas consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, sino también en virtud del principio de igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país consagrado en el artículo 70 Superior. La violación de esta norma constitucional, así como de muchas otras que, como lo plantearemos a continuación, consideramos vulneradas por el tratamiento discriminatorio que las normas acusadas generan en contra de las comunidades afrodescendientes –arts. 1, 2, 7, 11, 12, 48, 49, 72, 85, 93, 330 (parágrafo) y 55 transitorio de la C.P.-, no fue señalada por el Gobierno en sus objeciones contra dichas normas, ni tampoco fue analizada por la Corte con motivo de esas objeciones.

Por todas las razones anteriores, resulta completamente posible que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de las normas acusadas en la presente acción, ya que los cargos que se elevan contra ellas son distintos de aquéllos analizados con motivo de las objeciones presidenciales presentadas contra tales textos legales antes de su promulgación.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Para plantear de manera clara los cargos de la demanda, a continuación haremos una síntesis del planteamiento jurídico (A), luego expondremos cada uno de los cargos de la demanda (B), y finalmente realizaremos algunas consideraciones de técnica constitucional sobre la formulación de la demanda (C).

A. Síntesis del planteamiento jurídico

El objetivo central de la presente demanda consiste en cuestionar la constitucionalidad de la mayoría de expresiones “Pueblos Indígenas”, “indígenas” e “indígena” contenidas en las disposiciones de la Ley 691 de 2001 que aquí se demandan, por el hecho de excluir a las comunidades afrodescendientes, afrocolombianas o negras (incluidas las palenqueras y las raizales) y a sus miembros de los beneficios especiales de acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud allí concedidos a los pueblos indígenas y a sus integrantes. Los cargos de inconstitucionalidad que se elevan contra tales disposiciones consisten en la vulneración del derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.), y en la violación que de allí se deriva de los derechos culturales de las comunidades afrodescendientes a la identidad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la

C.P.), a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), a la autonomía (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), a la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.) de la C.P.) y a la existencia (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.), así como de los derechos a la seguridad social (art. 49 de la C.P.) y a la salud (arts. 49 y 93 de la C.P.) de los integrantes de tales comunidades. A continuación hacemos una breve síntesis de cada uno de esos cargos, para luego desarrollarlos en detalle en la siguiente sección de esta demanda.

El cargo fundamental elevado contra las expresiones acusadas de la Ley 691 de 2001 consiste en que las mismas vulneran el derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) de las comunidades afrocolombianas y de sus miembros, puesto que generan un tratamiento discriminatorio de éstos respecto de los pueblos indígenas y sus integrantes. Para fundamentar este cargo, mostramos que si bien los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 en favor de los pueblos indígenas constituyen una medida que tiene un propósito constitucionalmente importante –la protección de la diversidad étnica y cultural (arts. 1, 7, 70, de la C.P.) de minorías étnicas culturalmente frágiles y tradicionalmente marginadas socioeconómicamente- y que en principio es adecuada para lograr ese propósito – al consagrar beneficios especiales para los pueblos indígenas-, se trata de una medida que yerra en la delimitación de su grupo beneficiario, por cuanto lo restringe excesivamente, dejando por fuera a una población –las comunidades afrocolombianas- que se encuentra en idéntica situación que la población beneficiaria en lo que se refiere al propósito de la medida.

En efecto, en un primer nivel normativo, los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas se encuentran en una situación idéntica en relación con el propósito buscado por los beneficios consagrados por la Ley 691 de 2001, ya que tales beneficios desarrollan y garantizan una serie de derechos culturales especiales consagrados en la Constitución Política que, en virtud de los artículos 1, 7, 93 y 55 transitorio de la Carta, de la Ley 70 de 1993, y de la jurisprudencia constitucional y los pronunciamientos del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre la materia, son aplicables tanto a los pueblos indígenas como a las comunidades afrodescendientes. Entre dichos derechos especiales se encuentran el derecho a la identidad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), el derecho a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), el derecho a la existencia (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.), el derecho a la autonomía (arts. 1, 7, 9 y 55 transitorio de la C.P.) y el derecho a la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.) de las minorías étnicas y culturales del país.

Así las cosas, si bien es cierto que la protección constitucional de los pueblos indígenas es más amplia que la de las comunidades afrocolombianas por cuanto concede derechos exclusivos a aquéllos en función de sus particularidades –como la jurisdicción especial indígena (art. 246 de la C.P.) y el tratamiento de los resguardos indígenas como entidades territoriales especiales (art. 286 de la C.P.)-, los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 no caen dentro del ámbito de esos derechos exclusivos, sino que

desarrollan derechos aplicables tanto a pueblos indígenas como a comunidades afrodescendientes (arts. 1, 7, 11, 12, 40, 70, 93, 330 (parágrafo) y 55 transitorio de la C.P.). Como tal, se trata de derechos cuyo desarrollo y protección diferenciados generan una discriminación entre los destinatarios de los mismos.

De otra parte, en un segundo nivel empírico, los pueblos indígenas y las comunidades negras se encuentran en una situación idéntica en relación con el propósito que buscan lograr los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001, por cuanto ambas poblaciones demuestran similares necesidades de protección de su diversidad étnica y cultural y de políticas que ataquen la discriminación de la que tradicionalmente han sido víctimas, tal y como lo hacen evidente sus similares circunstancias de marginalidad socioeconómica y de precario acceso al sistema de salud.

Dado que, por las razones anteriores, los pueblos indígenas y las comunidades negras se encuentran en idéntica situación de acuerdo al propósito de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001, la restricción de dichos beneficios a los primeros en detrimento de las últimas genera una situación discriminatoria y lesiva del derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P.) de las comunidades afrocolombianas y sus integrantes. Esto permite concluir que las expresiones acusadas configuran una omisión legislativa relativa, por cuanto implican la exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios especiales en salud concedidos a los pueblos indígenas, a pesar de que la extensión de los mismos a aquellas comunidades corresponde a un deber constitucional, ya que se encuentran en una situación idéntica que estos pueblos y no existe ninguna justificación razonable para excluirlas de esos beneficios. De hecho, aún cuando los beneficios consagrados en las disposiciones demandadas son de ejecución progresiva en tanto que desarrollan el derecho social a la salud (art. 49 de la C.P.), de conformidad con los estándares nacionales e internacionales sobre la materia, la progresividad en la protección de los derechos sociales no puede ejercerse de manera discriminatoria.

El segundo cargo elevado contra las expresiones acusadas de las normas demandadas consiste en que, de la vulneración del derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) antes referida, se deriva la violación de una serie de derechos ostentados tanto por las comunidades afrodescendientes como por sus integrantes. Así, por un lado, la exclusión de las comunidades afrodescendientes del ámbito de aplicación personal de la Ley 691 de 2001 conduce a la vulneración de los derechos de las comunidades afrodescendientes a la identidad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.) y a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), por cuanto impide que dichas comunidades tengan acceso especial a y participen en la administración del sistema de seguridad social en salud y, con ello, que dicho sistema incluya servicios de salud acordes a sus acercamientos tradicionales a la medicina, a la curación, a la salud y a la enfermedad, y los ofrezcan a sus integrantes como parte de los servicios de salud. A su vez, la imposibilidad de que el sistema de salud ofrezca a los miembros de las comunidades negras servicios acordes a su cultura implica una vulneración del derecho a la salud (art. 49 de la C.P.) en su componente de adecuación cultural, según los estándares internacionales sobre la materia (art. 93 de la C.P.).

Por otro lado, la exclusión de las comunidades afrodescendientes de los beneficios y derechos consagrados en la Ley 691 de 2001 implica una violación de los derechos de las comunidades afrocolombianas a la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.) y a la autonomía (arts. 1, 7, 9 y 55 transitorio de la C.P.), ya que impide que las comunidades afrocolombianas participen en la administración del sistema de seguridad social en salud y que, al hacerlo, participen en la toma de decisiones tan relevantes para sus comunidades y para sus culturas como lo son las decisiones en materia de salud, y con ello definan autónomamente su propio destino.

Finalmente, la no aplicación de la Ley 691 de 2001 a las comunidades afrocolombianas atenta contra los derechos de los integrantes de dichas comunidades a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.), dado que los beneficios y derechos consagrados en la ley están encaminados a lograr el acceso efectivo de sus beneficiarios al sistema de seguridad social en salud, a pesar de las grandes dificultades de acceso adecuado y universal de la población afrocolombiana a dicho servicio. Este atentado contra los derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.) no sólo afecta a los miembros de las comunidades negras individualmente considerados, sino también amenaza el derecho de dichas comunidades a preservarse o a subsistir como cultura minoritaria (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.), en razón de la estrecha vinculación entre el derecho a la salud (art. 49 de la C.P.) y los derechos a la vida y a la no desaparición forzada (arts. 11 y 12 de la C.P.).

B. Cargos de la demanda

A continuación desarrollaremos cada uno de los dos cargos que, como se anunció, componen la presente demanda.

1. Vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 13 de la C.P.) por las expresiones acusadas contenidas en los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001

En esta sección argumentaremos que las expresiones “Pueblos Indígenas”, “indígenas” e “indígena” subrayadas en la sección I de la presente demanda y contenidas en los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 son violatorias del artículo 13 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad, del artículo 85 de la Carta que establece la obligación de aplicación inmediata del artículo 13, y del artículo 70 constitucional que instaura el reconocimiento de todas las manifestaciones de la cultura del país en condiciones de igualdad y dignidad. La vulneración de estas disposiciones constitucionales deriva del hecho de que los beneficios de acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud que la Ley 691 de 2001 consagra son otorgados únicamente a los pueblos indígenas y a sus integrantes, lo cual genera una discriminación de las comunidades afrocolombianas y sus miembros que, en tanto que

minorías étnicas, se encuentran en una situación idéntica que los pueblos indígenas y sus integrantes en lo que tiene que ver con los objetivos de la Ley en cuestión.

Para demostrar que los beneficios concedidos por la Ley 691 de 2001 constituyen una medida discriminatoria para las comunidades afrocolombianas y sus miembros, en primer lugar formularemos con precisión el cargo por violación de la igualdad que se eleva contra las disposiciones acusadas, y que consiste en la inadecuación de la medida como resultado de una delimitación errada del grupo beneficiario de la misma (1.1.). Posteriormente sustentaremos dicho cargo, mostrando que las comunidades afrodescendientes y sus integrantes se encuentran en una situación tanto normativa como empírica idéntica de aquélla de los pueblos indígenas y sus miembros en lo que resulta relevante para los objetivos de la Ley 691 de 2001 (1.2.). Finalmente señalaremos que el tratamiento discriminatorio analizado en las secciones anteriores no puede justificarse por el hecho de que desarrolle un derecho social de ejecución progresiva, por cuanto la progresividad no puede vulnerar el derecho a la igualdad, y por consiguiente concluiremos que las expresiones acusadas incurren en una omisión legislativa relativa (1.3.).

1. Formulación técnica del cargo: vulneración de la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) por delimitación errada del grupo destinatario de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 (inadecuación de la medida)

Es innegable que los beneficios concedidos a los pueblos indígenas y a sus integrantes por la Ley 691 de 2001 tienen un propósito que, desde el punto de vista constitucional, es de singular importancia, a saber: la protección de la diversidad étnica y cultural (arts. 1, 7, 70 de la C.P.) de minorías étnicas culturalmente frágiles y socioeconómicamente marginadas. Más aún, en principio también es innegable que la medida ideada para cumplir ese propósito constitucionalmente importante es adecuada, al consistir en la concesión de beneficios especiales de acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud para los pueblos indígenas, que sin lugar a dudas constituyen minorías étnicas frágiles culturalmente y tradicionalmente marginadas socioeconómicamente.

Como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2001 refiriéndose al proyecto de ley que luego se convertiría en la Ley 691 de 2001,

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

régimen especial de seguridad social en salud para tales comunidades” (negrilla fuera del texto original).

De esa manera justificó la Corte Constitucional no sólo que la medida contenida en la Ley 961 de 2001 es adecuada para cumplir con la finalidad de protección de la diversidad cultural, sino también que la misma no es vulneratoria del derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P.) de otros sectores vulnerables de la población que no constituyen minorías étnicas ni culturales. Ello por cuanto estos sectores no se encuentran en una situación idéntica a aquélla de los grupos étnicos, justamente porque no son grupos culturalmente diversos.

Sin lugar a dudas, la conclusión a la que llegó la Corte Constitucional en relación con la justificación del tratamiento distinto otorgado a las minorías étnicas respecto de otros sectores poblacionales vulnerables está de acuerdo con la cláusula constitucional de la igualdad material (art. 13 C.P.). Además, como se advirtió en la sección II de esta demanda, el análisis de igualdad realizado por la Corte en la sentencia C-088 de 2001 se detuvo en esa consideración por cuanto ella era suficiente para solucionar el cargo elevado por el Gobierno contra las normas estudiadas, consistente en que las mismas vulneraban el derecho a la igualdad de otras poblaciones vulnerables *“como son los niños menores de un año, los ancianos y las personas sin recursos económicos entre otros”* (Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2001). Y, dado que el estudio de la norma efectuado por la Corte se hizo con motivo de una objeción presidencial presentada contra la misma, como se afirmó también en la sección II de esta demanda, el mismo sólo genera efectos de cosa juzgada relativa, es decir, tan sólo en lo relacionado con el cargo concreto de vulneración del derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P.) por tratamiento discriminatorio de otras poblaciones vulnerables que no constituyen minorías étnicas.

Ahora bien, como lo hemos anunciado ya anteriormente, el cargo por violación de la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) que se eleva en la presente demanda contra las expresiones acusadas contenidas en los artículos 1 a 30 de la Ley 691 de 2001 es distinto, pues consiste en que el tratamiento diferenciado de grupos indígenas y comunidades negras en materia de los beneficios especiales de acceso a participación en el sistema de seguridad social en salud es discriminatorio. Esta discriminación deriva de que, si bien la medida cuestionada tiene un objetivo constitucionalmente importante y es adecuada para lograr dicho objetivo en relación con la población beneficiaria –los pueblos indígenas-, la misma es inadecuada por cuanto restringe excesivamente a dicha población beneficiaria, al excluir a otras minorías étnicas y culturales que se encuentran en idéntica situación que los pueblos indígenas para efectos del propósito de la medida – las comunidades afrocolombianas-, y que por ende tienen derecho a que se les aplique el mismo tratamiento allí consagrado.

La Corte Constitucional ha establecido que la adecuación de una medida que genera un trato diferenciado no sólo depende de que el trato sea en sí mismo adecuado, sino también de que la delimitación de sus beneficiarios sea adecuada. Así, en la sentencia C-064 de 2002, afirmó la Corte:

“Para saber si la medida, además de buscar una finalidad legítima, es razonable, debe la Corte analizar si el medio fue adecuado y proporcionado para alcanzar el objetivo perseguido. Ahora bien, la Corte considera necesario realizar una distinción en este aspecto, pues **una norma que establece un trato diferente o una restricción al ejercicio de un derecho constitucional en realidad efectúa dos cosas: de un lado, define un trato distinto, y de otro lado delimita el grupo de personas que se ven beneficiadas o perjudicadas por ese tratamiento diverso. Por ejemplo, supongamos que una ley busca estimular ciertas industrias y consagra entonces unas exenciones tributarias para determinadas actividades. Esa ley no sólo establece unos beneficios (tipo de trato) sino que además delimita sus beneficiarios (clasificación). Un estudio de la legitimidad de esa medida debe entonces no sólo determinar si en general es o no posible establecer exenciones (adecuación del tipo de trato), sino que además es necesario determinar si los grupos sociales beneficiados por esas exenciones son o no quienes deberían recibirlas (adecuación de la clasificación).**”

Así, a veces la violación a la igualdad puede darse porque el trato como tal es inadecuado o desproporcionado, a pesar de que la clasificación diseñada por el Legislador sea correcta (...)

(...)

En otros casos, por el contrario, la afectación de la igualdad proviene del motivo inverso: el trato es adecuado y proporcionado, pero la clasificación es errónea, porque es demasiado amplia o demasiado estrecha, ya sea que otorgue un beneficio a quien no tiene derecho, o por el contrario excluya del mismo a quien debería acceder a él (...)” (negrilla fuera del original).

La Corte Constitucional se ha referido al problema de clasificación errónea de la población destinataria de la medida en diversas ocasiones⁴, acudiendo para ello a la doctrina estadounidense de *overinclusive* y *underinclusive statutes* (clasificaciones demasiado amplias o demasiado restrictivas).⁵ Según esta doctrina, una medida consagra una clasificación demasiado amplia (*overinclusive*) de la población destinataria cuando incluye a personas o grupos que no deberían recibir los beneficios o asumir las cargas allí contenidos. A su vez, una medida consagra una clasificación demasiado restrictiva (*underinclusive*) cuando excluye de los beneficios o cargas que contiene a personas o grupos que deberían ser destinatarios de los mismos. En ambos casos, las medidas son inadecuadas y por ende discriminatorias, ya que implican un tratamiento diferenciado de una población que se encuentra en una situación idéntica que la población destinataria, de acuerdo al propósito de la medida.

La Corte aludió a esta doctrina por vez primera en la sentencia C-226 de 1994, en la cual analizó la constitucionalidad de una medida que prohibía que cualquier profesional distinto de un bacteriólogo pudiera ejercer la tarea de dirigir laboratorios. Al respecto, señaló la Corte:

⁴ Corte Constitucional, sentencias C-226 de 1994; C-505 de 2001; C-064 de 2002; C-038 de 2003; C-1058 de 2003 (Salvamento de Voto de los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre Lynett); C-179 de 2005.

⁵ Ver Joseph Tussman & Jacobus Ten Broek, “The Equal Protection of the Laws”, 37 CALIF. L. REV. 341, 344-53 (1949). La versión en español de este texto es citada en varias de las sentencias referidas en la nota anterior, tal y como lo demuestra la cita textual de la sentencia C-226 de 1994 contenida en esta página.

*“La Corte Constitucional encuentra entonces irrazonable la exclusión establecida por la ley, puesto que, si el objetivo perseguido por la misma, al reglamentar la actividad de bacteriólogo, es controlar los riesgos eventualmente ligados con la carrera y dirección científica de laboratorios clínicos o industriales, no hay razón para excluir a otros profesionales ampliamente capacitados para desempeñar tales labores. **Estamos en este caso en frente de una forma típica de lo que la doctrina constitucional ha denominado una "clasificación demasiado amplia" (overinclusive statute)** [(Tussman y Ten Broek. "The equal protection of the laws" citado por Enrique Alonso García. La interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1984, pp 208 y ss. (cita en el original)], **esto es, una situación en la cual la ley prohíbe (sic) a una determinada categoría de personas efectuar ciertas labores, incluyendo en tal grupo no sólo a las personas que efectivamente ocasionan un riesgo social sino también a personas que no causan tal riesgo. En efecto, en este caso, la ley prohíbe (sic) a todos los no bacteriólogos efectuar tales actividades, cuando es obvio que profesionales como los microbiólogos o los patólogos clínicos, por no citar sino dos ejemplos, están ampliamente capacitados para desempeñar las actividades de diagnóstico y control de calidad, de desarrollo biotecnológico, de la investigación básica y aplicada, de la administración y docencia relacionadas con la carrera y la dirección científica del laboratorio clínico e industrial”** (negrilla fuera del original).*

Así pues, en el caso antes citado, la Corte Constitucional consideró que existía una clasificación demasiado amplia, ya que la medida en cuestión prohibía el ejercicio de una actividad a personas que, por encontrarse en la misma situación que los destinatarios de la norma de acuerdo al propósito de ésta –la no generación de riesgo social-, quedaban irrazonablemente excluidas de los privilegios allí conferidos. Este raciocinio, que ha sido utilizado por la Corte en varios casos posteriores⁶, es enteramente aplicable al caso que nos ocupa, aunque en éste el problema de clasificación consiste en que la misma es demasiado restrictiva (*underinclusive statute*).

En efecto, las expresiones acusadas de los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 se refieren exclusivamente a los pueblos indígenas y a sus miembros como población destinataria de los beneficios especiales en materia de salud allí consagrados, excluyendo de esa manera a las comunidades negras y a sus integrantes. Esta exclusión deviene en una clasificación errada de la población destinataria de las normas en cuestión, ya que, de conformidad con su propósito –protección de la diversidad étnica y cultural (arts. 1, 7 y 70 de la C.P.) de minorías étnicas culturalmente frágiles y socioeconómicamente marginadas-, dichas normas deberían incluir a todas aquellas poblaciones que sean minorías étnicas y culturales, y cuyos derechos culturales puedan ser protegidos a través del otorgamiento de beneficios especiales en materia de acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud, tanto por la fragilidad de su cultura como por su tradicional situación de marginalidad socioeconómica. Dado que, como se mostrará en el próximo acápite de esta demanda, las comunidades negras se encuentran en una situación como ésa -que por tanto es idéntica a aquélla de los pueblos

⁶ Ver Corte Constitucional, sentencias C-505 de 2001; C-064 de 2002; C-038 de 2003; C-1058 de 2003 (Salvamento de Voto de los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre Lynett); C-179 de 2005.

indígenas en relación con el propósito de las medidas-, su exclusión de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 genera una “clasificación demasiado restrictiva” o *underinclusive*, según la denominación adoptada por la doctrina constitucional estadounidense.

2. Sustentación del cargo: los pueblos indígenas y las comunidades negras se encuentran en una situación idéntica en lo que resulta relevante al propósito de la Ley 691 de 2001

Para afirmar que las expresiones acusadas de los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 vulneran el derecho a la igualdad (arts 13 y 70 de la C.P.) por cuanto implican una clasificación inadecuada de la población destinataria de los beneficios allí consagrados que genera una discriminación de las comunidades negras, es indispensable demostrar que éstas se encuentran en una situación idéntica que los pueblos indígenas de acuerdo al propósito de la Ley 691 de 2001. En efecto, sólo de esa manera quedaría comprobado el carácter errado –por excesiva restricción- de la clasificación de la población destinataria y, por esa vía, la inadecuación de la medida.

Así las cosas, en este acápite demostraremos que las comunidades negras se encuentran en una situación tanto normativa (1.2.1.) como empírica (1.2.2.) idéntica a la de los pueblos indígenas en lo que resulta relevante al propósito de la Ley 691 de 2001, lo cual permite concluir que deberían recibir los mismos beneficios de acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud que reciben los pueblos indígenas para efectos de la protección de su diversidad étnica y cultural.

2.1. Situación normativa idéntica de comunidades indígenas y negras en relación con el propósito de la Ley 691 de 2001

Probar que las comunidades negras se encuentran en una situación normativa idéntica que los pueblos indígenas en relación con el propósito de la Ley 691 de 2001 es fundamental para concluir que los beneficios de esta ley deberían ser concedidos a dichas comunidades. De hecho, sólo si se demuestra que las comunidades negras son titulares de los derechos constitucionales en virtud de los cuales se creó esa ley, podrá afirmarse que los beneficios allí contenidos son aplicables a las comunidades negras, y que su exclusión de los mismos es discriminatoria y por ende inconstitucional.

Para demostrar lo anterior, a continuación expondremos que, por regla general, las normas constitucionales sobre la diversidad étnica y cultural, y en particular los derechos culturales conferidos a las minorías étnicas por la Carta Política, son aplicables a las comunidades afrocolombianas (1.2.1.1.), y luego mostraremos que la Ley 691 de 2001 encuentra fundamento en y es un desarrollo de dichos derechos culturales aplicables a todas las minorías étnicas, por lo cual los beneficios allí consagrados no

caen dentro del ámbito de los derechos constitucionales que reposan exclusivamente en cabeza de los pueblos indígenas (1.2.1.2.).

1.2.1.1. Las normas constitucionales sobre la diversidad étnica y cultural son aplicables a las comunidades negras

En los últimos años, la jurisprudencia constitucional ha sido clara y constante al reconocer que las comunidades afrodescendientes, afrocolombianas o negras (incluidas las palenqueras y las raizales) son minorías étnicas culturalmente diversas a las que, por consiguiente, son aplicables las normas constitucionales relativas a la protección de la diversidad étnica y cultural en Colombia (arts. 1, 7, 10, 70, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.), y en particular la mayoría de derechos culturales especiales reconocidos por la Constitución a los pueblos indígenas (arts. 1, 7, 10, 11, 12, 40, 68, 70, 72, 93, 176, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.).

A continuación nos referiremos brevemente a los fundamentos constitucionales y legales de este reconocimiento (1.2.1.1.1.), y posteriormente indicaremos que el mismo constituye una regla general cuya excepción está conformada por los derechos constitucionales concedidos exclusivamente a las comunidades indígenas (1.2.1.1.2.).

1.2.1.1.1. Fundamento jurídico del reconocimiento y la protección de las comunidades negras como minorías étnicas

En varias ocasiones, en sentencias tanto de tutela como de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha reconocido a las comunidades afrocolombianas como grupos étnicos sujetos de derechos culturales especiales. Este reconocimiento se deriva de la consagración constitucional de la diversidad étnica y cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.), tiene como antecedente el reconocimiento de tales derechos en cabeza de las comunidades indígenas, y encuentra fundamento en el reconocimiento efectuado por el legislador (en especial a través de la Ley 70 de 1993) y por la comunidad internacional (en particular a través del Convenio No. 169 de la OIT) de las comunidades afrocolombianas como minorías étnicas culturalmente diversas.

En cuanto a lo primero, la jurisprudencia constitucional en materia de derechos culturales especiales en cabeza de las minorías étnicas se sustenta en el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural efectuados por la Constitución de 1991 (arts. 1 y 7). Desde sus primeras sentencias, la Corte señaló que

*“(e)l reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la **aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental**”⁷ (negrilla fuera del original).*

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993.

Para la Corte, dicho reconocimiento constitucional de la diversidad tiene una serie de consecuencias prácticas. Así, como lo advirtió en la sentencia T-723 de 2003,

“(el) carácter democrático, participativo y pluralista de nuestro Estado (...) encuentra su fundamento en la coexistencia dentro de nuestro país de diversas agrupaciones humanas con diferentes sentimientos, culturas, mitos e imaginario colectivo, etc., que deben respetarse. De ahí que constitucionalmente se reconozcan como principios sumamente importantes al pluralismo (art. 1º C.P.), y a la diversidad étnica y cultural ‘de la Nación colombiana’, (art. 7 C.P.), y como derechos sociales, económicos y culturales, ‘los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos (...)’ ” (negrilla fuera del original).

De esa manera, la Corte Constitucional ha reconocido que, en virtud de los principios constitucionales del pluralismo y la diversidad cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.), los grupos étnicos son titulares de derechos culturales especiales.

En relación con los grupos indígenas, la Corte efectuó este reconocimiento desde su jurisprudencia temprana. Así, en 1993, la Corte estableció que, con la Constitución de 1991, las comunidades indígenas dejaron de ser una realidad fáctica y legal para pasar a ser un **verdadero “sujeto” de derechos fundamentales** (Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993). Además, aclaró que dichos derechos no se predicán sólo de los individuos, sino que radican en la comunidad en tanto que colectividad, “que como tal aparece dotada de **singularidad propia**, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a ‘la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana’ (CP art. 1 y 7)” (negrilla fuera del original). Y explicó lo anterior diciendo:

*“no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, **personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección** cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14)” (negrilla fuera del original).*

A partir de entonces, la Corte Constitucional ha confirmado esa jurisprudencia en varias oportunidades.⁸ Así, por ejemplo, en la sentencia T-379 de 2003, la Corte volvió a indicar que, “con independencia de los miembros que la conforman, la comunidad indígena constituye un verdadero sujeto de derechos fundamentales”, y concluyó de ello que, “como tal, es **destinatario de la protección que brinda la acción de tutela**” (negrilla fuera del original).

Ahora bien, la Corte no ha limitado a las comunidades indígenas su jurisprudencia en materia de diversidad étnica y cultural y de derechos culturales especiales de los grupos étnicos. Dado que, de conformidad con dicha jurisprudencia, la misma resulta aplicable a todas aquellas comunidades minoritarias que se caracterizan por tener una forma de

⁸ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-723 de 2003; SU-383 de 2003; T-379 de 2003; T-606 de 2001; T-634 de 1999; SU- 039 de 1997; T -254 de 1994; T-380 de 1993.

vida y un sistema de comprensión del mundo que las distinguen del resto de la población, la Corte ha reconocido expresamente su aplicabilidad a las comunidades afrocolombianas. Según la Corte, las comunidades afrodescendientes son un sector importante de la población colombiana que:

*“en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1.993 (que desarrolla el artículo Transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medio ambiente), así como la Ley 199 de 1.995 (que organiza el Ministerio del Interior), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 (...)Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T. (...)”*⁹ (negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, para la Corte Constitucional, una de las fuentes primordiales del reconocimiento de las comunidades negras como grupos étnicos son las leyes, entre las cuales cabe resaltar la Ley 70 de 1993. En desarrollo del artículo transitorio 55 de la Constitución de 1991, esta ley consagra mecanismos para proteger la identidad cultural de las comunidades negras, garantizarles derechos especiales –entre los cuales cabe destacar el derecho a la propiedad colectiva-, y promover su desarrollo (art. 1 de la Ley 70 de 1993). Tal y como queda claro en los antecedentes de la ley en cuestión¹⁰ y en su propio texto¹¹, la consagración de estos beneficios se justifica en razón del carácter de minorías étnicas que se atribuye a las comunidades negras. Aunque la Ley 70 de 1993 sólo reconoce de manera explícita a las comunidades negras riverenas de la Cuenca del Pacífico como grupo étnico, la misma incluye dentro de su ámbito de aplicación personal a otras comunidades afrocolombianas, por cuanto establece que éstas podrán ser consideradas como minorías étnicas siempre que tengan una cultura propia, compartan una historia y unas tradiciones comunes, y conserven una conciencia de su identidad (art. 2, numeral 5), características que ciertamente ostentan otras comunidades negras del país distintas de las de la Cuenca del Pacífico.

Como resulta evidente de lo anterior, según la Ley 70 de 1993, para que una comunidad negra sea reconocida como grupo étnico culturalmente distinto, es necesario que la

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

¹⁰ En los antecedentes de la Ley 70 de 1993 resulta clara la intención del legislador de reconocer la existencia de factores étnicos y de una conciencia de identidad cultural compartida en las comunidades afrodescendientes. En ponencia ante la plenaria del Senado, el entonces Senador José Renán Trujillo García afirmó que los derechos relacionados con el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación “son para las comunidades que poseen identidad cultural, que tienen autoridades propias y poseen un territorio apropiado comunitariamente. Este es el caso de los palenques y de las comunidades negras rurales del Chocó y de algunas regiones del Pacífico”. También señaló que la protección que ofrecería la ley correspondiente se ampliaba al reconocer que “todas las comunidades negras de Colombia quedaban protegidas con el fin de ‘conocer la identidad cultural de un grupo étnico’ ” (cursiva en el original). Gaceta del Congreso No 225 del 19 de junio de 1993, pg. 1-2, citada en Corte Constitucional, sentencia T-375 de 2006.

¹¹ Ver, en especial, arts. 1 y 5 de la Ley 70 de 1993.

misma cumpla con dos tipos de requisitos: uno de carácter objetivo, relativo a la existencia de características culturales y sociales que la diferencian de los demás miembros de la sociedad, y uno de carácter subjetivo, que hace referencia a la autoidentificación de la comunidad como culturalmente diversa. Son justamente estos dos requisitos los que también ha establecido el Convenio No. 169 de la OIT como condiciones para identificar a un grupo humano como “pueblo tribal” y, por consiguiente, como destinatario de los derechos allí consagrados. En los términos del artículo 1 de dicho convenio:

“Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

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

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

2. La conciencia de su identidad étnica o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna a lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (negrilla fuera del original).

De conformidad con la anterior disposición, para que una comunidad afrocolombiana pueda considerarse destinataria del Convenio No. 169 de la OIT, la misma debe cumplir con los requisitos de carácter objetivo consagrados en el literal a y con el requisito de carácter subjetivo contenido en el numeral 2. Para la Corte Constitucional, dicho Convenio de la OIT constituye otra de las fuentes esenciales del reconocimiento de las comunidades afrocolombianas como minorías étnicas. Al respecto, ha dicho la Corte:

*“A lo anterior debe agregarse la **contribución de la comunidad internacional al proceso de reconocimiento de los grupos étnicos, como colectividades reconocibles, en especial al Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado por la Ley 121 de 1991, en cuanto sus disposiciones permiten reivindicar con claridad el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como “pueblos”, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, aunado a que se rigen por sus costumbres y tradiciones, y cuentan con una legislación propia –artículo 1º, numeral a)-.***

*Lo expuesto porque el Convenio en mención se refiere a las comunidades cuyas **‘condiciones sociales, culturales y económicas las distingan de otros sectores de***

la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial’, así no descendan de ‘poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales’, *sin establecer distinciones ni privilegios*”¹² (negrilla fuera del original).

Así las cosas, la Corte Constitucional se ha apoyado tanto en la legislación colombiana (en especial en la Ley 70 de 1993) como en el Convenio No. 169 de la OIT, para afirmar en jurisprudencia constante que las comunidades afrocolombianas constituyen minorías étnicas y culturales y que, como tal, son destinatarias de los derechos que tanto la Constitución (arts. 1, 7, 11, 12, 40, 68, 70, 72, 176, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.) como los tratados internacionales de derechos humanos –que, de conformidad con el artículo 93 de la Carta Política forman parte del bloque de constitucionalidad-, otorgan a dichas minorías.¹³

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que, si bien el reconocimiento de las comunidades negras como grupos étnicos con derechos culturales especiales es un presupuesto indispensable para que este sector de la población pueda insertarse adecuadamente en la vida política y económica del país de la cual ha estado históricamente excluido, dicho reconocimiento

“no se hace en función de su ‘raza’, puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún ‘razas puras’, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de ‘raza negra’ y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley (...). Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes”¹⁴ (negrilla fuera del texto original).

En este punto, la jurisprudencia de la Corte coincide plenamente con el criterio - constitucionalmente relevante en virtud del artículo 93 Superior- del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT en relación con el carácter de minorías étnicas beneficiarias de derechos culturales especiales que tienen las comunidades afrocolombianas. El CEACR se ha pronunciado en dos ocasiones sobre las comunidades afrocolombianas, en observaciones individuales formuladas al Estado colombiano en 2006 y 2007, relacionadas específicamente con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. En su observación individual de 2006, el CEACR se refirió a la situación de discriminación que sufren las personas afrodescendientes en Colombia, e hizo especial hincapié en la grave situación de desplazamiento forzado de las comunidades de Curbaradó y Jiguamiandó. Al respecto, afirmó: “a la luz de los elementos

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-955/03

¹³ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-375 de 2006 y T-955 de 2003.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

proporcionados, **las comunidades negras de Curbaradó y Jiguamiandó parecen reunir los requisitos establecidos por el artículo 1, párrafo 1, apartado a), del Convenio (...)**” (negrilla fuera del texto original). En el año 2007, el CEACR emitió otra observación individual, en la cual tomó nota de que tanto la Unión Sindical Obrera como el Gobierno colombiano indicaron que las comunidades afrodescendientes de Curbaradó y Jiguamiandó se encuentran cubiertas por el Convenio 169, y solicitó al Gobierno confirmar si dicho reconocimiento alcanza a la totalidad de comunidades afrodescendientes reconocidas por la Ley 70 de 1993. Así pues, el CEACR ya reconoció explícitamente que comunidades afrocolombianas como las de Curbaradó y Jiguamiandó constituyen pueblos tribales beneficiarios de los derechos consagrados en el Convenio No. 169 de la OIT, y se encuentra estudiando la posibilidad de que las demás comunidades negras del país se encuentren en la misma situación.

Los planteamientos precedentes permiten afirmar, como lo haremos a continuación, que es el carácter de minorías étnicas y culturales de las comunidades afrocolombianas el que permite que, por regla general, éstas sean titulares de los derechos constitucionales de los que son destinatarios los pueblos indígenas.

**1.2.1.1.2. La regla y la excepción: aplicabilidad de los
derechos culturales especiales a las
comunidades
negras, con excepción de aquéllos concedidos
exclusivamente a las comunidades indígenas**

Reconocidas como lo han sido por la jurisprudencia constitucional –con fundamento en la legislación colombiana y en el Convenio No. 169 de la OIT- como minorías étnicas destinatarias de las normas constitucionales e internacionales que protegen la diversidad étnica y cultural y que consagran derechos especiales para esos efectos, es posible concluir que, por regla general, las comunidades negras se encuentran en pie de igualdad respecto de los pueblos indígenas, en términos del reconocimiento de su diversidad y de la protección de sus derechos culturales. Y ello sin importar que las normas constitucionales que consagran esos derechos se refieran únicamente a los pueblos indígenas, sin mencionar a las comunidades negras. En efecto, como lo ha afirmado la Corte Constitucional:

*“(…) [E]ste carácter, reconocido **alude a los pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras, así algunas disposiciones constitucionales atinentes al tema nombren únicamente a los primeros, porque los artículos 5º, 13, 16, 63, 68, 70, 72, 79 y 176 del mismo ordenamiento reconocen en igualdad de condiciones a todas las culturas existentes en el territorio nacional, y propenden igualmente por su conservación, investigación, difusión, y desarrollo**”¹⁵ (negrilla fuera del texto original).*

Ahora bien, la regla de iguales derechos y condiciones de todas las minorías étnicas y

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-955 de 2003.

culturales del país tiene una excepción, pues es imposible negar que la Carta Política de 1991 estableció una protección más amplia para los pueblos indígenas en razón de sus características particulares, que por ende no es extensible a otras minorías étnicas que, como las comunidades negras, no cuentan con tales características. Esta protección especial de los pueblos indígenas se encuentra conformada por aquellas disposiciones constitucionales que hacen referencia a características que sólo los pueblos indígenas ostentan.

En lo esencial, estas disposiciones constitucionales son: el artículo 246, que establece la jurisdicción especial indígena, y al hacerlo reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas la competencia de resolver los asuntos que atañen a cada pueblo de conformidad con sus normas y procedimientos; el artículo 171, que establece una circunscripción nacional especial para las comunidades indígenas en el Senado de la República; los artículos 286, 321, 329, 330 (excluido su párrafo), y 56 transitorio, que reconocen a los territorios indígenas como entidades territoriales que forman parte de la organización del Estado y que reglamentan cuestiones relativas a ellos, y el artículo 357, según el cual los resguardos indígenas participarán en los ingresos corrientes de la nación.

Las normas anteriores tienen en común el hecho de que conceden derechos especiales a las comunidades indígenas que también son concedidos a otras minorías étnicas pero con un alcance distinto –como sucede en el caso de la circunscripción especial-, o que se refieren a características particulares de los pueblos indígenas colombianos –tales como el ejercicio tradicional de la función jurisdiccional en sus territorios y la ocupación de resguardos-, que permiten concluir que las mismas sólo son aplicables a dichos pueblos. Justamente por esa razón, dichas normas deberían ser interpretadas como excepciones a la regla de igual tratamiento para todas las comunidades étnicas y culturales (arts. 13 y 70 de la C.P.), lo cual implica que todas las demás normas constitucionales en la materia son aplicables no sólo a las comunidades indígenas, sino también a las demás minorías étnicas y culturales del país, entre las cuales se encuentran las comunidades afrocolombianas.

Además de los principios constitucionales de pluralismo (art. 1), diversidad étnica y cultural (art. 7) e igualdad y dignidad de todas las culturas (art. 70), tales normas –que, a diferencia de las antes analizadas, materializan la regla y no la excepción- incluyen, entre otros, los siguientes derechos culturales especiales en cabeza de las minorías étnicas y culturales del país: el derecho a la identidad cultural (arts. 1, 7 de la C.P.), el derecho a la integridad cultural y social (arts. 1 y 7 de la C.P.), el derecho a la existencia (arts. 1, 7, 11, 12 de la C.P.), el derecho a la autonomía (arts. 1, 7 y 9 de la C.P.), el derecho a una representación política especial (art. 176 de la C.P.), el derecho a la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (párrafo)). En adición a estos derechos especiales, las minorías étnicas y culturales son titulares de los derechos a ellas conferidos por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano (art. 93 de la C.P.), y de todos aquellos derechos consagrados en la Constitución que puedan serles aplicables (por ejemplo, el derecho a la igualdad –art. 13 de la C.P.-, el derecho de petición –art. 23 de la C.P.-, el derecho al

debido proceso –art. 29 de la C.P., para sólo mencionar algunos-. Finalmente, los miembros de esas minorías tienen unos derechos especiales en razón de su pertenencia a las mismas –tales como los derechos a la lengua (art. 10 de la C.P.) y a una educación étnica (art. 68 de la C.P.), entre otros-, y sus derechos constitucionales deben ser interpretados en función de dicha pertenencia –lo que sucede con los derechos sociales económicos y culturales, como la vivienda (art. 51 de la C.P.) y la salud (art. 49 de la C.P.) que, como veremos más adelante en el caso de la salud, de conformidad con los estándares internacionales deben ser interpretados de manera que respeten y se ajusten a la diversidad cultural-.

De esa manera, las normas constitucionales antes mencionadas, así como todas aquéllas que consagren principios o derechos relacionados con la diversidad étnica y cultural, son aplicables a todas las minorías étnicas y culturales de la nación, esto es, a todos los grupos que, de conformidad con el Convenio No. 169 de la OIT y con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, se distingan de otros sectores de la población nacional por sus condiciones sociales, culturales y económicas, se rijan por sus propias tradiciones y tengan conciencia de su propia identidad cultural. Entre estos grupos se encuentran, evidentemente, las comunidades afrocolombianas.

Así las cosas, es posible concluir que, por regla general, los derechos que se derivan de la protección constitucional a la diversidad étnica y cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.) son aplicables a las comunidades afrocolombianas, y sólo en los casos excepcionales en los cuales las normas constitucionales conceden derechos a los pueblos indígenas en función de sus características particulares las comunidades afrocolombianas quedan excluidas de su ámbito de protección. Esto significa que el Estado colombiano no sólo está en el deber de reconocer, respetar y proteger la identidad étnica y cultural del pueblo afrocolombiano (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), sino que además está en la obligación de implementar dicho deber sin distinciones ni privilegios (arts. 13 y 70, art. 1 del Convenio No. 169 de la OIT).

Por consiguiente, el Estado está obligado a aplicar las normas constitucionales cobijadas por la regla general antes mencionada, así como las normas infraconstitucionales que las desarrollan, respetando el principio de igualdad de todas las culturas existentes en el territorio nacional (arts. 13 y 70 de la C.P.). Como lo veremos a continuación, éste es el caso de la Ley 691 de 2001, que establece una serie de derechos y beneficios especiales destinados a garantizar el acceso a y la participación en el sistema de seguridad social en salud de los pueblos indígenas en razón de su carácter de grupos étnicos, y que al hacerlo desarrolla normas constitucionales que cobijan a todas las minorías étnicas del país, por lo cual debería ser aplicable a las comunidades afrocolombianas y no solamente a los pueblos indígenas.

1.2.1.2. La Ley 691 de 2001: desarrollo de la regla general, y no de la excepción

Este acápite tiene el propósito de demostrar que los beneficios y derechos especiales consagrados en la Ley 691 de 2001 en favor de los pueblos indígenas y de sus miembros se fundamentan en y son el desarrollo de normas constitucionales en materia de diversidad étnica y cultural que son aplicables no sólo a los pueblos indígenas, sino a todas las minorías étnicas y culturales del país, entre las cuales se encuentran las comunidades afrodescendientes, y que por tanto la no aplicación de los beneficios y derechos consagrados en dicha ley es vulneratoria de la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.).

Para lograr este propósito, en primer lugar mostraremos que los beneficios concedidos en la ley en cuestión no desarrollan ninguna de las normas constitucionales que consagran derechos exclusivamente para la población indígena (1.2.1.2.1.), y posteriormente indicaremos que la ley utiliza como criterios de delimitación de la población objeto de protección rasgos característicos de la misma –identidad cultural distinta y situación de marginalidad tradicional- que también son predicables de las comunidades afrocolombianas (1.2.1.2.2.).

1.2.1.2.1. Los beneficios que otorga la Ley 691 de 2001 no desarrollan las excepciones constitucionales que otorgan derechos culturales únicamente a los pueblos indígenas

Para probar que los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 encuentran fundamento en y son el desarrollo de disposiciones constitucionales relativas a la diversidad étnica y cultural que son aplicables a todas las minorías étnicas y culturales del país, conviene mostrar primero que dichos beneficios no desarrollan ninguna de las disposiciones constitucionales que consagran derechos exclusivos para los pueblos indígenas, dado el carácter de excepciones de estas cláusulas constitucionales.

Dos razones fundamentales permiten concluir que los beneficios consagrados en la ley objeto de esta demanda no se fundamentan en ni son el desarrollo de las disposiciones constitucionales que conceden derechos únicamente a los pueblos indígenas: que tales beneficios encuentran justificación en las disposiciones constitucionales generales en materia de diversidad étnica y cultural y no en las cláusulas que cubren exclusivamente a los pueblos indígenas, y que las especificidades de los pueblos indígenas a las que hace referencia la Ley 691 de 2001 no son fundamentales para la determinación de los destinatarios de los beneficios y son tangenciales –y no centrales- a la materia de la ley.

En cuanto a lo primero, tanto sus antecedentes legislativos como su contenido dejan en claro que el propósito de la Ley 691 de 2001 consiste en desarrollar las disposiciones constitucionales generales en materia de diversidad étnica y cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.), disposiciones que son aplicables no sólo a los pueblos indígenas sino también a otras minorías étnicas y culturales como las comunidades negras.

Así, en lo que se refiere a los antecedentes de la ley, la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Senador Jesús Enrique Piñacué en la Comisión Séptima del Senado de la República señala que la ley se inspira en el principio constitucional de la diversidad étnica y cultural, y cita en particular el artículo 7 de la Carta, diciendo: “El artículo 7° de la Constitución Política de Colombia consagró el principio de la diversidad étnica y cultural de nuestra nación, principio este que cambió radicalmente la concepción etnocentrista del desarrollo que ha imperado en el país”.¹⁶ Y continúa afirmando: “En desarrollo del principio constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación se estableció, entre muchos otros, **el derecho de los pueblos indígenas a ejercer su autonomía dentro de sus territorios y en particular a reconocer y respetar sus prácticas culturales como son los conocimientos y métodos de su medicina tradicional**”¹⁷ (negrilla fuera del texto). Además del artículo 7 de la Carta, el texto comentado cita también los artículos 10, 70 y 72 de la Carta Política, junto con la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio No. 169 de la OIT, como fuentes de inspiración de la ley en cuestión.¹⁸

Adicionalmente, durante el proceso de aprobación de la ley en el Congreso, los debates tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes se hicieron a partir de ponencias que mencionaron como fundamento constitucional del proyecto de ley los artículos 1, 2, 7, 8, 13, 49, 72, y 330, de la Carta Política, y la ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT –que forma parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 constitucional-.¹⁹

Resulta evidente de lo anterior que tanto las normas constitucionales citadas (arts. 1, 2, 7, 8, 10, 13, 70, 49, 72 y 330²⁰ de la C.P., Convenio No. 169 de la OIT) como los derechos a la autonomía y al respeto de las prácticas culturales, señalados como fundamento de la Ley 691 de 2001, son aplicables a las comunidades negras, tal y como se demostró en la sección previa. Vale la pena resaltar acá la cita del artículo 70 de la Carta Política como fundamento de la ley en cuestión, pues esta disposición

¹⁶ Gaceta del Congreso No 262 del miércoles 18 de agosto de 1999, pg. 5.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Gacetas del Congreso No. 373 del miércoles 13 de octubre de 1999, pg. 2-6; No. 134 del jueves 4 de mayo de 2000, pg. 3-5; No. 213 del miércoles 14 de junio de 2000, pg. 1-2 y 9-10; No. 259 del viernes 14 de julio de 2000, pg.12-13.

²⁰ Aunque el artículo 330 de la Carta es una de las cláusulas constitucionales que estipulan derechos exclusivamente en favor de las comunidades indígenas, tal como lo reconocen la jurisprudencia constitucional y estándares internacionales como el Convenio No. 169 de la OIT, su párrafo constituye una disposición aplicable a todas las minorías étnicas y culturales sin distinción. En efecto, mientras que el texto principal de la norma hace referencia a las funciones propias de las autoridades indígenas, su párrafo (en conjunto con los artículos 1, 7, 40 y 93 de la C.P.) es el fundamento constitucional del derecho fundamental a la consulta previa, que es aplicable a todas las minorías étnicas sin distinción. Este derecho, que consiste en la participación de las minorías étnicas en la toma de las decisiones que les conciernen, y que se ve complementado por el artículo 6 numeral 1 literal b del Convenio No. 169 de la OIT, es enteramente aplicable a minorías étnicas distintas de los pueblos indígenas, y en particular a las comunidades afrocolombianas. Este derecho resulta de suma relevancia para el tema concreto de esta demanda, por cuanto del mismo se deriva el deber estatal consagrado en el artículo 25 del Convenio No. 169 de la OIT, que se transcribe en la siguiente página de esta demanda.

constitucional consagra la igualdad de todas las culturas del país y, por ende, de ella podría derivarse la aplicación de la Ley 691 a otras minorías culturales distintas de los pueblos indígenas.

Por su parte, el propio texto de la Ley 691 de 2001 también deja en claro que ésta se funda en y tiene el propósito de desarrollar las normas constitucionales generales en materia de diversidad étnica y cultural. Así, los primeros tres artículos de la ley, que plasman la motivación de la misma, hacen referencia expresa a la diversidad étnica y cultural de la nación como parámetro y principio rector de la aplicación de la ley (arts. 1 y 3) y a la garantía de la integridad cultural como propósito fundamental de la misma (art. 2). A pesar de que en estas normas se hace referencia explícita a los pueblos indígenas, es posible afirmar que las mismas deberían abarcar a las comunidades negras en la medida en que hacen referencia a principios y propósitos que son aplicables a todas las minorías étnicas por igual, tal y como sucede con ciertas disposiciones constitucionales que si bien se refieren únicamente a los pueblos indígenas se entienden aplicables a las comunidades negras –como por ejemplo el parágrafo del artículo 330 superior-.

Además de las primeras normas de la Ley 691, relativas a los principios y propósitos generales, las demás disposiciones que la componen muestran ser un desarrollo de las disposiciones constitucionales generales en materia de diversidad étnica y cultural, y no de las cláusulas que consagran derechos exclusivos para los pueblos indígenas. En efecto, todos los beneficios y derechos consagrados en la ley en cuestión tienen el propósito de garantizar el acceso a y la participación en el sistema de seguridad social en salud de los pueblos indígenas²¹, en virtud del carácter de minorías étnicas y culturales que éstos ostentan y del reconocimiento, respeto y protección especial que ameritan de conformidad con la Carta Política de 1991. En ese sentido, esos beneficios y derechos propugnan por lograr que dichos pueblos puedan, de un lado, acceder a los servicios de seguridad social en salud (arts. 48 y 49 de la C.P.) de manera que se garanticen sus derechos a la identidad étnica, la integridad social y la existencia (arts. 1, 7, 11 y 12 de la C.P.), y de otro lado, participar en la prestación de dichos servicios de forma tal que se desarrollen sus derechos a la autonomía (arts. 1, 7 y 9 de la C.P.) y a la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.). Esta participación es exigida de manera particularmente precisa por el artículo 25 del Convenio No. 169 de la OIT –que forma parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución-, según el cual:

“Artículo 25

²¹ Dichos derechos y beneficios incluyen la afiliación de toda la población indígena al régimen subsidiado de seguridad social en salud, la unificación del POS-S al POS con atención a las particularidades socioculturales y geográficas de los pueblos indígenas, el otorgamiento de un subsidio alimentario a mujeres gestantes y a menores de cinco años, la gratuidad y obligatoriedad de ejecución del Plan de Atención Básica, la participación directa en la formulación del mismo por parte de los pueblos indígenas y la prioridad a la contratación con autoridades de los pueblos indígenas para dicha ejecución, la posibilidad de administrar directamente los subsidios de los pueblos indígenas a través de la creación de “Administradoras Indígenas de Salud” (ARSI) que deben cumplir requisitos de creación menos exigentes que cualquier ARS, y la garantía de atención por migración, entre otros.

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales” (negrilla y subraya fuera del texto original).

Como lo vimos en la sección anterior de esta demanda, todos los derechos anteriormente mencionados por cuya garantía propugnan los mecanismos consagrados en la Ley 691 de 2001 son aplicables no sólo a los pueblos indígenas, sino a todas las minorías étnicas del país, incluidas las comunidades afrodescendientes. Esto también es predicable del deber estatal consagrado en la norma internacional antes transcrita que, de conformidad con el artículo 1 del mismo Convenio internacional, debe ejercerse frente a los pueblos indígenas y tribales, entre los cuales se incluyen las comunidades afrocolombianas.

En contraste con lo anterior, ninguno de los propósitos y mecanismos consagrados en la ley en cuestión se fundamenta o desarrolla las disposiciones constitucionales que consagran derechos culturales especiales en cabeza de los pueblos indígenas exclusivamente. En efecto, el propósito de garantizar el acceso a y la participación en el sistema de seguridad social en salud de los pueblos indígenas no encuentra fundamento ni en la norma que consagra la circunscripción especial de los pueblos indígenas en el Senado (art. 171 de la C.P.), ni en la norma que establece la jurisdicción especial indígena (art. 246 de la C.P.), ni en las normas que se refieren a los resguardos indígenas como entidades territoriales (arts. 286, 321, 329, 330 (excluido su párrafo) y 56 transitorio de la C.P.), ni tampoco en la norma que incluye a los resguardos en la participación de los ingresos de la nación.

Es posible llegar a la anterior conclusión, aún cuando la Ley 691 de 2001 se refiere a los resguardos indígenas en su artículo 12. En efecto, a primera vista podría pensarse que la referencia a esta característica especial de los pueblos indígenas excluye la posibilidad de que los beneficios consagrados en la Ley 691 sean extendidos a las comunidades afrocolombianas, por cuanto la misma sería el fundamento de tales beneficios. Más aún, incluso podría pensarse que, dado que la referencia a los resguardos indígenas efectuada en el artículo 12 (y que se ve complementada por el inciso 4 del artículo 10 de la misma ley) tiene el propósito de indicar que dichos resguardos contribuirán recursos a la financiación de la afiliación de los miembros de los pueblos indígenas al régimen subsidiado de salud (y al plan de atención básica, según el mencionado inciso 4 del artículo 10), la misma condiciona la concesión de tales beneficios a que su población destinataria esté organizada en entidades territoriales de esa naturaleza, que puedan contribuir recursos a la financiación de los mismos.

Sin embargo, ninguna de las anteriores dos conclusiones es de recibo, por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, no es posible afirmar que los

beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 se fundamentan en o derivan de las normas constitucionales especiales en materia de resguardos indígenas. En efecto, como se mencionó previamente, dichos beneficios encuentran sustento en otras disposiciones constitucionales de naturaleza muy distinta, que consagran derechos culturales a favor de todas las minorías étnicas del país (arts. 1, 7, 11, 12, 40, 70, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.), con independencia del tipo de territorio que éstas ocupen y de la relación del mismo con la organización territorial del Estado. Como tal, el que una minoría étnica ocupe o no un resguardo en nada determina su derecho a acceder a y participar en el sistema de seguridad social en salud, derecho que está determinado por la titularidad de los derechos constitucionales que el mismo desarrolla (arts. 1, 7, 11, 12, 40, 70, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.), así como por el hecho de que la minoría étnica en cuestión se encuentre en una situación empírica similar a la población destinataria de la ley (ver *infra*, siguiente sección).

En segundo lugar, tampoco es posible afirmar que la referencia a los resguardos indígenas como fuente parcial de financiación de algunos de los beneficios previstos en la Ley 691 de 2001 -en particular el acceso al régimen subsidiado de salud y el plan de atención básica (arts. 12 y 10 de la ley)- condicione el acceso a dichos beneficios a que tales resguardos existan y aporten recursos. Ello es así, de un lado, porque ningún aparte del texto legal en comento permite deducir que los resguardos sean mencionados con el fin de formular un condicionamiento al acceso a los beneficios allí consagrados. Por el contrario, tanto el espíritu como la formulación del texto de la ley dejan en claro que la concesión de los beneficios allí consagrados se justifica por las necesidades especiales de protección de la población beneficiaria, y que por lo tanto el acceso a los mismos no encuentra ningún condicionamiento distinto que aquél de pertenecer a dicha población.

De otro lado, no es posible afirmar que el acceso a los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 esté condicionado a que la población beneficiaria se encuentre organizada en resguardos y a que éstos aporten recursos a la financiación de los mismos, por cuanto la mención de los resguardos es enteramente tangencial -y no central- a los propósitos y mecanismos consagrados en la ley-. Así, además de que tan sólo uno de los treinta y un artículos de la ley hace referencia a los resguardos indígenas, dicha referencia se hace en un artículo relativo a los mecanismos de financiación de uno de los múltiples beneficios consagrados en la ley, y se identifica como uno de varios mecanismos de financiación. De esa manera, resulta imposible afirmar que dicha referencia condicione el acceso de los destinatarios de la ley a los beneficios allí conferidos, por cuanto hay muchos de esos beneficios cuya financiación no depende de los resguardos, y porque incluso la financiación del mecanismo en relación con el cual se hace referencia a los resguardos proviene de otras fuentes.

Por tanto, podría decirse que, aún sin el aporte de recursos de los resguardos a la financiación del acceso al régimen subsidiado de salud y del plan de atención básica, los destinatarios de la ley mantendrían intacto su derecho a acceder a los derechos y beneficios allí consagrados. Es justamente por esta razón que puede afirmarse que las minorías étnicas que no se encuentran organizadas en resguardos indígenas pueden en todo caso acceder a los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001, puesto que ese

acceso no está condicionado a la existencia de tales resguardos. Por lo demás, en lo que se refiere al posible tratamiento distinto que podría surgir del hecho de que los resguardos indígenas contribuyan a la financiación de los mecanismos antes mencionados mientras que las demás minorías étnicas no lo hacen, el mismo puede ser solucionado a través de dos vías distintas. Una posible vía es considerar que este tratamiento distinto es justificado por cuanto, a diferencia de los pueblos indígenas (art. 357 de la C.P.), las demás minorías étnicas no cuentan con territorios que formen parte de la organización del Estado y que participen en los ingresos corrientes de la nación, por lo cual éstas no pueden contribuir los recursos que contribuyen los resguardos indígenas a financiar los mecanismos contemplados en la Ley 691. Y la otra posible vía consiste en que, si se establece que esas minorías étnicas sí pueden contribuir recursos a la financiación de tales mecanismos, se disponga que éstas deberían hacerlo a través de una figura distinta de la de los resguardos.

Como quiera que sea, por las razones previamente esgrimidas, es posible concluir que los derechos y beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 no se fundamentan en ni desarrollan las disposiciones constitucionales relativas a la diversidad étnica y cultural que consagran derechos especiales exclusivamente en cabeza de los pueblos indígenas (arts. 171, 246, 286, 321, 329, 330, 357 de la C.P.), sino que encuentran sustento en y son la aplicación de derechos constitucionales especiales conferidos a las minorías étnicas en general (arts. 1, 7, 11, 12, 40, 70, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.). Esta conclusión se ve reforzada por el planteamiento que se hará en el siguiente acápite, tendiente a demostrar que el criterio utilizado por la Ley 691 de 2001 para delimitar a su población destinataria conduce a aceptar la aplicabilidad de dicha ley a las comunidades afrocolombianas.

1.2.1.2.2. Los criterios de delimitación de la población beneficiaria de la ley acusada la hacen aplicable a las comunidades negras

Además de que la Ley 691 de 2001 no puede ser considerada como un desarrollo de las disposiciones constitucionales que consagran derechos exclusivos para los pueblos indígenas (arts. 246, 286, 321, 329, 339, 357 de la C.P.), para probar que la misma debe ser aplicada no sólo a estos pueblos sino también a las comunidades negras en tanto que minorías étnicas, resulta de fundamental relevancia tener en cuenta que la aplicación de los criterios establecidos por dicha ley para delimitar a su población beneficiaria conducen a la conclusión de que las comunidades negras deberían estar incluidas allí.

En efecto, la ley en cuestión identifica esencialmente dos criterios que justifican la consagración de derechos y beneficios especiales como los allí incluidos, y que a la vez delimitan a la población destinataria de los mismos. Dichos criterios son, de un lado, el hecho de que los grupos titulares de los beneficios son minorías étnicas y, por consiguiente -de conformidad con el artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT que forma parte del bloque de constitucionalidad-, se caracterizan por tener una identidad cultural distinta de los demás sectores de la población, por vivir de acuerdo con sus

propias tradiciones y prácticas, y por autoidentificarse como grupo étnico. Y de otro lado, la condición de marginalidad que tradicionalmente han sufrido dichos grupos, y cuya solución requiere de acciones positivas del Estado que les permitan acceder en condiciones de igualdad a las mismas oportunidades que el resto de la población.

Tanto los antecedentes legislativos como el texto mismo de la Ley 691 de 2001 demuestran que son esas dos condiciones las que le sirven de fundamento y de criterios de delimitación de la población destinataria a dicha ley. Así, la exposición de motivos del proyecto de ley a la que hicimos referencia en el acápite anterior señala como justificación del mismo motivaciones tanto culturales como epidemiológicas y socioeconómicas.²² En cuanto a las primeras, se señala la importancia que tiene el proyecto de ley para el reconocimiento, el respeto y la protección del modelo propio de acercamiento a la salud, a la enfermedad y a la curación que tienen las comunidades indígenas y que difiere del acercamiento occidental a tales temas, así como para el acercamiento a la medicina tradicional de dichas comunidades. Igualmente, el proyecto de ley señala la existencia de economías tradicionales en relación diversa y variable con el modelo económico nacional, que justifican que exista un régimen especial de participación en el sistema de seguridad social en salud.²³

En cuanto a las motivaciones de carácter epidemiológico, el proyecto de ley se refiere al deterioro de la calidad de vida y de las condiciones básicas de nutrición, así como al envejecimiento prematuro y al incremento y profundización de ciertas patologías de la población indígena²⁴, que hacen de ésta una población cuya salud es vulnerable, y cuya existencia puede peligrar por esa razón.

Finalmente, el proyecto de ley menciona como motivaciones socioeconómicas la situación de crecientes necesidades básicas insatisfechas y de condiciones de difícil acceso geográfico y sociocultural de las comunidades indígenas al sistema de salud, y para ilustrarla cita varias cifras demostrando cómo las condiciones de salud y de calidad de vida de las comunidades indígenas son inferiores a las del resto de la población, cómo dichas comunidades viven en municipios con necesidades básicas insatisfechas por encima del 80%, y cómo el precario sistema de salud existente se complica aún más por causa de las dificultades de accesibilidad geográfica a las zonas en que se asientan los pueblos indígenas.²⁵

Como es evidente, si bien todas las motivaciones anteriores se encuentran estrechamente relacionadas con el objetivo de protección de la diversidad étnica y cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.), las mismas son sensibles a la situación de vulnerabilidad y marginalidad socioeconómica de las comunidades indígenas, situación que es la que en buena medida pone en peligro la identidad cultural e incluso la existencia de los

²² Gaceta del Congreso No 262 del miércoles 18 de agosto de 1999, pg. 7-8.

²³ *Ibíd.*.

²⁴ *Ibíd.*.

²⁵ *Ibíd.*.

pueblos indígenas, y la que hace necesarias medidas como las consagradas en la Ley 691 de 2001. De ahí que el artículo 2 de esta ley establezca estrechamente esa relación, afirmando:

*“ARTÍCULO 2o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los Pueblos Indígenas, **garantizando su integridad cultural de tal manera que se asegure su permanencia social y cultural**, según los términos establecidos en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales y las demás leyes relativas a los pueblos indígenas”* (negrilla fuera del original).

Según la norma anterior, las medidas consagradas en la ley resultan necesarias para asegurar la permanencia social y cultural de los pueblos indígenas, que a su turno es precondition de la garantía de su integridad cultural. De una lectura conjunta de esta norma y de sus antecedentes legislativos puede deducirse entonces que, en razón de la situación de vulnerabilidad y marginalidad a la que tradicionalmente han sido sometidos los pueblos indígenas, dicha permanencia social y cultural está en riesgo, por lo cual se requieren medidas especiales en materia de salud (entre otros) para evitar su amenaza.

Por las razones anteriores, es posible afirmar que la Ley 691 de 2001 encuentra tanto en el carácter de minoría étnica y cultural de las comunidades indígenas como en su tradicional situación de vulnerabilidad y marginalidad socioeconómica no sólo la justificación de los mecanismos allí consagrados, sino también los criterios de delimitación de la población destinataria.

Ahora bien, aún cuando estos criterios se escogieron justamente con el fin de señalar a los pueblos indígenas como la única población beneficiaria de la ley en cuestión, la aplicación de los mismos conduce a la conclusión de que también las comunidades negras deben ser destinatarias de la misma. Ello es así porque, como lo veremos a continuación, estas comunidades se encuentran en una situación idéntica que los pueblos indígenas no sólo en lo que se refiere a las normas constitucionales que les son aplicables y que sirven de fundamento a la ley acusada, sino también en lo que tiene que ver con sus necesidades de protección de diversidad cultural y con su situación tradicional de vulnerabilidad y marginalidad socioeconómica.

2. Situación empírica idéntica de comunidades indígenas y negras en relación con el propósito de la Ley 691 de 2001

En el acápite anterior mostramos que los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas se encuentran en una situación normativa idéntica en relación con el propósito de la Ley 691 de 2001, lo cual significa que, en lo que resulta relevante para esta ley, dichos grupos étnicos ostentan los mismos derechos constitucionales, derechos que sirven de fundamento a y son desarrollados por las disposiciones de esa ley. Ahora bien, para probar que la Ley 691 de 2001 debería ser aplicable a las comunidades negras y que su no extensión a éstas genera una violación del derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.), a continuación mostraremos que los pueblos indígenas y las comunidades

negras se encuentran en una situación idéntica de acuerdo al propósito de la ley, no sólo porque a ellos son aplicables los mismos derechos constitucionales relativos a la diversidad étnica y cultural (arts. 1, 7, 11, 12, 40, 70, 93, 330 (parágrafo)), sino porque las comunidades negras tienen los mismos rasgos fácticos que son tomados en cuenta por la Ley 691 de 2001 como criterios para justificar la delimitación de su población beneficiaria a los pueblos indígenas, a saber: el carácter de minorías étnicas y culturales (1.2.2.1.), y la situación de vulnerabilidad y marginalidad socioeconómica en la que se encuentran, como resultado del desconocimiento histórico de sus intereses y de la violación sistemática de sus derechos (1.2.2.2.).

2.1.1.Las comunidades afrocolombianas son minorías étnicas culturalmente diversas

Como lo analizamos ya en la sección precedente, tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional han reconocido el carácter de minorías étnicas de las comunidades afrocolombianas y, como consecuencia de ello, su titularidad de los derechos especiales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales para proteger la diversidad étnica y cultural (arts. 1, 7, 11, 12, 40, 68, 70, 72, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.), así como de los derechos establecidos en las leyes que los desarrollan.

Un reconocimiento jurídico como éste constituye prueba suficiente de que las comunidades afrocolombianas ostentan una situación fáctica similar que los pueblos indígenas en términos de su diversidad étnica y cultural. En efecto, es justamente por la constatación de esta situación que el legislador y la Corte Constitucional –en coincidencia con el criterio del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT²⁶- han considerado necesario extender los derechos constitucionales propios de las minorías étnicas y culturales a las comunidades afrocolombianas.

Ahora bien, el hecho de que el reconocimiento jurídico de la diversidad étnica y cultural de las comunidades negras sea una prueba de esta diversidad no significa de manera alguna que sólo constituyen minorías étnicas y culturales aquellas comunidades negras que sean explícitamente reconocidas como tales. En efecto, este reconocimiento no es un elemento constitutivo de la diversidad étnica y cultural de las minorías étnicas en general, ni de las comunidades afrodescendientes en particular. Es precisamente por eso que las comunidades negras de la Cuenca del Pacífico no son las únicas comunidades afrocolombianas étnica y culturalmente diversas, a pesar de que dichas comunidades son aquéllas a las que más hacen referencia la legislación, la jurisprudencia, e incluso la doctrina en materia de diversidad étnica y cultural de la población negra en Colombia.²⁷

²⁶ Ver *supra*, página 24.

²⁷ Ver, al respecto, “Estudios Afrocolombianos”, en Axel Alejandro Rojas Martínez (Comp.), *Estudios Afrocolombianos, Aportes para un estado del arte*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2004.

Así las cosas, el reconocimiento jurídico antes indicado sirve para demostrar que en Colombia hay comunidades negras que constituyen minorías étnicas culturalmente diversas. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT y en la Ley 70 de 1993, para determinar en cada caso si una comunidad negra constituye una minoría de esta naturaleza, resulta necesario que de la misma se pueda predicar que tiene características culturales y sociales distintas de aquéllas de la sociedad mayoritaria, que se rige por sus propias tradiciones y prácticas, y que se autoreconoce como culturalmente diversa. En aplicación de estos criterios, es posible concluir que en Colombia existen comunidades afrodescendientes étnica y culturalmente diversas adicionales a las así reconocidas expresamente por las normas y la jurisprudencia. Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-169 de 2001, al decir:

*“[E]l término ‘comunidades negras’, como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1.993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las (sic) dichas ‘comunidades negras’, (...) a las **agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia**, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (cfr. sentencias C-530/93, T-174/98 y C-1022/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero)”* (negrilla fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, además de las comunidades negras de la Cuenca del Pacífico, de los Raizales y de los Palenqueros, todas las comunidades afrocolombianas que tienen características culturales y sociales diversas de la mayoría, que se rigen por sus propias prácticas y tradiciones y que tienen conciencia de su identidad constituyen minorías étnicas culturalmente diversas, con independencia de que hayan sido o no reconocidas como tales a nivel jurídico.

En razón de ello, todas esas comunidades negras se encuentran en una situación fáctica idéntica que las comunidades indígenas en lo que se refiere a su diversidad étnica y cultural, que justifica plenamente que las mismas sean reconocidas, respetadas y protegidas en igualdad de condiciones, siempre que ese reconocimiento, ese respeto y esa protección encuentren fundamento en las normas constitucionales generales en materia de diversidad. Si bien este tratamiento igualitario resulta obligatorio por el sólo hecho de que las comunidades negras ostentan la calidad de minorías étnicas y culturales, el mismo resulta tanto más obligatorio cuanto que, como lo veremos a continuación, al igual que los pueblos indígenas, las comunidades negras se encuentran en una situación de marginalidad que desde siglos atrás ha hecho de ellas un sector de la población con frecuencia invisibilizado, cuyos derechos son ultrajados y sus intereses desatendidos.

2.2. Las comunidades afrocolombianas se encuentran en

situación de marginalidad manifiesta

La situación de marginalidad de las comunidades afrocolombianas resulta relevante para demostrar que éstas deben ser destinatarias de los derechos y beneficios especiales consagrados en la Ley 691 de 2001 no sólo por la necesidad que, como los pueblos indígenas, tienen de acceder a un sistema más igualitario de oportunidades, sino sobre todo por la amenaza que, también como en el caso de los pueblos indígenas, su situación de marginalidad crea para la permanencia de su diversidad étnica y cultural.

La situación de marginalidad en que se encuentra la población afrodescendiente en Colombia es de larga data. Desde los primeros tiempos de la esclavitud, las comunidades afrodescendientes y su cultura han ocupado un lugar subalterno y marginal respecto de la sociedad mayoritaria, y sus derechos han sido desconocidos frontalmente. Esa situación sigue siendo patente hoy en día, ya que los indicadores socioeconómicos siguen revelando la situación de inferioridad en la que se encuentra la población afrocolombiana.

La primera marginalización de la que ha sido víctima la población afrocolombiana consiste en la invisibilización. Esta invisibilización es tan grave que no sólo se refiere a la negación de la identidad étnica y cultural diferenciada de las comunidades negras minoritarias, sino que incluso cubre a la población afrocolombiana en tanto que raza. Prueba de ello es que, a lo largo del siglo XX, tan sólo los censos de 1912 y de 1993 distinguieron a los afrodescendientes del resto de la población colombiana.²⁸ La desaparición de los afrocolombianos de las cifras durante casi un siglo no sólo revela cuán invisible ha sido dicha población para la sociedad de nuestro país, sino además da cuenta de la poca importancia que ha tenido a través de los años en el diseño e implementación de políticas públicas del Estado.²⁹

A la invisibilización antes descrita se suma la grave situación de pobreza en la que vive la población afrocolombiana. En el año 2003, el 47,2% de esta población no tenía sus necesidades básicas satisfechas y vivía en condiciones de extrema pobreza.³⁰ Actualmente, el ingreso salarial promedio de los afrocolombianos es aproximadamente

²⁸ En el censo de 1912 se contaron 322.499 afrocolombianos, correspondientes al 6,4% de la población nacional. Ochenta y un años después, en el censo de 1993, vuelve a aparecer la población afrodescendiente, que asciende a 502.343 individuos, correspondientes al 1,5% de la población nacional. En el último censo realizado por el DANE en 2005, se contaron 4.261.996 de afrodescendientes, correspondientes al 10,5% de la población. Estos datos fueron extraídos del documento de consultoría elaborado por Libia Rosario Grueso Castelblanco, “Documento final de contexto y recomendaciones de política pública. Eje – Derechos Humanos – Género”, presentado en el marco del “Plan integral de largo plazo población negra/afrocolombiana, palenquera y raizal”, impulsado por la Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible del Departamento Nacional de Planeación, publicado en http://www.dnp.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=885, enero de 2007, pg. 28.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Fernando Urrea. “Informe Final Grupos Étnicos. Misión para el Diseño de una Estrategia para la Reducción de la Pobreza y la Desigualdad 2006”. DNP: Bogotá, pg. 46.

20% menor al del promedio de las personas no afro.³¹ Finalmente, la esperanza de vida también es muy inferior al promedio nacional que, de los 65 años de vida, pasa a los 55 para los afrocolombianos.³²

Como si esto fuera poco, la población afrocolombiana ha sufrido con particular intensidad los atropellos del conflicto armado. En efecto, ha sido una de las poblaciones más afectadas por el desplazamiento forzado interno, que en su caso ha estado estrechamente relacionado con el despojo arbitrario de las tierras tituladas colectivamente a favor de esas comunidades.³³ Para 2002, la población afrodescendiente desplazada ascendió a 1'500.000 personas, de un total de 2'387.000 desplazados por la violencia.³⁴ En la misma época, la Red de Solidaridad estimó que del total de la población desplazada entre 2000 y 2002 (964.904 personas), el 17% eran afrocolombianos³⁵, porcentaje que demuestra la desproporción en la cual esta tragedia ha afectado a la población afrodescendiente. Al respecto, el DANE se pronunció en 2006, señalando que “los pueblos indígenas y afrocolombianos son los más afectados por el desplazamiento ocasionado por la violencia”.³⁶

Dadas todas estas circunstancias, no parece sorprendente que la población afrocolombiana sufra, adicionalmente, de un precario acceso a la prestación del servicio de seguridad social en salud. En la actualidad, tan sólo el 51% de los afrocolombianos puede acceder al sistema de seguridad social en salud.³⁷ En particular, el 53,5% de los hogares afrocolombianos pobres en las cabeceras municipales y el 73,8% de los rurales

³¹ Observatorio de Discriminación Racial, “Análisis de Datos de la Encuesta Continua de Hogares de junio de 2004”. Bogotá, 2008.

³² *Ibid.* pg. 38. Ver también Ministerio del Interior, “Visión, Gestión y Proyección de la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras”. DACN, 1997, citado en Centro de Estudios Jurídicos de las Américas CEJA, “Sistema judicial y racismo contra afrodescendientes. Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana, 2004, pg. 32. En 1997 los miembros de la población afrocolombiana en esta situación correspondían al 80%. Ministerio del Interior, “Visión, Gestión y Proyección de la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras” – DACN, 1997, citado en Centro de Estudios Jurídicos de las Américas CEJA, “Sistema judicial y racismo contra afrodescendientes. Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana, 2004, pg. 32.

³³ De acuerdo con observadores de derechos humanos, “a medida que avanzó la titulación colectiva, se agudizó el conflicto armado en zonas estratégicas de asentamientos de comunidades negras: Medio y Bajo Atrato, Urabá chocoano y Antioqueño, Costa Nariñense, corredor de valles interandinos entre Cauca Valle y Nariño; Montes de María en la Costa Caribe”. Misión de Observación de DHH y DIH en la población Afro colombiana; 2002, “Informe sobre la situación de la población Afro colombiana”, citado en Grueso Castelblanco Libia Rosario, *ob. cit.*, pg. 40.

³⁴ Datos para el primer trimestre de 2002, CODHES, citados en Grueso Castelblanco Libia Rosario, *ob. cit.*, pg. 41.

³⁵ Grueso Castelblanco Libia Rosario, *ob. cit.*, pg. 41.

³⁶ Según dicho informe, la amenaza para su vida es el motivo de cambio de residencia del 10,2% de los indígenas y del 5,6% de los afrocolombianos., Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE-, “Colombia una Nación Multicultural, Su diversidad étnica”, 2006, pg. 37. Citado en Grueso Castelblanco Libia Rosario, *ob. cit.*, pg. 43.

³⁷ Fernando Urrea. *Ob. Cit.*, pg. 52. Para el año 1997 este porcentaje era del orden del 60%. Ministerio del Interior, *ob. cit.*, pg. 32.

carecen de acceso a un régimen de salud.³⁸ De acuerdo con cifras del Ministerio de Protección Social, para 2004, en muchos de los departamentos con mayor concentración de pobladores afrocolombianos, la afiliación tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado era muy deficiente. Así, por ejemplo, en Bolívar la afiliación era apenas del 28%, en Magdalena del 31%, en San Andrés del 53 %, y en Chocó del 60%.³⁹

Además de lo anterior, se ha detectado que la población afrodescendiente se encuentra en condiciones particularmente desfavorables frente a otros grupos étnicos y al resto de la población en lo que respecta a la cobertura en salud. Como lo señala un informe en la materia,

“la situación es dramática en la zona rural para la población afrocolombiana ya que la tasa de cobertura apenas llegaba al 34% frente a coberturas por encima del 55% para indígenas y no étnicos. Al controlar el tipo de régimen de salud por (línea de pobreza) LP y tipo de hogar, se hace más clara la desventaja que enfrentan los hogares de la población Negra/Afrocolombiana, Palenquera y Raizal especialmente los más pobres. El 53,5% de los hogares afrocolombianos pobres de cabecera y el 73,8% de no cabecera carecen de un régimen de salud, mientras para los indígenas este porcentaje es menor del 50% en cabecera y 41% en el resto”⁴⁰ (negrilla fuera del original).

Las condiciones de salud de la población afrodescendiente en Colombia, y en particular en el litoral de la Costa Pacífica, son de las más precarias en el país. Los índices de mortalidad infantil cuadruplican el promedio nacional, con 117 por cada 1000 nacidos vivos. Las tasas de mortalidad materna tampoco son alentadoras, siendo más altas en los departamentos con mayor presencia de grupos étnicos, ocupando el Chocó el segundo lugar en la lista, seguido por Cauca y Nariño.⁴¹ Además, como lo señala el informe previamente citado, la morbilidad de la población presenta rasgos característicos de la pobreza, como la gastroenteritis y las enfermedades respiratorias agudas, que “presentan los cuadros más críticos (...) en donde se estima que más del 50% no tiene acceso a ningún esquema de salud”.⁴²

La precariedad de las condiciones de vida de la población afrocolombiana se ve a un mismo tiempo especialmente ilustrada y agravada por la situación de la salud, y demuestra claramente que las comunidades negras culturalmente diversas ostentan la

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Ministerio de Protección Social, Organización Panamericana de la Salud. “Situación de la salud en Colombia”, Indicadores básicos 2005, pg. 14, citado en el documento de consultoría elaborado por Dilia Robindon Davis, “Eje temático: desarrollo social – género”, en el marco del “Plan integral de largo plazo de la población afrocolombiana”, impulsado por la Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible del Departamento Nacional de Planeación, publicado en <http://www.dnp.gov.co/paginasdetalle.aspx?idp=885>, febrero de 2007, pg. 44.

⁴⁰ Urrea, G. “Informe Final Grupos Étnicos. Misión para el Diseño de una Estrategia para la Reducción de la Pobreza y la Desigualdad. 2006”. DNP. Bogotá, pg. 51, citado en Robinson Davis Dilia, *ob. cit.*, pg. 45.

⁴¹ Robinson Davis Dilia, *ob. cit.*, pg. 38

⁴² *Ibid.*, pg. 45-46.

misma situación de marginalidad que los pueblos indígenas, y requieren las mismas medidas especiales diseñadas para su superación. Esta conclusión se deriva con claridad del reconocimiento expreso que ha hecho el Estado de la grave situación de marginalidad que sufren los grupos étnicos, sin distinción. El Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, expresó al respecto:

*“Históricamente, los grupos étnicos han sido víctimas de la marginalización y discriminación racial, social, política, económica y cultural. Las condiciones que enfrentan actualmente siguen siendo desfavorables en relación con el resto de la población colombiana. Estos grupos se encuentran marginados de los beneficios del desarrollo, con un bajo nivel de vida expresado en términos de pobreza, inequidad, violencia, desplazamiento, discriminación, debilidad en su formación de capital humano y fragmentación del tejido social. En comparación con el resto de la población, estos grupos registran mayores índices de pobreza, analfabetismo y mortalidad”.*⁴³

En un sentido similar se ha expresado la Corte Constitucional en relación con la tradicional situación de marginalidad tanto de las comunidades negras como de los grupos indígenas. Así, en la sentencia T-422 de 1996, al examinar el caso de la exclusión de la participación de un representante de las comunidades negras en la Junta Distrital de Educación del Distrito de Santa Marta, la Corte afirmó que estos grupos étnicos “han sufrido en el pasado un trato vejatorio y (...) han sido objeto de **permanente expoliación y persecución**. La historia colombiana se ha fraguado tristemente a partir de la **violenta sustracción de tierras a los indígenas** y de la **expatriación obligada de los negros del África** que fueron arrancados de su suelo para laborar en tierras ajenas” (negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, como lo ha reconocido ya la Corte Constitucional, las comunidades negras se encuentran en una situación tradicional de marginalidad y vulnerabilidad similar a aquélla de las comunidades indígenas. Esta situación, aunada al carácter de minorías étnicas y culturales de unas y otras, justifica plenamente que las medidas estatales tendientes a proteger de manera especial sus derechos culturales y a garantizar con ello la permanencia de su diversidad sean aplicadas a ambos tipos de comunidades sin discriminación alguna. Esta exigencia se mantiene incluso cuando el tratamiento especial concedido a unas de esas comunidades busca desarrollar un derecho social de ejecución progresiva, por cuanto, como lo veremos a continuación, la satisfacción progresiva de estos derechos no puede ser discriminatoria bajo ninguna circunstancia.

1.3. Conclusión del cargo: vulneración del derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) de las comunidades negras y configuración de una omisión legislativa relativa

En virtud de los argumentos planteados a lo largo de esta sección, es posible concluir que las expresiones acusadas contenidas en los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001

⁴³ Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, “Hacia un Estado Comunitario”, disponible en http://www.dnp.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=736, citado por Grueso Castelblanco Libia Rosario, *op. cit.*, pg. 36.

son inconstitucionales, por cuanto vulneran el derecho fundamental a la igualdad (art. 13 de la C.P.) y el principio constitucional de igualdad y dignidad de todas las culturas (art. 70 de la C.P.). Como se mencionó en el primer acápite de esta sección, técnicamente, el cargo elevado contra las expresiones acusadas consiste en que las mismas delimitan erradamente a la población destinataria de los beneficios consagrados en la ley en cuestión, ya que sólo se refieren a los pueblos indígenas, excluyendo así a otras minorías étnicas como las comunidades negras que, como se demostró, se encuentran en una situación tanto normativa como fáctica idéntica a aquélla de los pueblos indígenas. En razón de esta situación idéntica, la exclusión de las comunidades negras como población destinataria de los beneficios de acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud consagrados en la Ley 691 de 2001 hace de esa medida una medida inadecuada y por ende discriminatoria, por el hecho de recurrir a una clasificación demasiado restrictiva de la población destinataria (*underinclusive statute*) de los beneficios para la protección de la diversidad cultural allí consagrados.

De conformidad con la abundante jurisprudencia constitucional sobre la materia, esta clasificación demasiado restrictiva de la población destinataria de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 cumple con los requisitos necesarios para la configuración de una omisión legislativa relativa. En efecto, según dicha jurisprudencia, la figura de la omisión legislativa tiene lugar

“cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente. Esta omisión puede ocurrir de varias maneras: a) cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa y (sic) tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial, exigido por la Constitución.

*En la primera hipótesis, corresponde a una omisión legislativa absoluta, pues no existe precepto alguno; en los demás casos, a una omisión legislativa relativa, porque si bien el legislador ha expedido la ley que desarrolla un deber constitucional, en ella **solamente ha regulado algunas situaciones dejando por fuera otros supuestos similares, con clara violación del principio de igualdad**” (negrilla fuera del texto original).⁴⁴*

Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión legislativa sólo procede cuando ésta es relativa, es decir, cuando la misma consiste en la existencia de un precepto jurídico concreto que resulta incompleto y que, por ende, es discriminatorio.⁴⁵ Según la jurisprudencia, una de las hipótesis en las cuales se considera configurada una omisión legislativa relativa consiste en que el precepto jurídico en cuestión desarrolla un deber constitucional, pero

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-067 de 1999, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

⁴⁵ Ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencias C- 073 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-146 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-402 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-562 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

al hacerlo excluye a un grupo de personas de los beneficios allí consagrados (ver el literal c de la cita precedente).

Tal es, precisamente, el caso de las expresiones acusadas de las normas demandadas que, como se ha mencionado en múltiples ocasiones a lo largo de este escrito, consagran una serie de beneficios en materia de salud para los pueblos indígenas y sus miembros, excluyendo de esa manera de los mismos a las comunidades afrodescendientes y sus integrantes. En efecto, como también se ha señalado ya varias veces, dichos beneficios desarrollan el importante deber constitucional del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.). Sin embargo, este desarrollo resulta incompleto, por cuanto excluye a algunas minorías étnicas y culturales que, como las comunidades negras, se encuentran en una situación idéntica que los pueblos indígenas, y por ello tienen derecho a ser cubiertas por la protección especial conferida a éstos por las medidas en cuestión. Esta exclusión resulta discriminatoria, dado que la misma no encuentra justificación en un principio de razón suficiente, requisito que ha sido identificado por la Corte Constitucional como necesario para la configuración de una omisión legislativa relativa.⁴⁶

La ausencia de justificación de la exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 fue plenamente probada en la sección anterior, en la cual se demostró que esas comunidades se encuentran en una situación tanto normativa como empírica idéntica que los pueblos indígenas de acuerdo al propósito de las medidas contenidas en la ley en cuestión, lo cual indica que unos y otros deben recibir un tratamiento igual por parte de tal ley, so pena de que tenga lugar una discriminación.

Ahora bien, al respecto podría argumentarse que el tratamiento discriminatorio de las comunidades negras frente a los pueblos indígenas se explica porque el derecho que busca satisfacer la Ley 691 de 2001 -la salud (art. 49 de la C.P.)- es un derecho social, que implica prestaciones y disponibilidad presupuestal y que no está incluido dentro de la lista de los derechos de aplicación inmediata que establece el artículo 85 de la C.P., por lo que su protección puede garantizarse con base en el principio de progresividad. De acuerdo con este principio, el Estado no tiene la obligación de garantizar todo el contenido de los derechos sociales de manera inmediata, sino que debe desplegar las acciones necesarias para alcanzar progresivamente su realización plena, sin retroceder en las garantías de protección ya logradas.

A primera vista, podría pensarse entonces que este principio justifica que los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 sólo tengan como destinatarios a los pueblos indígenas. En efecto, podría decirse que los beneficios ofrecidos por esta ley a los pueblos indígenas constituyen un primer paso en la protección especial del derecho a la salud (art. 49 de la C.P.) de minorías étnicas y/o de poblaciones vulnerables, que dicha protección podrá luego ser extendida a otras poblaciones, y que el legislador tiene discrecionalidad para decidir cuáles poblaciones deben recibir una protección prioritaria

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1043 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

en materia de salud. Desde esta perspectiva, podría entenderse que, como otras comunidades étnicas y como muchos miembros de poblaciones vulnerables, las comunidades afrocolombianas no sean aún beneficiarias de medidas especiales encaminadas a garantizar su acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud. De hecho, podría decirse que en el futuro el Estado desarrollará estrategias para garantizar progresivamente el acceso a y la participación en dicho sistema a todos esos grupos.

Aunque una argumentación como la anterior parece coherente, la misma carece de toda razonabilidad, puesto que el principio de progresividad no debe en ninguna circunstancia aplicarse de manera discriminatoria. Ello es así porque, a diferencia de los derechos sociales, el derecho fundamental a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.) es un derecho de aplicación inmediata, tal y como lo reconocen el artículo 85 de la C.P. y varios tratados internacionales vinculantes para el Estado colombiano.⁴⁷ Todos esos tratados explicitan la obligación de proteger sin discriminación los derechos que los mismos consagran, reconociendo así su efecto inmediato. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido más lejos en su interpretación de esta obligación, pues ha señalado que “*el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no-discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico*”⁴⁸ (negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en la satisfacción de los derechos humanos son obligaciones internacionales de efecto inmediato, que por su importancia incluso han llegado a ser consideradas obligaciones *erga omnes*. Y esto es así, con independencia del derecho humano del que se trate. En efecto, el principio de no discriminación es reconocido en tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales, tales como el Protocolo de San Salvador (art. 3), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –en adelante, PIDESC– (art. 2) y el varias veces mentado Convenio No. 169 de 1989 de la OIT (arts. 2 y 3). Esto demuestra que el principio de progresividad, con base en el cual todos estos tratados reconocen que pueden satisfacerse los derechos allí consagrados, no puede aplicarse de manera discriminatoria. Así lo establece explícitamente el artículo 24 del Convenio 169 de la OIT en relación con el derecho a la seguridad social, al disponer: “**Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna**” (negrilla fuera del texto original).

⁴⁷ Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2 y 26, la Convención Americana de los Derechos Humanos, art. 26, el Protocolo de San Salvador, art. 3, y el Convenio No. 169 de 1989 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, arts. 2 y 3.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18. 101 y 110.

De conformidad con lo anterior, es evidente que si bien los derechos sociales, y en particular los derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.), pueden ser protegidos por los Estados de manera progresiva, esta progresividad debe en todos los casos observar el derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.). Esto significa que una medida que otorga beneficios especiales para la satisfacción de dichos derechos sociales a una población determinada y que al hacerlo excluye a poblaciones que se encuentran en una situación idéntica de acuerdo al propósito de la medida no puede justificar ese tratamiento discriminatorio acudiendo al principio de progresividad.

Por todas las razones anteriores, no existe ninguna justificación razonable para que las comunidades afrodescendientes estén excluidas de los derechos y beneficios que en materia de seguridad social en salud otorga la Ley 691 de 2001 a los pueblos indígenas, dado que tales derechos y beneficios son concedidos en función de una situación tanto normativa como fáctica de los pueblos indígenas que comparten por completo las comunidades afrocolombianas. Por ello, aún cuando esas medidas buscan satisfacer el derecho a la salud (art. 49 de la C.P.), que puede ser protegido de manera progresiva, las mismas no pueden generar un tratamiento discriminatorio de las comunidades negras, por cuanto, reiteramos, la progresividad en la satisfacción del derecho a la salud no puede ser lesiva del derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.), que es un derecho fundamental de aplicación inmediata (art. 85 de la C.P.).

2. Violación de los derechos culturales de las comunidades afrocolombianas a la identidad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.), la autonomía (arts. 1, 7, 9 y 55 transitorio de la C.P.) y la existencia (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.), así como de los derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud de los integrantes de dichas comunidades por las expresiones acusadas contenidas en los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001, como resultado de la vulneración del derecho a la igualdad (arts. 13 y 70 de la C.P.)

La exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios y derechos consagrados en la Ley 691 de 2001 genera la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas de los artículos 1 al 30 de la misma no sólo por la flagrante violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación (arts. 13 y 70 de la C.P.), sino porque la violación de este derecho implica asimismo la vulneración de una serie de derechos ostentados tanto por las comunidades afrocolombianas como por sus miembros.

Así, en primer lugar, la exclusión de las comunidades afrodescendientes de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 en materia de acceso especial a y de participación en el sistema de seguridad social en salud conduce a la vulneración de los derechos culturales de las comunidades afrodescendientes a la identidad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.) y a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), así como del componente de adecuación cultural del derecho a la salud (arts.

49 de la C.P.) de sus integrantes, por cuanto impide que los servicios de salud incluyan los acercamientos tradicionales de esas comunidades a la medicina, la curación, la salud y la enfermedad (2.1.).

En segundo lugar, esa misma exclusión de las comunidades afrocolombianas de la posibilidad de participar en el sistema de seguridad social en salud implica una violación de sus derechos a la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.) y a la autonomía (arts. 1, 7, 9 y 55 transitorio de la C.P.), pues impide que participen en la toma de decisiones en materia de salud y que, al hacerlo, definan autónomamente su propio destino (2.2.).

En tercer y último lugar, la exclusión de las comunidades negras de los beneficios y derechos consagrados en la Ley 691 de 2001 encaminados a garantizar el acceso efectivo al sistema de seguridad social en salud atenta contra los derechos de los miembros de esas comunidades a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.), a la vez que amenaza el derecho de dichas comunidades a subsistir como cultura minoritaria (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.) (2.3.).

A continuación desarrollamos cada uno de los anteriores cargos en detalle.

2.1. Violación de los derechos de las comunidades afrocolombianas a la identidad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.) y a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), y del derecho a la salud (arts. 49 de la C.P.) de sus integrantes, por la exclusión de dichas comunidades de la participación en el sistema de seguridad social en salud consagrada en la Ley 691 de 2001

La primera vulneración de derechos de las comunidades afrocolombianas y sus integrantes que surge de la violación de su derecho a la igualdad y a la no discriminación (arts. 13 y 70 de la C.P.) se relaciona con el hecho de que su exclusión de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 en materia de acceso especial a y de participación en el sistema de seguridad social en salud impide que las comunidades afrocolombianas reciban y ofrezcan servicios de salud acordes a sus acercamientos tradicionales a la medicina, la curación, la salud y la enfermedad. En efecto, el artículo 21 de la Ley 691 de 2001 consagra el siguiente beneficio especial de acceso a la salud para las comunidades indígenas:

“ARTÍCULO 21. DE LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN.

Los planes y programas de servicios de salud aplicables a los Pueblos Indígenas, tendrán en consideración el saber y las prácticas indígenas, basados en los criterios del pluralismo médico, complementariedad terapéutica e interculturalidad. De esta manera, las acciones en salud deberán respetar los contextos socioculturales particularidades (sic) y por tanto, incluirán actividades y procedimientos de medicina tradicional indígena, en procura del fortalecimiento de la integridad cultural de los Pueblos Indígenas” (negrilla fuera del texto original).

Además, la participación de las comunidades indígenas en la administración, prestación, toma de decisiones y control de los servicios del sistema de seguridad social en salud prevista en los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 25 y 26 de la Ley 691 de 2001 permite que dichas comunidades puedan garantizar el efectivo cumplimiento de la norma antes trascrita, tanto incluyendo ellas mismas el saber y las prácticas medicinales tradicionales en la prestación de los servicios a su cargo, como vigilando y controlando que los servicios prestados por terceros en sus territorios los incluyan, y por ende garanticen la preservación y fortalecimiento de su identidad e integridad cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.).

Como lo veremos a continuación, la exclusión de las comunidades afrodescendientes del beneficio especial consagrado en el artículo 21 de la Ley 691 de 2001 y hecho posible a través de los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 25 y 26 de la misma ley vulnera tanto los derechos a la identidad cultural y a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.) de dichas comunidades (2.1.1.), como el componente de adecuación cultural del derecho a la salud (arts. 49 y 93 de la C.P.) de sus integrantes (2.1.2.).

2.1.1. Vulneración de los derechos a la identidad cultural y a la integridad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio) de las comunidades afrocolombianas

Como lo mencionamos en el cargo anterior de esta demanda, los derechos culturales a la identidad cultural y a la integridad cultural y social de las minorías étnicas se fundamentan en los principios de pluralismo y de diversidad étnica y cultural consagrados en los artículos 1 y 7 de la Constitución y, de conformidad con el Convenio No. 169 de la OIT y con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, las comunidades afrocolombianas son titulares de dichos derechos.

La Corte Constitucional ha definido el derecho a la identidad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la CP C.P.) de la siguiente manera:

*“El derecho a la identidad cultural, como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y por lo tanto un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios”*⁴⁹ (negrilla fuera del texto original).

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005.

Así pues, el derecho a la identidad cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.), que es predicable tanto de las comunidades étnicas como de sus integrantes, permite que unas y otros puedan expresarse y regir sus destinos de conformidad con sus valores culturales y sus visiones de mundo. La existencia e importancia de este derecho se justifica por el hecho de que las minorías étnicas conservan su carácter de grupo distinto justamente porque comparten una identidad cultural particular, compuesta por todas sus creencias, prácticas y conocimientos tradicionales, que constituyen su patrimonio cultural tangible o intangible (arts. 8 y 72 de la C.P.). Por consiguiente, de la protección de esta identidad cultural depende, en buena medida, que las minorías étnicas subsistan como tales.

En estrecha relación con lo anterior, según la Corte Constitucional, el derecho a la integridad cultural y social de las comunidades étnicas (arts. 1 y 7 de la C.P.) consiste, por su parte, en “**la protección de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social**”⁵⁰ (negrilla fuera del texto original). Así pues, se trata de un derecho que protege todas aquellas características que permiten a los grupos minoritarios continuar existiendo a través del tiempo como tales, evitando el desmembramiento y la dilución de su identidad cultural. En esa medida, el derecho a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 de la C.P.) aboga por que la identidad cultural de las minorías étnicas sea mantenida, no sólo con el fin de garantizar el derecho de éstas y de sus miembros a expresarse y autodeterminarse de conformidad con sus cosmovisiones, sino también con el fin de lograr que dichas comunidades se mantengan como grupos étnica y culturalmente diversos.

Los derechos culturales a la identidad cultural y a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.) previamente definidos resultan vulnerados como resultado de la exclusión de las comunidades negras de los beneficios consagrados en el artículo 21 de la Ley 691 de 2001, y garantizados a través de los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 25 y 26 de dicha ley, relativos a la garantía de inclusión y respeto de los conocimientos y prácticas medicinales tradicionales en el sistema de seguridad social en salud. En efecto, con motivo de dicha exclusión, no existe ninguna garantía para que, tal y como sucede con los pueblos indígenas, los conocimientos y prácticas de medicina tradicional de las comunidades negras sean incluidos en los planes y programas de salud dirigidos a sus miembros y respetados por las actividades y procedimientos de salud a ellos ofrecidos. Esta situación genera una violación de los derechos culturales de las comunidades afrodescendientes a la identidad cultural y a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), por cuanto dichos conocimientos y prácticas de medicina tradicional constituyen una expresión importante de su identidad cultural, y su protección, mantenimiento y fortalecimiento contribuyen a la preservación de su cohesión social como grupos minoritarios.

En efecto, una parte importante del acervo cultural que por lo general caracteriza a los pueblos indígenas y tribales consiste en su forma particular de comprender la salud y la enfermedad y, de conformidad con ello, de concebir y practicar la medicina. En el caso de las comunidades afrocolombianas, el abordaje particular de esos asuntos conjuga

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997.

prácticas ancestrales heredadas generación tras generación con un acercamiento particular y único al entorno que las rodea.

Así, como lo señala la antropóloga Luz Adriana Maya, los acercamientos tradicionales a la salud de los afrocolombianos provienen de su pasado remoto de esclavitud e incluso conservan vínculos culturales con sus ancestros africanos. En palabras de la antropóloga, los africanos venidos como esclavos “transmitieron a sus hijos criollos y mulatos los saberes relacionados con el mundo vegetal y con la enfermedad y (...) estos afrodescendientes también sobresalieron en las artes de la curación”.⁵¹ Al respecto, la experta añade:

“Dentro de la visión sagrada de lo real, los africanos conciben el universo como una totalidad constituida por circuitos de relaciones ininterrumpidas, en los cuales circulan energías calientes y frías, positivas y negativas, fuertes y débiles. Esta concepción permaneció no sólo entre los africanos recién llegados a la Nueva Granada y al Caribe insular, sino que fue transmitida de generación en generación a sus hijos e hijas ya nacidos en América. Ella dio lugar a una taxonomía interactiva de los opuestos, la cual originó técnicas y prácticas curativas de clara ascendencia africana, entre las cuales valdría destacar la yoruba”⁵² (negrilla fuera del original).

Los aportes que hicieron las culturas africanas en materia de botánica y medicina han permitido que los saberes y prácticas tradicionales de las comunidades afrocolombianas conserven a lo largo de los siglos particularidades que los distinguen del acercamiento hegemónico a la medicina propio de la sociedad mayoritaria. A pesar de tener orígenes remotos comunes, estos saberes y prácticas tradicionales son distintos en las diferentes comunidades afrodescendientes que existen en el país, por lo cual no es posible demostrar su existencia haciendo referencia a sólo una de dichas comunidades, y hacer referencia a todas esas comunidades requiere de un ejercicio antropológico que rebosa en mucho el alcance de esta demanda. Por esa razón, a continuación nos referimos a los conocimientos y prácticas tradicionales de las comunidades negras del Pacífico colombiano, con el fin de ofrecer un ejemplo de conocimientos y prácticas afrocolombianos que son diversos de aquéllos propios de la sociedad mayoritaria, pero sin ánimo alguno de pretender con ello ilustrar el acercamiento a la salud y a la medicina de todas las comunidades afrocolombianas, ni menos aún de sugerir que las comunidades del Pacífico son las únicas minorías étnicas afrodescendientes en el país. Éste es, en efecto, uno de entre muchos ejemplos que ilustran la existencia de conocimientos y prácticas medicinales tradicionales propios de las comunidades afrodescendientes del país.

Entre las comunidades afrodescendientes del litoral del Pacífico colombiano, el acercamiento tradicional a la medicina incluye varios aspectos que distinguen sus prácticas relacionadas con la salud, la enfermedad y la curación de las prácticas medicinales de la población mayoritaria. En primer lugar, esas prácticas se caracterizan

⁵¹ Maya Restrepo, Luz Adriana. 2000. “Botánica y medicina africanas en la Nueva Granada, siglo XVII”, *Historia Crítica* No. 19, enero-junio, pg. 26.

⁵² *Ibid.*, pg. 37.

por estar fuertemente ligadas al uso de las plantas, silvestres o cultivadas, para elaborar preparados, ungüentos y remedios. En segundo lugar, dichas prácticas incluyen una dimensión espiritual que abarca la enfermedad (se puede estar enfermo del cuerpo y/o del espíritu), la curación (hay que curar el alma y el cuerpo), los elementos curativos (las plantas tienen un aspecto material y otro espiritual), y las personas que curan (quienes deben tener el espíritu en disposición para curar). En tercer y último lugar, las prácticas medicinales de estas comunidades se basan en el reconocimiento de autoridades tradicionales al interior de la comunidad, que son conocedoras de los usos de las plantas y de las técnicas curativas y que transmiten su saber de generación en generación.

En cuanto a lo primero, las prácticas medicinales tradicionales de las comunidades afrodescendientes del Pacífico encuentran su fundamento principal en la transmisión de generación en generación de conocimientos ancestrales principalmente relacionados con el uso de la botánica y con el acercamiento al entorno natural que las rodea. Según las antropólogas Paola García y Juanita Chávez, esas comunidades

*“se relacionan en la vida diaria con las plantas y animales en diferentes espacios o lugares. (...) En el monte [recolectan], tinturas vegetales, gomas y resinas, mieles y numerosas **plantas medicinales** necesarias para las botellas curadas y para preservar la salud de las personas. (...) En los cultivos, colinos o fincas, las comunidades **aplican los conocimientos heredados desde la antigüedad para cultivar plantas necesarias para la alimentación, la salud y la vivienda**”⁵³ (negrilla fuera del texto original).*

El conocimiento de las plantas y sus usos, que generalmente está en cabeza de los sabios, conocedores, curanderos, sobanderos, yerbateros, parteras o comadronas de las comunidades, empieza por la identificación de las plantas silvestres del monte y de sus propiedades medicinales. Algunas de las plantas son silvestres y se encuentran en los “monteos” (recorridos del territorio de la comunidad de donde se extraen las plantas necesarias para la curación); otras, una vez encontradas en el monte, se trasplantan a las zoteas⁵⁴ y huertas, para luego servirse de ellas en el entorno doméstico. Una vez identificadas las plantas, los mayores y conocedores de las mismas hacen preparados en *botellas curadas*, ungüentos y mezclas de plantas con efectos medicinales.⁵⁵

Algunas de las plantas usadas comúnmente entre las comunidades del litoral pacífico son: la suelda consuelda, que sirve para curar la diarrea; el jengibre o la zarzaparrilla,

⁵³ García, Paola y Chávez, Juanita. 2006. “Cuaderno 0: Consideraciones generales”, en *Conocimiento ancestral y Biodiversidad. Materiales de trabajo para organizaciones y comunidades negras*. Bogotá, Cali, Buenaventura: Instituto Alexander von Humboldt, WWF Colombia y Palenque El Congal, pg. 19.

⁵⁴ La zotea es “una plataforma construida con tablas levantada sobre horcones que sirven para sostenerla y proteger las plantas de los animales y la marea. En la zotea las plantas se pueden sembrar en ollas y cajas. Generalmente en ésta se siembran plantas medicinales y alimenticias”. Ver Sánchez, Enrique y Cárdenas, Claudia. 2007. *Nuestras plantas. Uso de las plantas en el territorio colectivo de los ríos Raposo y Mayorquín*. Palenque: El Congal del Proceso de Comunidades Negras –PCN, Instituto Alexander von Humboldt, WWF Colombia, Fundación Ecotrópico Colombia, pg. 39.

⁵⁵ García, Paola y Chávez, Juanita. 2006, Cuadernos 0 al 4, en *Conocimiento ancestral y Biodiversidad, ob. cit.*; Sánchez y Cárdenas, *ob. cit.*

cuyas raíces tienen efectos curativos; la moradilla que sirve para curar las andanas o nacidos y también el dolor de cabeza; las hojas del mango que curan la tos; el sauco que cura el asma y enfermedades del hígado; las hojas de aguacate, que se usan para controlar problemas de menstruación (pero que no se pueden usar durante el embarazo, porque pueden favorecer el aborto).⁵⁶ También se usan las hojas de la escubilla, la pringamosa, el limoncillo y la malcarrosa; las flores del botoncillo amarillo y la caléndula, y los frutos del limón y la lima, entre otros.⁵⁷

En cuanto a lo segundo, para las comunidades negras del pacífico colombiano, la enfermedad y la salud son conceptos que no están únicamente relacionados con el cuerpo físico, sino que trascienden al campo espiritual, que debe ser a su vez objeto de las curaciones especiales que se preparan gracias al conocimiento de las plantas y sus diversos usos. La dimensión espiritual se manifiesta en todos los componentes de la actividad medicinal: en el enfermo, en la planta y en el médico o curandero. Así lo ilustra el siguiente comentario de un sabio perteneciente a una comunidad afrodescendiente del pacífico:

“En la medicina tradicional de las comunidades del Pacífico, las plantas no solo tienen principios activos, sino también principios espirituales que ayudan a curar. Por ejemplo, las botellas curadas son ‘Preparados’ hechos con ‘Plantas de Conocimiento’, como los guacos, que fortalecen el cuerpo; pero para su elaboración se necesitan conocimientos especializados y una buena disposición espiritual. ‘Cuando se trabaja con las plantas hay que tener el espíritu limpio para no hacer daño’ ”⁵⁸ (negrilla fuera del texto original).

La importancia de la dimensión espiritual en la aproximación tradicional de las comunidades negras del Pacífico a la salud también se ve reflejada en el Código de Régimen Interno del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de la Ensenada de Málaga y su Territorio Colectivo, cuyo artículo 35 expresa:

“Artículo 35. De las autoridades espirituales en el territorio. Reconocemos, validamos y colectivamente recuperamos los conocimientos ancestrales que en nuestro territorio nos han permitido, con base en nuestros recursos espirituales y ambientales, sanar las enfermedades de nuestros cuerpos y nuestras almas. Por ello, reconocemos la importancia y autoridad especial de nuestras comadronas, curanderos, sobanderos y demás sabios y conocedores espirituales de nuestro territorio, los cuales articularemos a las distintas estrategias y programas sociales de salud y enseñanza que se desarrollen”⁵⁹ (negrilla fuera del texto original).

En cuanto a lo tercero, tal y como lo demuestra el texto antes citado, el reconocimiento de autoridades especiales en materia de salud hace parte fundamental del acercamiento

⁵⁶ Sánchez y Cárdenas, *ob. cit.* pg. 54-55.

⁵⁷ *Ibid.*, pg. 26-33. Para una lista detallada de plantas y sus usos medicinales, ver Sánchez, y Cárdenas, *ob. cit.* pg. 66-81.

⁵⁸ Sánchez y Cárdenas, *ob. cit.*, pg. 53.

⁵⁹ Citado en: García, Paola y Chávez, Juanita. 2006. “Cuaderno 3: Cómo se protege el conocimiento ancestral”, en *Conocimiento ancestral y Biodiversidad*, *ob. cit.*, pg. 14.

de las comunidades negras del Pacífico a la medicina, la curación y la enfermedad. En estas comunidades, es usual que curanderos, sabedores, yerbateros, comadronas y parteras ocupen el lugar del médico tradicional.⁶⁰ Cada cual con su especialidad, estas personas conocen el uso de las plantas medicinales y de las prácticas necesarias para la curación del cuerpo y del espíritu de los integrantes de la comunidad.⁶¹ Y esos conocimientos son transmitidos por esas personas a los más jóvenes a través de la experiencia, conservando así el saber ancestral sobre las prácticas medicinales tradicionales. Así lo ilustra el siguiente fragmento:

*“Otro ejemplo es el de doña Eleuteria que es curandera. Ella conoce muchas plantas y usos, entonces los hijos van con ella al monte y traen las plantas para hacer que éstas se reproduzcan en la azotea. De esta manera conocen las plantas, bejucos y yerbas y sus usos. Luego en casa, doña Eleuteria muestra cómo se preparan las plantas y cómo se consumen. Un elemento clave en este sistema es que es vivencial y que precisa de mucha observación: ‘Doña Eleuteria preparando el remedio y los hijos mirando’ y así, en la vida de cada día, se van asimilando los conocimientos”.*⁶²

Todo lo anterior muestra que los conocimientos y prácticas tradicionales en materia de medicina de comunidades afrocolombianas como las del Pacífico forman parte fundamental de su identidad cultural. Y permiten preservar su integridad cultural y social. En efecto, dichos conocimientos y prácticas tradicionales expresan formas específicas de comprender la naturaleza y el cuerpo humano, creencias particulares sobre los poderes de curación y su alcance espiritual, y normas sociales determinadas sobre las autoridades en materia de salud y sobre las formas de transmitir sus conocimientos. Igualmente, a través de dichos conocimientos y prácticas tradicionales, las comunidades negras se distinguen de la sociedad mayoritaria y de otros grupos sociales. Por esas razones, la protección de los conocimientos y prácticas tradicionales de las comunidades negras en materia de medicina resulta fundamental no sólo para que dichas comunidades y sus integrantes puedan seguir expresándose y autodeterminándose de conformidad con sus visiones particulares de mundo -derecho a la identidad cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.)-, sino también para que dichas comunidades preserven uno de los elementos culturales que mantienen su carácter de grupos étnicos y culturales distintos –derecho a la integridad social y cultural (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C-P.)-.

Justamente por lo anterior es que los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 consistentes en la inclusión de los conocimientos y prácticas medicinales tradicionales de las comunidades étnicas en los programas y planes de salud destinados a sus miembros (art. 21 de la Ley 691 de 2001) y en la posibilidad de garantizar dicha inclusión a través de su participación en el sistema de seguridad social en salud (arts. 13, 14, 15, 18, 22, 25 y 26 de la Ley 691 de 2001) son de vital importancia para la

⁶⁰ García y Chávez,, Cuaderno 0 al 4, *ob. cit.*

⁶¹ *Ibid.*.

⁶² García, Paola y Chávez, Juanita (2006), “Cuaderno 1: Conceptos básicos”, en *Conocimiento ancestral y Biodiversidad. Materiales de trabajo para organizaciones y comunidades negras*. Bogotá, Cali, Buenaventura: Instituto Alexander von Humboldt, WWF Colombia y Palenque El Congal, pg. 45

preservación de la identidad cultural y de la integridad cultural y social de dichas comunidades (arts. 1 y 7). Y justamente por ello también es que la exclusión de las comunidades afrocolombianas de dichos beneficios acarrea una violación de aquellos derechos culturales, de los cuales son titulares estas comunidades.

2.1.2. Vulneración del derecho a la salud (arts. 49 y 93 de la C.P.), en su componente de adecuación cultural, de los integrantes de las comunidades afrocolombianas

La exclusión de las comunidades afrocolombianas del beneficio especial consagrado en el artículo 21 de la Ley 691 de 2001 y garantizado a través de los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 25 y 26 de dicha ley no sólo genera la vulneración de los derechos culturales de dichas comunidades a la identidad cultural y a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.). Tal exclusión genera asimismo la violación del derecho a la salud (art. 49 de la C.P.) de los integrantes de esas comunidades, por cuanto impide que éstos reciban servicios de salud acordes las particularidades de su cultura, lo cual va en contra de la característica de adecuación cultural con la que debe cumplir el derecho a la salud, de conformidad con los estándares internacionales existentes en la materia (art. 93 de la C.P.).

Al interpretar el artículo 12 del PIDESC –tratado internacional que fue ratificado por el Estado colombiano⁶³ y que por ende forma parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la C.P.)-, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) dispuso en su Observación General No. 14 que la adecuada satisfacción del derecho a la salud exige que éste cuente –entre otros- con el atributo de adecuación cultural. Este atributo consiste en que los servicios de salud sean “**apropiados desde el punto de vista cultural**” (negrilla fuera del original), lo cual significa que los mismos deben “**tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales**” (negrilla fuera del original) de los pueblos indígenas y tribales.⁶⁴ Según el Comité DESC, el atributo de adecuación cultural del derecho a la salud implica –entre otras- la obligación de los Estados de brindar los recursos necesarios para que dichas comunidades étnicas “**establezcan, organicen y controlen esos servicios** de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental”⁶⁵ (negrilla fuera del original).

⁶³ Mediante la ley 74 de 1968.

⁶⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 de 2000, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, disponible en: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2002. *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos. Observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Si bien el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 2 del propio PIDESC, lo allí expresado debe extenderse a las comunidades afrocolombianas en tanto que pueblos tribales, en virtud del principio de igualdad y de no discriminación.

⁶⁵ *Ibid...*

Así las cosas, de acuerdo con el intérprete autorizado del PIDESC, para los Estados Parte de dicho tratado que tienen comunidades indígenas y tribales en sus territorios, la obligación de prestar un adecuado servicio de salud implica mucho más que el simple hecho de afiliar a sus miembros al sistema de seguridad social en salud. En efecto, entre otras cosas, es necesario que el sistema de salud incluya dentro de sus servicios las prácticas y los acercamientos tradicionales que los grupos étnicos tienen frente a la salud, lo cual no se puede lograr sin la participación activa de dichos grupos en la prestación del servicio.

De lo anterior se desprende que, de conformidad con los estándares internacionales en la materia, el no otorgamiento a las comunidades afrocolombianas del beneficio consistente en incluir sus conocimientos y prácticas medicinales en los programas y planes de salud (art. 21 de la Ley 691 de 2001) y en garantizar su participación en dichos servicios (arts. 13, 14, 15, 18, 22, 25 y 26 de la Ley 691 de 2001) vulnera el derecho a la salud (arts. 49 y 93 de la C.P.) –en su componente de adecuación cultural– de los integrantes de esas comunidades.

Para sustentar la anterior conclusión, es preciso hacer referencia a la naturaleza que tienen los estándares internacionales en cuestión en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de demostrar que los mismos son aplicables al caso bajo estudio. Según el artículo 93 de la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia tienen rango constitucional, lo cual significa que debe entenderse que el PIDESC, incluido su artículo 12, forma parte de la Constitución. Y, teniendo en cuenta que el Comité DESC es el órgano oficialmente encargado de interpretar el PIDESC, sus Observaciones Generales en materia del derecho a la salud deberían ser consideradas con especial seriedad por la Corte Constitucional, pues representan un criterio hermenéutico relevante para determinar el contenido y el alcance concreto del derecho constitucional a la salud (art. 49 de la C.P.), si no es que constituyen incluso una pauta vinculante, como lo ha reconocido la Corte en reiterada jurisprudencia.

El Comité DESC está conformado por expertos independientes, razón por la cual debe ser considerado un organismo semijudicial de supervisión del PIDESC, cuyos criterios merecen especial respeto, conforme a la doctrina internacional más autorizada en la materia. Así, el profesor Daniel O'Donnell⁶⁶ destaca (i) que los pronunciamientos de los órganos cuasi-jurisdiccionales⁶⁷, por regla general, tienen mayor valor vinculante que aquéllos de los órganos que carecen de este carácter; (ii) que la naturaleza de la

⁶⁶ Daniel O'Donnell. 2004. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁶⁷ O'Donnell precisa que son órganos cuasi-jurisdiccionales aquéllos que poseen algunos de los atributos de un tribunal, pero no todos. Los elementos comunes que comparten con los tribunales son: a) su competencia está definida por un tratado y/o un estatuto aprobado por una organización internacional; b) son permanentes, autónomos y dotados de garantías de independencia, y c) sus decisiones se basan en el derecho internacional y son decisiones fundadas. La característica que les distingue de los tribunales es que la obligatoriedad de sus decisiones no está consagrada por un instrumento. *Ibid.*, pp. 50-52.

competencia ejercida por el órgano al adoptar un pronunciamiento específico también influye en el valor jurídico de éste; (iii) que tiene relevancia la composición de la fuente, en particular frente al sistema universal de protección y (iv) que debe analizarse la intención manifestada por el órgano al formular una observación.⁶⁸ En el caso de las Observaciones Generales del Comité DESC en materia del derecho a la salud, es evidente que dicho comité actúa como un órgano semijudicial, que sus observaciones interpretan el PIDESC ratificado por Colombia, y que éstas son producidas con la clara intención de que sean observadas por los Estados parte, entre ellos el Estado colombiano. Por esa razón, a tales Observaciones debe reconocérseles una máxima autoridad jurídica, tanto en el plano internacional como en el plano interno.

De otro lado, dado que el PIDESC hace parte del bloque de constitucionalidad conforme al mandato del artículo 93 de la Carta, los criterios jurisprudenciales establecidos por su órgano principal de control son al menos una pauta relevante que merece especial respeto, si es que no debe ser considerada vinculante. Esto es así por una razón clara: si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos, los mismos deben ser interpretados de conformidad con la interpretación que de esos tratados hacen los órganos autorizados a nivel internacional.⁶⁹ Así lo ha señalado la Corte Constitucional expresamente:

“... como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁷⁰ (negrilla fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, las observaciones y recomendaciones de los órganos internacionales encargados de llevar a cabo la interpretación autorizada de los tratados constituyen como mínimo una pauta hermenéuticamente relevante para la interpretación de los derechos constitucionales. Esto significa que, para el caso que nos ocupa, la Observación General No. 14 del Comité DESC debería ser considerada como un criterio interpretativo de la mayor relevancia para evaluar la constitucionalidad de las expresiones acusadas en lo referente al cargo de violación del derecho a la salud (art. 49 de la C.P.).

⁶⁸ Para O’Donnell, “(c)on frecuencia, los pronunciamientos de los órganos internacionales competentes formulados en forma condicional o programática evidencian un proceso de construcción de una interpretación que todavía no reúne el consenso necesario para su adopción en cuanto interpretación autorizada. En otras oportunidades, la intención es claramente llamar la atención del Estado sobre medidas que son útiles y valiosas, sin pretender que sean obligatorias para todos los Estados”, *Ibid.*, p. 54.

⁶⁹ Ver al respecto las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y T-827 de 2004.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000.

2.2. Violación de los derechos de las comunidades afrocolombianas a la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.) y a la autonomía (arts. 1, 9 y 55 transitorio de la C.P.), por su exclusión de la participación en el sistema de seguridad social en salud consagrada en la Ley 691 de 2001

Además de vulnerar los derechos a la identidad cultural y a la integridad cultural de las comunidades negras (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), y el derecho de sus integrantes a la salud (arts. 49 y 93 de la C.P.), la exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001, y en particular de los beneficios relativos a la participación en el sistema de seguridad social en salud (arts. 13, 14, 15, 18, 22, 25 y 26 de la Ley 691 de 2001), implica una violación de los derechos de las minorías étnicas a participar en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.) y a la autonomía (arts. 1, 7, 9 y 55 transitorio de la C.P.).

El derecho de las minorías étnicas a participar en las decisiones que les conciernen encuentra amplio fundamento constitucional en la conjugación de las disposiciones que consagran el principio de diversidad étnica y cultural (arts. 1, 7) y de las normas que se refieren al derecho a la participación política (art. 40 de la C.P.) y al derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa (art. 330 (parágrafo) de la C.P.). Sin embargo, este derecho encuentra un fundamento especialmente sólido en el Convenio No. 169 de la OIT -parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del artículo 93 de la Carta⁷¹, que lo consagra explícitamente y que señala algunas de las materias en las cuales ese derecho es aplicable y su protección resulta necesaria para la satisfacción de otros derechos.

Ese fundamento tanto constitucional como internacional ha sido reconocido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“(e)ste derecho de los indígenas a participar en aspectos que tiene que ver con su población y su territorio se liga al derecho a la identidad como etnia porque tiene relación con la supervivencia cultural, y encuentra su fundamento en las normas de la Constitución antes citadas y en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9° de la Carta Política y en el artículo 1° del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. Y específicamente está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991, Convenio que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano (art. 93 C.P.)”⁷²(negrilla fuera del texto original).

El Convenio No. 169 de la OIT consagra el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en las decisiones que los conciernen en varios artículos. Así, en sus consideraciones iniciales, el Convenio reconoce “las **aspiraciones de esos pueblos a**

⁷¹ Para el reconocimiento de la Corte Constitucional de la pertenencia del Convenio No. 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad, ver Corte Constitucional, sentencia T-636 de 1999.

⁷² Corte Constitucional, sentencia T-636 de 1999, citada en la sentencia T-723 de 2003.

asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (negrilla fuera del texto original). Más adelante, el artículo 2° del instrumento internacional establece que “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, **con la participación de los pueblos interesados**, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (negrilla fuera del texto original).

En el numeral 1°, literal b del artículo 6°, el Convenio de la OIT formula con toda claridad este derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo), 55 transitorio de la C.P.), diciendo:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(...)

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (negrilla fuera del original).

Como lo dispone claramente la norma internacional antes trascrita, el criterio para determinar cuándo resulta obligatorio garantizar la participación de los pueblos indígenas y tribales en la toma de decisiones es que las mismas les conciernan. Ello, conjugado con las consideraciones iniciales del Convenio según las cuales se reconocen las aspiraciones de dichos pueblos a controlar sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, significa que en todos los asuntos que afecten de cierta manera alguno de estos ámbitos deberán participar los pueblos indígenas y tribales. Esto fue reconocido explícitamente por la Corte Constitucional en la reciente sentencia C-030 de 2008, que declaró la inconstitucionalidad de la ley forestal por el hecho de que su contenido no fue consultado previamente a las minorías étnicas del país.

Sin lugar a dudas, uno de esos asuntos es el acceso a y la administración, prestación y control del sistema de seguridad social en salud que ha de funcionar en los territorios de esos pueblos. La salud es, en efecto, uno de los temas determinantes para los pueblos indígenas y tribales. Como lo vimos en el acápite anterior, en el caso de las comunidades afrocolombianas –como también sucede en el caso de las comunidades indígenas del país-, los acercamientos a la salud y a la medicina constituyen uno de los elementos que expresan las particularidades de esas comunidades y de sus formas de vida, y que por ende definen su identidad cultural y garantizan su integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.). Asimismo, como lo veremos en el siguiente acápite, el acceso adecuado y universal de los integrantes de dichas comunidades a la salud resulta indispensable para garantizar no sólo la calidad de vida de sus integrantes, sino también la supervivencia de esas comunidades como minorías étnicas diferenciadas

(arts. 1, 7, 11 y 12 de la C.P.). Esto último, así como la manera en que se desarrolle la prestación de los servicios de salud en los territorios de esas comunidades –con o sin su participación-, puede además influir en el desarrollo económico de las mismas.

Así pues, la salud constituye un asunto de vital importancia para los pueblos indígenas y tribales. De ahí que el Convenio No. 169 de la OIT haya consagrado explícitamente la obligación de los Estados de garantizar la participación de dichos pueblos en la planeación y administración de los servicios de salud, así como la importancia de su participación en la organización y prestación de los mismos en los casos en los cuales los Estados no pongan a su disposición servicios adecuados. Según el artículo 25 del Convenio,

“Artículo 25

*1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o **proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control**, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.*

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país”(subraya y negrilla fuera del texto original).

De manera concordante, el Comité DESC, intérprete autorizado del PIDESC, ha establecido que la garantía adecuada del derecho a la salud -consagrado en el artículo 12 de ese pacto internacional- implica la obligación de los Estados de brindar los recursos necesarios para que los pueblos indígenas y tribales participen directamente en los servicios de salud, y en particular **“establezcan, organicen y controlen esos servicios** de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental”.⁷³

Por las razones previamente esgrimidas, es posible concluir que existe un mandato constitucional –fundado en el Convenio No. 169 de la OIT y en el PIDESC, que forman parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la C.P.), así como en los artículos 1, 7, 40 y 330 (parágrafo) de la Constitución- de garantía y protección del derechos de las comunidades étnicas a participar en las decisiones sobre los asuntos que les conciernen, y que dicho mandato abarca específicamente las decisiones en materia de salud.

La anterior conclusión se ve reforzada por el hecho de que la garantía del derecho de las comunidades étnicas a participar en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93

⁷³ Comité DESC, *ob. cit.*.

y 330 (parágrafo) de la C.P.) resulta determinante para garantizar, a su vez, el derecho a la autonomía (arts. 1, 7, 9, 93 de la C.P.) de dichas comunidades cuando esas decisiones resultan determinantes para encausar su propio destino.

El derecho de las comunidades étnicas a la autonomía o a la libre determinación encuentra sustento en las disposiciones constitucionales en materia de diversidad étnica y cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.), y particularmente en el artículo 9 Superior, que consagra el principio de la autodeterminación de los pueblos, y en el Convenio No. 169 de la OIT. La autonomía consiste esencialmente en el derecho de las comunidades étnicas a regir sus destinos según su propia voluntad, lo cual implica su derecho a participar en las decisiones que resultan determinantes para ese propósito. La Corte Constitucional ha reconocido la importancia de este derecho de la siguiente manera:

“Así pues, puede concluirse que la autonomía de que gozan las comunidades indígenas cumple una importante función instrumental, puesto que les permite tomar parte activa en la definición de su propio destino, haciendo igualmente efectivos sus derechos fundamentales, como sujeto colectivo, con miras a fortalecer y preservar su integridad y diversidad étnica y cultural”⁷⁴
(negrilla fuera del texto).

Para la Corte Constitucional, la importancia del derecho a la autonomía no radica únicamente en el hecho de que el mismo permite que las comunidades étnicas se autodeterminen, sino además en que el ejercicio de tal derecho permite a esas comunidades hacer efectivos sus derechos fundamentales de acuerdo con sus propias creencias y prácticas culturales, constituyendo así una herramienta para la preservación y el fortalecimiento de su identidad cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.) y de las prácticas tradicionales distintas de las del resto de la población, prácticas que son fundamentales para garantizar el derecho a la integridad cultural y social (arts. 1 y 7 de la C.P.). En ese sentido, según la jurisprudencia constitucional, el derecho a la autonomía (arts. 1, 7, 9, 93 de la C.P.) es un derecho habilitante, esto es, un derecho a través de cuyo ejercicio se garantizan otros derechos.

Además de su fundamento constitucional y de su desarrollo jurisprudencial, el derecho a la autonomía o a la libre determinación de las minorías étnicas (arts. 1, 7, 9, 93 de la C.P.) se encuentra consagrado en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, a cuyo tenor:

“Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-379 de 2003.

global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento” (subraya y negrilla fuera del texto original).

Como resulta evidente en el texto anterior, el derecho a la autonomía (arts. 1, 7, 9, 93 de la C.P.) consiste esencialmente en el derecho de las comunidades étnicas a decidir libremente sobre aquellos asuntos que las afectan, y a controlar así sus destinos. Como lo establece explícitamente el artículo 7 del Convenio No. 169 de la OIT, entre dichos asuntos se encuentran la salud y el mejoramiento de las condiciones de vida, por lo cual las decisiones al respecto deberán tomarse siempre con la participación de las comunidades étnicas interesadas.

Así las cosas, del derecho a la autonomía de las comunidades étnicas (arts. 1, 7, 9, 93 de la C.P.) también se desprende explícitamente el derecho de las comunidades afrocolombianas –en tanto que minorías étnicas o pueblos tribales- a participar en las decisiones en materia de salud que puedan afectarlas.

En conclusión, la exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios especiales de participación en el sistema de seguridad social en salud consagrados en la Ley 691 de 2001 -que incluyen, entre otros, la participación de los pueblos indígenas en la organización, administración, prestación y control de los servicios de salud (arts. 13, 14, 15, 18, 22, 25 y 26 de la Ley 691 de 2001)- vulnera flagrantemente los derechos de dichas comunidades a la participación en las decisiones que les conciernen (arts. 1, 7, 40, 93, 330 (parágrafo) y 55 transitorio de la C.P.) y a la autonomía (arts. 1, 7, 9, 93 y 55 transitorio de la C.P.).

2.3. Violación de los derechos de los integrantes de las comunidades afrocolombianas a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.), y del derecho de dichas comunidades a subsistir como cultura minoritaria (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.), por su exclusión de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 para garantizar el acceso efectivo al sistema de seguridad social en salud

El tercer y último grupo de derechos que resultan vulnerados como consecuencia de la exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios y derechos consagrados en la Ley 691 de 2001 está conformado por los derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.) de los miembros de dichas comunidades, y por el derecho a la existencia o subsistencia (arts. 1, 7, 11, 12, 55 transitorio de la C.P.) de las mismas.

En particular, estos derechos son afectados por la exclusión de las comunidades negras de los beneficios y derechos especiales de acceso al sistema de seguridad social consagrados en los artículos 5, 6, 7, 8, 8, 10, 11, 12, 16, 17, 19, 20, 21 y 29 de la Ley 691 de 2001. A través de esas normas se busca lograr que todos los miembros de los pueblos destinatarios accedan al régimen subsidiado de salud, y reciban servicios

especiales en razón de sus necesidades particulares como miembros de grupos étnicos y como población vulnerable, tales como servicios que tengan en cuenta los acercamientos tradicionales a la medicina de esos grupos (art. 21 de la ley) o el subsidio alimentario ofrecido en razón de las deficiencias nutricionales de esas poblaciones (art. 8 de la ley), para sólo mencionar algunos.

Dado que, como se demostró en el cargo anterior de esta demanda, las comunidades afrocolombianas se encuentran en una situación fáctica idéntica que los pueblos indígenas en lo que se refiere a las necesidades de protección de su diversidad étnica y cultural y a sus circunstancias tradicionales de marginalidad socioeconómica, su exclusión de esos beneficios y derechos acarrea una violación conjunta de su derecho a la igualdad y a la no discriminación (arts. 13 y 70 de la C.P.), y de los derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.) de sus integrantes.

Lo anterior es así por cuanto los integrantes de las comunidades afrocolombianas constituyen uno de los grupos de la población con mayor déficit en el acceso al servicio de salud en general, y a la seguridad social en salud en particular –como se mencionó anteriormente, apenas un 51% de la población afrodescendiente tiene acceso al sistema de seguridad social en salud-. Como tal, junto con los pueblos indígenas, se trata de una de las poblaciones que más requiere de medidas positivas encaminadas a garantizar su acceso universal y adecuado al sistema de seguridad social en salud, puesto que su exclusión del mismo no sólo tiene efectos negativos en la perpetuación de su situación de marginalidad socioeconómica, sino también en las posibilidades de preservar su diversidad étnica y cultural. Por ello, si ese tipo de medidas existen y tienen como beneficiarios a grupos en circunstancias idénticas (como de hecho sucede con la Ley 691 de 2001), las mismas generan un tratamiento discriminatorio pero también lesivo de los derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.) de los miembros de las comunidades afrocolombianas.

Ahora bien, ese tratamiento lesivo de los derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.) de los miembros de las comunidades negras no sólo es inconstitucional por impedir que dichos individuos accedan a los servicios especiales que, en virtud de su situación, requieren para la satisfacción de sus derechos y necesidades. Este impedimento genera a su vez una grave amenaza al derecho a la existencia (arts. 1, 7, 11, 12, 55 transitorio de la C.P.) de las comunidades afrocolombianas conformadas por esos individuos.

Además de fundarse en las normas constitucionales que consagran el principio de la diversidad étnica y cultural (arts. 1 y 7 de la C.P.), tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la existencia o subsistencia de las comunidades étnicas encuentra sustento constitucional en los artículos 11 y 12 Superiores, que protegen respectivamente el derecho a la vida⁷⁵ y el derecho a no ser sometido a la desaparición forzada. Ello por cuanto dicho derecho consiste precisamente

⁷⁵ En palabras textuales de la Corte, el derecho de las comunidades étnicas a la existencia “**se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución**” (negrilla fuera del texto original). Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993.

en el derecho de las comunidades étnicas a mantenerse con vida, esto es, a subsistir, a no desaparecer, no sólo como individuos sino en tanto que minorías culturalmente diversas.

El derecho a la existencia de las minorías étnicas (arts. 1, 7, 11 y 12 de la C.P.) tiene una particular importancia, ya que, como lo ha afirmado la Corte Constitucional, el mismo constituye un presupuesto necesario para la efectividad de los demás derechos culturales de las minorías étnicas, y en especial de su derecho a la integridad cultural y social (arts. 1 y 7 C.P.). Según la Corte,

*“... la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que **si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor**”⁷⁶ (negrilla fuera del texto original).*

Con base en lo anterior, es posible concluir que la exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001, y en particular de aquéllos relativos al acceso especial al sistema de seguridad social en salud, genera una grave amenaza contra el derecho a la existencia o subsistencia (arts. 1, 7, 11, 12 y 5 transitorio de la C.P.) de dichas comunidades por dos razones fundamentales.

En primer lugar, en razón del grave déficit de acceso a la seguridad social en salud de la población afrodescendiente y de la precaria situación de salud de los integrantes de dicha población, la exclusión de estos individuos de las medidas especiales existentes para garantizar el acceso a ese sistema de los integrantes de minorías étnicas que han sido tradicionalmente marginadas no sólo vulnera sus derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.), sino que pone en riesgo su vida (art. 11 de la C.P.). Es cierto que no es posible generalizar a este respecto, ya que, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, para establecer que el derecho a la vida (art. 11 de la C.P.) se ve amenazado por una vulneración del derecho a la salud (art. 49 de la C.P.), es preciso establecer la existencia de una relación de conexidad entre ambos⁷⁷, lo cual sólo es posible en un análisis de caso por caso. Sin embargo, lo que sí resulta posible afirmar es que, en el mediano y el largo plazo, un acceso deficitario a los servicios de salud de una población puede generar problemas estructurales de salud en dicha población como un todo. Así sucede, por ejemplo, con los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas, en lo que tiene que ver con las altas tasas de mortalidad materna e infantil y con las graves deficiencias nutricionales de los menores de edad –tal y como lo reconoce la propia Ley 691 de 2001 (art. 8) en el caso de los indígenas, y como se demostró en el cargo anterior que sucede en el caso de los afrocolombianos-.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998.

⁷⁷ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-1239 de 2001, T-150 de 2000, C-112 de 1998, T-645 de 1998, T-395 de 1998.

A su vez, estos problemas estructurales de salud ponen en peligro la subsistencia de las comunidades que los sufren en tanto que grupo, ya que, si no se corrigen adecuadamente, los mismos pueden generar una disminución de las condiciones de vida de sus integrantes, en desmedro de la vitalidad de las comunidades. Y, dado que el derecho a la vida (art. 11 de la C.P.) no se restringe al mero derecho a existir o a respirar, sino que incluye el derecho a vivir en condiciones de dignidad⁷⁸, esta disminución en las condiciones de vida de los integrantes de las comunidades étnicas y de estas comunidades como un todo constituye una amenaza a su derecho a existir (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio), que implica un derecho a existir en condiciones de dignidad y sin estar sometidas al riesgo de desaparecer. Más aún, en aquellos casos en los cuales los problemas estructurales de salud de una comunidad se tornen tan graves que pongan en peligro la vida física de sus integrantes, la amenaza del derecho a la existencia de la comunidad (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio) adquiere, a un mismo tiempo, mayor gravedad.

De lo anterior se desprende entonces que la exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 relativos al acceso especial al sistema de seguridad social en salud amenazan el derecho a la existencia o a la subsistencia de tales comunidades (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.), por cuanto generan un riesgo para las condiciones de vida de sus integrantes, que puede desembocar en una afectación a la subsistencia de esas comunidades como colectivos. Como lo ha expresado la Corte Constitucional, la protección del derecho a la existencia o subsistencia de las comunidades étnicas (arts. 2, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.) incluye, entre otras, la protección de la vida de los individuos que conforman la comunidad⁷⁹, protección que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional⁸⁰, debe dirigirse a preservar no sólo la mera existencia, sino la vida en condiciones de dignidad.

Pero además de generar una amenaza al derecho a la existencia de las comunidades afrocolombianas (arts. 2, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.) por las razones previamente expuestas, la exclusión de esas comunidades de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001 relativos al acceso especial al sistema de seguridad social en salud pone en peligro ese derecho en un segundo nivel. Este peligro se deriva del hecho concreto de que, al no ser destinatarias de la Ley 691 de 2001, las comunidades negras se encuentran excluidas del beneficio –ya analizado– consistente en que sus conocimientos y prácticas medicinales tradicionales sean incluidas en los programas y planes de salud ofrecidos a sus integrantes (art. 21 de la ley).

⁷⁸ Como lo expresó la Corte Constitucional, entre muchas otras, en la sentencia T-283 de 1998, el mínimo vital “supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de las que puede gozar la persona”.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998.

⁸⁰ ver al respecto, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencia T-283 de 1998.

Como lo vimos en el acápite 2.1.1. de este cargo, esta exclusión genera una violación de los derechos de las comunidades negras a la identidad cultural y a la integridad cultural y social (arts. 1, 7 y 55 transitorio de la C.P.), puesto que impide que uno de los elementos fundamentales de la cultura de estas comunidades pueda ser expresado, preservado y fortalecido. Ahora bien, la violación de estos derechos genera, a su vez, una amenaza al derecho a la existencia o subsistencia de las comunidades afrodescendientes (arts. 2, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.), debido a que, como se mencionó previamente, este derecho implica el derecho a subsistir o a permanecer como minorías culturalmente diversas, lo cual es puesto en riesgo cuando los elementos que forman parte de la identidad cultural de una comunidad no pueden ser expresados en la vida cotidiana ni reciben una protección específica, y cuando, por ende, dichos elementos pueden terminar por debilitarse hasta el punto de desaparecer, afectando con ello la cultura minoritaria de la cual forman parte constitutiva.

En el caso concreto de los acercamientos tradicionales a la salud y la medicina de las comunidades negras, la amenaza de su derecho a subsistir como comunidades culturalmente diversas (arts. 2, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.) se concreta en el hecho de que, si tales acercamientos no son incluidos en los programas y planes de salud ofrecidos a los integrantes de esas comunidades, es muy posible que los mismos terminen por caer en desuso, y/o por diluirse en las prácticas de la sociedad mayoritaria. Esto es así porque, a medida que los integrantes de las poblaciones negras ingresan al sistema de seguridad social en salud, dicho sistema se convierte en su fuente principal de servicios de salud, por lo cual, si el mismo no incluye los acercamientos tradicionales de las comunidades negras a la medicina, es posible que éstos terminen en el desuso. Además, incluso si estos acercamientos tradicionales continúan teniendo fuerza a pesar de realizarse de manera paralela a los servicios estatales de salud, el no reconocimiento oficial de los mismos por parte del sistema que expresa los valores mayoritarios puede terminar debilitando esos acercamientos tradicionales.

Por todas las razones previamente esgrimidas, la exclusión de las comunidades afrocolombianas de los beneficios consagrados en la Ley 691 de 2001, y en especial de aquéllos relativos al acceso especial al sistema de seguridad social en salud, vulneran los derechos a la seguridad social (art. 48 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.) de los integrantes de esas comunidades y, por esa vía, amenazan el derecho de las comunidades afrocolombianas a la existencia o subsistencia (arts. 1, 7, 11, 12 y 55 transitorio de la C.P.).

C. Consideraciones de técnica constitucional sobre la formulación de la demanda

Habiendo desarrollado ya los cargos de fondo contra las expresiones subrayadas de las disposiciones acusadas, resulta importante aclarar un asunto de técnica constitucional relacionado con la formulación de la demanda, con el fin de demostrar que la solicitud de la misma es procedente y conducente no sólo por razones materiales sino también procedimentales.

La pretensión principal de esta demanda consiste en que se declare que las expresiones “Pueblos Indígenas”, “indígenas” e “indígena” de los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 subrayadas en la sección I de esta demanda incurren en una omisión legislativa relativa y que sólo son constitucionales en el entendido de que los beneficios y derechos en materia de acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud allí consagrados también son aplicables a las comunidades afrocolombianas y a sus miembros porque aquéllas constituyen minorías étnicas y culturales que se encuentran en una situación normativa y fáctica idéntica que los pueblos indígenas de acuerdo al propósito de la ley demandada. La formulación de la pretensión principal en términos de una solicitud de declaratoria de exequibilidad condicionada de las expresiones acusadas se explica porque, tal y como lo argumentamos en esta demanda, la inconstitucionalidad de dichas expresiones no radica en que se refieran a los pueblos indígenas, sino en que sólo se refieran a éstos, con exclusión de las comunidades afrocolombianas. Por consiguiente, el propósito de la demanda no es solicitar a la Honorable Corte Constitucional que extraiga del ordenamiento jurídico las expresiones acusadas –lo cual produciría, por lo demás, una incoherencia del texto normativo–, sino que las mantenga dentro de dicho ordenamiento, pero con la condición de que las mismas sean interpretadas en el sentido antes indicado.

Ahora bien, es del conocimiento de los demandantes que en algunas sentencias recientes, como la sentencia C-1299 de 2005, la Corte Constitucional ha señalado que las demandas de inconstitucionalidad no pueden solicitar la declaratoria de constitucionalidad condicionada de una norma, sino simplemente la declaratoria de inconstitucionalidad, ya que la Corte es la única competente para analizar si un condicionamiento tal procede o no. Por tanto, es necesario explicitar que la pretensión principal de esta demanda implica también una solicitud a la Corte Constitucional de que se distancie de lo establecido en la sentencia C-1299 de 2005. En efecto, consideramos que esa decisión es errada en términos de procedimiento constitucional y que además va en contra del principio de justicia rogada propio de la justicia constitucional, pues si se admite que la Corte Constitucional es competente para proferir decisiones de constitucionalidad condicionada de las normas, es apenas obvio que también se admita que el ciudadano pueda solicitárselo en aquellos eventos en los que lo considere pertinente. Como lo afirmó el Magistrado Humberto Sierra Porto en el salvamento de voto que hizo a la sentencia C-1299 de 2005,

“Resulta pues, incompresible que la Corte Constitucional pueda dictar - como lo ha hecho en innumerables ocasiones – sentencias interpretativas y se prohíba a las ciudadanas y a los ciudadanos realizar una solicitud en este sentido, esto es, exigir por medio de la acción pública de inconstitucionalidad que se declare la constitucionalidad condicionada de una Ley.”

Por lo anterior, aprovechamos esta oportunidad para solicitar a la Corte que se aparte de la decisión contenida en la sentencia C-1299 de 2005, de forma tal que admita que los ciudadanos como quienes suscribimos la presente demanda puedan solicitarle la constitucionalidad condicionada de una norma, cuando así lo consideren oportuno. Esta solicitud adquiere una relevancia especial en tratándose de una demanda como ésta. En

efecto, resultaría absurdo que, por no poder los demandantes solicitar a la Corte Constitucional la declaratoria de constitucionalidad condicionada de las expresiones aquí demandadas, se vieran en la obligación de solicitar su inexecutableidad, a pesar de que ello iría en contra del propósito y de los fundamentos de la demanda –que, como se advirtió, no cuestiona que las normas acusadas se refieran a los pueblos indígenas, sino que se refieran únicamente a ellos excluyendo así a las comunidades negras-, y además traería como resultado un texto legislativo incoherente.

Sin embargo, en caso de que la Corte decida mantener la doctrina esbozada en la sentencia C-1299 de 2005, a manera de pretensión subsidiaria de esta acción, respetuosamente solicitamos a la Corte Constitucional que declare la inexecutableidad de las expresiones “indígenas” e “indígena” de los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 subrayadas en la sección I de esta demanda, y que por consiguiente además declare que la expresión “pueblos” allí contenida y subrayada incluye tanto a las comunidades indígenas como a las comunidades afrocolombianas y a sus miembros.

V. SOLICITUD

De la manera más respetuosa solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que acceda a las siguientes pretensiones:

Pretensión principal. Que declare que las expresiones “Pueblos Indígenas”, “indígenas” e “indígena” contenidas en los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 que fueron subrayadas en la sección I de esta demanda incurren en una omisión legislativa relativa y que sólo son constitucionales en el entendido de que los beneficios y derechos en materia de acceso a y participación en el sistema de seguridad social en salud allí consagrados también son aplicables a las comunidades afrocolombianas, afrodescendientes o negras (incluidas las palenqueras y las raizales) y a sus miembros.

Pretensión subsidiaria. Que en el evento de no admitir la pretensión principal, declare que son inconstitucionales las expresiones “indígenas” e “indígena” contenidas en los artículos 1 al 30 de la Ley 691 de 2001 que fueron subrayadas en la sección I de esta demanda, y que por consiguiente además declare que la expresión “pueblos” incluye tanto a las comunidades indígenas como a las comunidades afrocolombianas, afrodescendientes o negras (incluidas las palenqueras y las raizales) y a sus miembros.

VI. NOTIFICACIONES

Se reciben notificaciones en la Secretaría Común de la Corte Constitucional.

De la Honorable Corte Constitucional,

CÉSAR A. RODRÍGUEZ GARAVITO
Coordinador
Observatorio de Discriminación Racial
c.c. 79.555.322 de Bogotá

RODRIGO UPRIMNY YEPES
Director
Centro de Estudios DeJuSticia
c.c. 79.146.539 de Usaquén

MARIA PAULA SAFFON SANÍN
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia
c.c. 52.862.641 de Bogotá

ISABEL CAVELIER ADARVE
Investigadora
Centro de Investigaciones CIJUS
c.c. 52.865.273

JOSÉ SANTOS CAICEDO
Miembro
Equipo de Coordinación Nacional
Proceso de Comunidades Negras en Colombia (PCN)
c.c. 5.366.132 de Tumaco, Nariño