

Sentencia T 318/21

Referencia: Expediente T-8.117.857

Acción de tutela presentada por Pedro Conquista Quintero, en representación de la Asociación de Cabildos Indígenas del Valle del Cauca – Región Pacífico – ACIVA – RP, en contra de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, la Secretaría de Salud de Buenaventura y el Hospital Luis Ablanque de La Plata.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de la sentencia de única instancia emitida el 11 de junio de 2020 por el Juzgado 4° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura-Valle del Cauca, a través de la cual se concedió el amparo solicitado.

El expediente fue enviado a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 16 de abril de 2021, la Sala Número Cuatro de Selección de Tutelas escogió el expediente para su revisión¹.

I. ANTECEDENTES

Solicitud

¹ La sala de selección estuvo integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Cristina Pardo Schlesinger. La selección de este caso obedeció a los criterios subjetivo, para materializar un enfoque diferencial, y objetivo, por tratarse de un asunto novedoso.

El 29 de mayo de 2020, el señor Pedro Conquista Quintero, actuando como Representante Legal de la Asociación de Cabildos Indígenas del Valle del Cauca, interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Distrital de Buenaventura, la Secretaría de Salud de Buenaventura y el Hospital Distrital Luis ABlanque de la Plata. Fundamentó su solicitud en que las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales de petición, a la diversidad étnica y cultural, a la autonomía, a la identidad, a la dignidad humana, al duelo y a la autodeterminación de los pueblos indígenas de la comunidad indígena Wounaan, al no entregar el cadáver de su autoridad indígena Iluberta Quiro Negria, con el argumento de que la normatividad relacionada con el manejo de cadáveres en tiempos de COVID-19 no se los permitía.

En consecuencia, solicitó al juez de tutela ordenar a las entidades accionadas (i) autorizar la exhumación del cadáver de su autoridad indígena, y (ii) asumir la indemnización por los gastos en que incurrieron los miembros de la comunidad que se trasladaron de su resguardo hasta el municipio de Buenaventura para solicitar la entrega del cadáver de su autoridad.

A.Hechos y pretensiones

Los hechos están descritos en la demanda de la siguiente manera:

1. El 1º de mayo de 2020 la señora Iluberta Quiro Negria, mujer indígena y autoridad médica tradicional de la comunidad indígena Wounaan, de 76 años, ingresó por el servicio de urgencias al Hospital Distrital Luis ABlanque de la Plata (Buenaventura), con un cuadro clínico de “*astenia, adinamia, mialgias y artralgias, hiporexia, mareo, cefalea, picos febriles, edema de miembros inferiores, disuria*”².
2. Debido a que su sintomatología estaba relacionada con la pandemia originada por el coronavirus (COVID-19), el 3 de mayo de 2020 los especialistas médicos a cargo de su atención le practicaron una prueba para descartar que estuviera contagiada. La muestra fue enviada a la ciudad de Cali para que un laboratorio especializado la analizara y remitiera los resultados.
3. El cuadro clínico evolucionó negativamente, por lo que el 4 de mayo de 2021 fue remitida a la sala de cuidados intermedios del hospital. Ese mismo día, la señora Quiro Negria falleció.
4. Los familiares de Iluberta Quiro Negria solicitaron que (i) mientras que llegaban los resultados de la prueba de COVID-19, su cadáver fuera conservado en una nevera, y (ii) en caso de que el resultado de la prueba fuera negativo, les entregaran su cuerpo.

² Folio 9 del expediente.

Sin embargo, las directivas del hospital, la Secretaría de Salud y la Alcaldía Distrital de Buenaventura rechazaron la solicitud, con fundamento en que no contaban con neveras. Por lo tanto, dispusieron de su cadáver sin autorización de su familia y lo inhumaron, “(...) *desconociendo completamente su pertenencia étnica, en este caso Indígena, y su grado de representatividad al interior de la comunidad como autoridad tradicional*”³.

5. El 8 de mayo de 2020 el laboratorio remitió desde Cali el resultado de la prueba de COVID-19, el cual fue negativo. Al enterarse del resultado, miembros de la familia y de la comunidad integraron una comisión encabezada por su gobernador. La comisión se trasladó desde su territorio a Buenaventura y solicitó a las autoridades competentes efectuar la entrega del cadáver.

El 10 de mayo de 2020 la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura dio respuesta por escrito a la solicitud. La entidad explicó que a causa de la pandemia ocasionada por el COVID-19, el Ministerio de Salud reglamentó la disposición de cadáveres. A su vez, argumentó que, con fundamento en la normativa del Ministerio,

“En los casos de muertes de fallecimientos de personas que hagan parte de la población de territorios de pertenencia étnica, y en grupos étnicos (indígenas, afrocolombianos y ROM), los cuerpos no deben ser trasladados sino inhumados en bóvedas o sepulturas en el municipio donde ocurre la defunción, teniendo en cuenta que los usos y costumbres en estos sucesos son de vital importancia para las familias y comunidades y que se deberán limitar solamente al acompañamiento espiritual o mediante rituales al territorio de manera simbólica siempre y cuando se cumpla con todas las medidas preventivas para evitar el contagio tales como el aislamiento, la no aglomeración de personas.

*Por lo anterior les solicito tener en cuenta las medidas preventivas básicas para evitar contagios y en particular las medidas de bioseguridad para el personal que manipula cadáveres desde el momento del deceso hasta su disposición final inhumación, independientemente de si se trata de casos sospechosos o no”*⁴.

6. El 11 de mayo de 2020, luego de conocer la respuesta de la Secretaría de Salud de Buenaventura, en ejercicio de su derecho fundamental de petición la comunidad solicitó nuevamente a la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura la exhumación del cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria.

³ Folio 4 del expediente.

⁴ Folio 15 del expediente.

7. El 20 de mayo de 2020, en la sede de la Secretaría de Salud de Buenaventura, se reunieron la Secretaría de Salud⁵ y el señor Pedro Conquista. En esa ocasión, la entidad se comprometió a responder la solicitud sobre la exhumación del cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria a más tardar el viernes 22 de mayo de 2020⁶. El accionante sostuvo que para la fecha en que presentó la demanda, no había obtenido respuesta por parte de la entidad.
8. En consecuencia, el actor invoca la protección de los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural, a la autonomía, autodeterminación e identidad de los pueblos indígenas, a la dignidad humana, de petición, y al “duelo”, que considera que se le violaron a la comunidad indígena Wounaan, a la que pertenecía la señora Iluberta.

Además, solicita al juez de tutela (i) que le ordene a la Alcaldía y a la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura “(...) *que autorice y se asuma por la administración distrital la exhumación y traslado hasta la comunidad del Resguardo Indígena Noriam de Santa Rosa de Guayacán Río Calima, el féretro de la autoridad y médica tradicional quién en vida se llamaba Iluberta Quiro Negria*”, y (ii) que le ordene a la parte accionada que indemnice a la comunidad por los gastos en que incurrió cuando se trasladó desde su territorio a Buenaventura a solicitar el cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria⁷.

B. Traslado y contestación de la acción de tutela

El 29 de mayo de 2020, el Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura (i) admitió la acción de tutela; (ii) vinculó a la Secretaría de Gobierno de Buenaventura, y (iii) comunicó y corrió traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran sobre las circunstancias fácticas y las pretensiones contenidas en la demanda.

En el trámite de la acción, ni las demandadas ni la entidad vinculada se pronunciaron sobre los hechos, ni sobre las pretensiones de la demanda.

C. Decisión objeto de revisión

Sentencia de única instancia

⁵ Consta en el acta que hace parte del expediente que en esa reunión participaron varios funcionarios de la Secretaría de Salud (folios 15 y 16 del expediente).

⁶ Folio 16 del expediente.

⁷ El accionante estimó los gastos en “(...) *tres millones cuarenta mil pesos (\$3.040.000), por concepto de alquiler de lancha, alimentación, hospedaje y transportes urbanos, para la comisión en cabeza de su gobernador*” y los relacionó en un “cuadro de relación de gastos” que anexó a la demanda como prueba (Folio 13 del expediente).

En sentencia de única de instancia del 11 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura – Valle del Cauca, el juez (i) definió el alcance de los derechos a la autonomía, autodeterminación, usos y costumbres de los pueblos indígenas, a libertad de culto y a la libertad de conciencia; (ii) referenció las normas relativas a manejo de cadáveres durante la pandemia generada por el COVID-19, y (iii) estudió el caso concreto.

Explicó que en este caso se estaba ante una *“tensión entre derechos, entre el posible riesgo a la salud pública y el derecho fundamental a la autonomía indígena y al libre culto”*. Teniendo en cuenta que el resultado de la prueba de COVID-19 practicada a Iluberta Quiro Negria había sido negativo, consideró que debían protegerse los derechos a la autonomía indígena, a la libertad de culto y a la autodeterminación de los usos y costumbres de la comunidad indígena involucrada.

En cuanto a la indemnización solicitada por la parte demandante, afirmó que *“(...) en la sumaria tutelar no reposan las facturas de pagos de cada uno de estos servicios, ya que sólo aporta un listado de gastos generales, el cual adolece (sic) de los requisitos mínimos que deben contener las facturas y/o recibos de pago”*. Concluyó que a pesar de que la acción de tutela se caracteriza por su informalidad, esto no implicaba que el accionante estuviera exonerado de soportar los gastos con *“facturas legalmente elaboradas”*.

Por lo tanto, el juez (i) concedió el amparo solicitado, para lo cual ordenó a la Alcaldía Distrital de Buenaventura que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia realizara *“(...) las gestiones presupuestales y administrativas necesarias para lograr la exhumación y el traslado de la señora Iluberta Quiro Negria a la comunidad del resguardo indígena Wounan”*, respetando las medidas de bioseguridad adoptadas por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia y (ii) se abstuvo de pronunciarse frente a la indemnización solicitada.

Mediante Auto del 18 de junio de 2020 el juez, de oficio, adicionó la parte resolutive del fallo. En este, ordenó a la Secretaría de Salud de Buenaventura realizar el seguimiento, la vigilancia y el acompañamiento riguroso a la orden de exhumación y el traslado de la señora Iluberta Quiro Negria hacia el resguardo indígena, con el fin de que se efectuara de conformidad con las medidas sanitarias para evitar la propagación del virus.

D.Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de la historia clínica de la señora Iluberta Quiro Neira emitida por el Hospital Luis Ablanque de la Plata (folios 19 a 23 del expediente).
- Copia del reporte individual de resultado negativo de la prueba SARS COV2 practicada el 23 de abril de 2020 a la señora Iluberta Quiro Neira, emitido por el laboratorio Sismuestras el 7 de mayo de 2020 (folio 18 del expediente).

- Copia del certificado de defunción de la señora Iluberta Quiro Neira, en que se certifica que su fallecimiento ocurrió el 4 de mayo de 2020 (folio 25 del expediente).
- Copia de la respuesta de la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura del 10 de mayo de 2020 al Gobernador de la Comunidad Santa Rosa de Guayacán, en que la entidad niega la entrega del cuerpo con fundamento en la normatividad emitida por el Ministerio de Salud relacionada con el manejo de cadáveres del COVID -19 (folio 17 del expediente).
- Copia del acta de la reunión sostenida en la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura el 20 de mayo de 2020, en que esa entidad asume el compromiso de dar respuesta a la solicitud de la comunidad sobre la entrega del cuerpo de Iluberta Quiro “a más tardar el 22 de mayo de 2020” (folios 15 y 16 del expediente).
- Relación de los gastos en que incurrió la comunidad indígena cuando se trasladó al distrito de Buenaventura a solicitar el cuerpo de la señora Iluberta Quiro (folio 24 del expediente).
- Copia del certificado de ACIVA R.P. en que se acredita que el resguardo indígena de la comunidad Santa Rosa de Guayacán se encuentra ubicado en el río Bajo Calima de Buenaventura (Valle) y está afiliado a ACIVA R.P. (folio 26 del expediente).
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Pedro Conquista Quintero (Folio 27 del expediente).
- Copia de la Resolución 133 del 3 de octubre de 2019 emitida por el Ministerio del Interior, por la cual se inscribe en el Registro de Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Indígenas Tradicionales Indígenas la nueva Junta Directiva de la Asociación de Cabildos Indígenas del Valle del Cauca Región Pacífico – ACIVA -RP (folios 28 a 30 del expediente).

E. Actuaciones surtidas en sede de revisión

Pruebas ordenadas en sede de revisión y suspensión de términos

En el trámite de revisión del expediente T-8.117.857 se realizaron las siguientes actuaciones:

Auto de pruebas. Mediante Auto del 8 de junio de 2021, la magistrada sustanciadora consideró necesario decretar pruebas. En este formuló una serie de preguntas a la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura, a la Asociación de Cabildos Indígenas del Valle del Cauca – Región Pacífico (ACIVA -RP) y al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el caso. Además, ofició al Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura con el fin de que informara qué actuaciones de seguimiento había realizado al cumplimiento de las órdenes proferidas por ese Despacho en la Sentencia del 11 de junio de 2020 y en el Auto del 18 de junio de 2020 que la adicionó.

Auto de requerimiento. Debido a que la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura no respondió a las preguntas formuladas dentro del término ordenado, la Magistrada Sustanciadora profirió el Auto del 22 de junio de 2021. En este requirió a la entidad para que cumpliera lo ordenado en el Auto del 8 de junio de 2021.

Auto de comisión y suspensión de términos. Considerando las circunstancias del caso concreto, con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolverlo y teniendo en cuenta que (i) la Secretaría Distrital de Salud respondió de manera incompleta las preguntas formuladas; (ii) era necesario obtener más información por parte de la comunidad indígena involucrada sobre la trascendencia de los ritos fúnebres indígenas a partir del caso particular, y (iii) se requería conocer con mayor profundidad la prácticas de exhumación de cadáveres, mediante Auto del 6 de julio de 2021 la Sala de Revisión (i) comisionó al Juez Cuarto Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura – Valle del Cauca para que realizara los interrogatorios a la Secretaría Distrital de Buenaventura y a la comunidad indígena involucrada, y (ii) formuló una serie de preguntas al Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de obtener información de carácter técnico sobre exhumación de cadáveres.

Además, teniendo en cuenta el tiempo requerido por el juez de única instancia para practicar los interrogatorios, la complejidad del caso y la necesidad de contar con las pruebas solicitadas, la Sala de Revisión suspendió los términos para fallar por treinta (30) días hábiles.

Respuestas a las pruebas ordenadas

-Respuestas de ACIVA-RP

El 17 de junio de 2021 la ACIVA – RP remitió la respuesta al cuestionario formulado. Entre otras cosas, especificó que: (i) el cadáver de la señora Iluberta Quiro se encontraba en el municipio de Buenaventura, y (ii) la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura no había cumplido con la orden del juez de única instancia de exhumar el cadáver de la señora Quiro, ni de entregárselo a la comunidad.

-Respuestas del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH)

El 17 de junio de 2021 el ICANH dio respuesta a las preguntas formuladas por la Magistrada Sustanciadora. Manifestó que quien mejor conoce la cultura, costumbres, ritos mortuorios y procedimientos cuando fallece alguno de sus miembros es la comunidad indígena. Además, a partir de fuentes especializadas: (i) caracterizó al pueblo Wounaan; (ii) explicó la trascendencia del Derecho Mayor y de los rituales fúnebres en la comunidad, y (iii) se refirió a las funciones desempeñadas por sus médicos tradicionales.

El ICANH también puso de presente la recomendación de la Organización Panamericana de la Salud, según la cual los gobiernos deben considerar las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para el manejo de cadáveres en el contexto del COVID – 19.

-Respuestas de la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura

El cuestionario remitido a la entidad accionada constaba de catorce preguntas, orientadas a dilucidar (i) cuáles fueron las condiciones de inhumación del cuerpo de la señora Iluberta Quiro, y (ii) cómo se cumplió la orden del juez de única instancia, en lo relacionado con la exhumación del cuerpo de la señora Iluberta Quiro y su traslado al territorio de su comunidad. Además, se ordenó a la accionada remitir a esta Corporación el escrito del 10 de mayo de 2020, mediante el cual la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura respondió a la solicitud de exhumación y entrega del cuerpo de la señora Iluberta Quiro Negria.

El 28 de junio de 2021 el despacho de la Magistrada Sustanciadora recibió el oficio con radicación número 2020-00086, en el cual la Secretaría de Salud Distrital de Buenaventura respondió al requerimiento del Auto del 22 de junio de 2021. En las respuestas allegadas, la entidad accionada solamente absolvió -de manera incompleta- cuatro de las catorce preguntas que se le formularon. La demandada tampoco remitió el escrito del 10 de mayo de 2020, mediante el cual respondió a la solicitud de exhumación y entrega del cuerpo de la señora Iluberta Quiro Negria.

-Respuestas del Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura

El 18 de junio de 2021 el Juzgado 4º Penal Municipal con Funciones de conocimiento de Buenaventura explicó que según la última llamada de seguimiento del caso que el Despacho realizó a la comunidad, el 25 de febrero de 2021, el fallo no se había cumplido. Además, sostuvo que para la fecha no se había iniciado ningún incidente de desacato.

El 10 de agosto de 2021 el Juzgado 4º Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura remitió las respuestas de los interrogatorios de parte que realizó (i) a la secretaria de salud de Buenaventura, y (ii) al señor Pedro Conquista, representante de ACIVA-RP. Además, adjuntó un documento digital aportado por la parte actora, que hace referencia al Derecho Mayor de los pueblos indígenas.

Entre otras cosas, en el **interrogatorio realizado a la secretaria distrital de Buenaventura**, Francy Esther Candelo Murillo, la funcionaria respondió (i) que el cadáver de Iluberta Quiro fue inhumado. Actualmente se encuentra en una caja en el cementerio Jardines del Pacífico en la ciudad de Buenaventura; (ii) que no ha dado cumplimiento a la orden del juez de única instancia de

exhumar el cadáver de la señora Iluberta Quiro y trasladarlo al resguardo de su comunidad; (iii) que el incumplimiento de la orden obedece a que primero, la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura depende de que la Secretaría de Gobierno de Buenaventura contrate “la actividad de exhumación” y segundo, “(...) aunque el juez determinó la entrega del cuerpo, el lineamiento de sospechoso por Covid-19 no recomienda la entrega de esos cuerpos”.

Según la interrogada, “(...) se ha demostrado en el ejercicio médico que muchos pacientes que presentan un cuadro clínico que nos hace pensar en COVID-19 y presentan pruebas negativas y cuadro clínico sospechoso de COVID-19 con el tiempo con una segunda prueba que la paciente era negativa, en el caso de la señora Iluberta Quiro Negria sólo se le realizó una prueba. Posiblemente si le hubiéramos hecho en 72 horas (...) otra prueba hubiera salido positiva, porque tenía un cuadro clínico específico de COVID-19”⁸.

Por su parte, **el señor Pedro Conquista explicó** (i) el papel que cumple una médica tradicional indígena en la comunidad Wounaan; (ii) la trascendencia de la muerte, el duelo y los ritos fúnebres para la comunidad; (iii) la comprensión de los miembros de la comunidad acerca del territorio en el cual reposa el cadáver de sus miembros que fallecen, y (iv) las normas que rigen en la comunidad.

- Respuestas del Ministerio de Salud y Protección Social

El 23 de julio de 2021 el Ministerio de Salud y Protección Social remitió respuesta a las preguntas formuladas. En particular, explicó la reglamentación aplicable a exhumaciones en Colombia y las directrices adoptadas al respecto con ocasión del COVID-19.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

Con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de la referencia.

Análisis de procedencia de la acción de tutela bajo revisión

Previo a definir el problema jurídico que deberá resolver la Sala, es necesario determinar si el caso bajo estudio reúne los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

⁸ Folio 5 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 2 de agosto de 2021 a la señora Francly Esther Cándelo Murillo en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

1. Legitimación en la causa por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene la facultad para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre. Esto con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados.

La legitimación para el ejercicio de esta acción está regulada por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. Según esta norma, la tutela puede ser presentada (i) por la persona que vea vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales directamente; (ii) por la persona afectada, a través de su representante legal; (iii) por persona afectada, por medio de su apoderado; (iv) por un agente oficioso de la persona afectada, y (v) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, directamente.

Además, la Corte Constitucional ha establecido que, respecto de las comunidades indígenas, están legitimados para actuar: (i) sus dirigentes (ii) sus miembros individuales, y (iii) las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas⁹.

En este caso el señor Pedro Conquista interpone la acción de tutela actuando como representante de la Asociación de Cabildos Indígenas del Valle del Cauca – Región Pacífico (ACIVA-RP).

Obra en el expediente la Resolución 133 de 2019, expedida por el Ministerio del Interior, en la cual el Director (E) de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior resolvió inscribir en el Registro de Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas la junta directiva de ACIVA -RP para el periodo comprendido entre el 12 de septiembre de 2019 y el 31 de diciembre de 2021. En esta Resolución el señor Pedro Conquista figura como Representante Legal de la asociación. Además, es claro que el Resguardo Indígena Nonam, Santa Rosa de Guayacán, en el que se asienta la comunidad a la que pertenecía la señora Iluberta Quiro Negria, se encuentra afiliado a ACIVA-RP. Por lo tanto, el señor Pedro Conquista está legitimado para actuar.

2. Legitimación en la causa por pasiva

El artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede contra cualquier autoridad pública. A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales. También procede contra acciones u omisiones

⁹ Cfr., entre otras: Sentencias T-154 de 2009. M. P. Nilson Elías Pinilla Pinilla; T-760 de 2009. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; T-382 de 2006. M. P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-880 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de ese Decreto.

En este caso la Alcaldía Distrital de Buenaventura y la Secretaría de Salud de Buenaventura son autoridades del sector central, de carácter territorial. Por su parte, el Hospital Luis Ablanque de La Plata es una Empresa Social del Estado que, como tal, tiene la categoría de entidad pública descentralizada y estuvo a cargo de la atención de la señora Iluberta Quiro antes de su fallecimiento. En consecuencia, se cumple la legitimación por pasiva.

3. Inmediatez

Aunque de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad, la jurisprudencia ha establecido que solicitud debe formularse en un plazo razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador.

En este caso la comunidad solicitó la exhumación y entrega del cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria el 11 de mayo de 2020 e interpuso la acción de tutela el 29 de mayo de 2020. Teniendo en cuenta que **primero**, transcurrió menos de un mes desde que la comunidad solicitó la entrega del cadáver de la señora Iluberta y el momento en que se interpuso la tutela y **segundo**, para este momento no se había resuelto la solicitud, en este caso se cumple el requisito de inmediatez.

4. Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela “(...) sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

El ordenamiento jurídico colombiano no contempla ningún mecanismo judicial para solicitar la entrega de un cadáver. Por lo tanto, no existe ningún medio de defensa judicial para reclamar la protección de los derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, se satisface el requisito de subsidiariedad.

Planteamiento del problema jurídico y metodología para la resolución del caso

De conformidad con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Vulneraron las entidades accionadas los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de la comunidad indígena Wounaan, al negarse a exhumar el cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria y entregarlo a su comunidad, con fundamento en que el hacerlo

contrariaría las directrices del Ministerio de Salud sobre el manejo de cadáveres durante la pandemia ocasionada por el Covid -19?

2. ¿La Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura vulneró el derecho de petición de la comunidad indígena Wounaan al no dar respuesta de fondo a la solicitud de exhumación y traslado de los restos de la señora Iluberta Quiro Negria a su resguardo presentada el 11 de mayo de 2020?

Para solucionarlos, la Sala se referirá a (i) el derecho a la diversidad étnica y cultural en la Constitución de 1991 y el alcance definido por la Corte Constitucional; (ii) el derecho a la libertad de cultos y su materialización en los rituales fúnebres, en particular a la inhumación, exhumación y traslado de cadáveres; (iii) el ejercicio de los rituales fúnebres en las comunidades indígenas en desarrollo de su identidad, y (iv) las normas sobre disposición de cadáveres en Colombia y medidas transitorias adoptadas durante la pandemia ocasionada por el Covid – 19. Para finalizar, resolverá el caso concreto.

(i) *El derecho a diversidad étnica y cultural en la Constitución de 1991 y el alcance definido por la Corte Constitucional*

1. La Corte Constitucional ha trazado una línea jurisprudencial muy sólida para definir el contenido del derecho a la diversidad étnica y cultural de la Nación. Concretamente, se ha basado en que la Constitución Política (i) se fundamenta el reconocimiento del pluralismo de la población colombiana¹⁰; (ii) reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana¹¹; (iii) establece la cultura en sus diversas manifestaciones como fundamento de la nacionalidad, y (iv) reconoce la igualdad y dignidad de todas las personas que conviven en el país¹².

2. Esta Corte ha explicado que para hablar de comunidad étnica se deben cumplir dos condiciones: (i) una condición subjetiva, que involucra la conciencia de sus miembros sobre su individualidad y su diferenciación de otros grupos humanos, aunado al deseo de pertenecer a ese grupo en particular, y (ii) una condición objetiva, que se refiere a la materialización de la cultura en esa comunidad que la hace particular. La materialización de la cultura comprende, entre otros, sus instituciones, su comportamiento colectivo, sus valores, su lengua, sus tradiciones y recuerdos históricos, sus

¹⁰ Artículo 1º de la Constitución Política: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹¹ Artículo 7º de la Constitución Política: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

¹² Artículo 70 de la Constitución Política: “El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”.

creencias religiosas, sus costumbres y su mentalidad colectiva, que surge de los rasgos que tienen los miembros de la colectividad en común¹³.

La protección a la diversidad étnica y cultural se funda, precisamente, en el reconocimiento de una multiplicidad cultural y en el deseo de conservarla. Por esa razón, desde sus orígenes la Corte ha sido enfática en la protección de este derecho y ha establecido que

“(…) el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”.

En estas condiciones (...) la Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura.

En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa (C.P., artículos 1° y 2°) y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (C.P., preámbulo y artículos 1°, 7°, 13 y 16)”¹⁴.

3. La Corte, además, ha reconocido la protección del derecho a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, en casos en que ha sido evidente que su integridad está siendo vulnerada. Existen varios ejemplos que, por su pertinencia, cabe reiterar.

4. En varias oportunidades, este Tribunal ha estudiado casos en los que la integridad cultural de comunidades indígenas estaría siendo afectada por intromisión de prácticas religiosas ajenas a las de la comunidad. En la Sentencia SU -510 de 1998 resolvió un caso en que los accionantes -el representante legal de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC) y 31 indígenas arhuacos que pertenecían a esa iglesia- solicitaron la protección al derecho a la libertad de cultos, el cual estimaron vulnerado porque las

¹³ Sentencia T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz. Reiterada, entre otras, en la Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁴ Sentencia SU 510 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes.

autoridades indígenas no les permitían realizar las prácticas religiosas de la IPUC al interior del resguardo. En esa ocasión, la Corte negó el amparo solicitado¹⁵. Fundamentó su decisión en que en la cultura Ika existe una relación estrecha entre los ámbitos religioso, político y jurídico¹⁶. Por lo tanto,

“El carácter individualista de los dogmas y credos evangélicos choca frontalmente con la concepción del sujeto contemplada por la cosmovisión Ika y con las responsabilidades que esa misma cosmovisión ha asignado a los indígenas serranos, de las que se derivan roles y tareas sociales bien definidas. Las prácticas rechazadas por la IPUC, forman parte del nódulo esencial de la filosofía práctica y religiosa de los Ika y su incumplimiento está catalogado por el sistema jurídico arhuaco como una falta que puede generar, incluso, la expulsión del resguardo. De las consideraciones puede concluirse que un indígena que suplanta la "ley de origen" por la Biblia y al mamo por el pastor evangélico, ha dejado de compartir la cosmovisión - y por lo tanto la cultura - arhuaca. Las particularidades de la cultura Arhuaca, permiten a la Corte afirmar que el cambio de mentalidad religiosa implica, necesariamente, un proceso profundo y radical de sustitución cultural, con independencia de que ciertas apariencias formales - como el vestido, el largo del cabello, la utilización de collares, o la vivienda - se mantengan intactas”¹⁷.

5. En la Sentencia T-030 de 2000 la Corte estudió el caso de dos gemelos, hijos de una pareja perteneciente a la comunidad indígena de los U’wa, asentada en el municipio de Aguablanca. Debido a que la comunidad repudiaba los nacimientos múltiples, el padre dejó a los menores en un hospital que a su vez se los entregó al Instituto Colombiano de Bienestar

¹⁵ Diez años después, en sentencia T-349 de 2008, la Corte estudió una acción de tutela en que los arhuacos pertenecientes a la IPUC habían emigrado de su resguardo de origen y se habían asentado en la vereda de Palmarito, ubicada en el municipio de Pueblo Bello, para poder practicar libremente su religión. En consecuencia, los arhuacos “tradicionales” les restringieron el derecho a varios derechos, como el acceso a subsidios de vivienda, a la salud y a que los menores recibieran educación. En esta ocasión, la Corte concedió el amparo solicitado por los accionantes. Entre otras cosas, consideró que “(...) si las legítimas restricciones a algunos aspectos de la libertad religiosa dentro del territorio del Resguardo, particularmente la posibilidad de adelantar un culto público permanente, impuestas por las autoridades tradicionales arhuacas en aras de la preservación de la identidad cultural de este pueblo indígena, resultan insoportables para los arhuacos evangélicos, entonces ellos están en todo su derecho de optar por apartarse del Resguardo y organizar su vida independientemente de dichas autoridades. [Sin embargo], esta posibilidad de apartarse de las exigencias de la cultura tradicional en la que se ha nacido para desarrollar otra opción de vida es una facultad o derecho constitucionalmente protegido que, en ciertas circunstancias (...) exige la intervención del juez de tutela, pues su ejercicio está implicando la afectación del mínimo vital de subsistencia de sus titulares. En efecto, una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado es la de asegurar estándares mínimos de satisfacción de las necesidades ciudadanas, que permitan hacer efectiva la dignidad humana. Justamente en esto se distingue el Estado llamado simplemente “de Derecho”, de aquel otro organizado según la cláusula “social de Derecho”. En el caso que se examina en esta Sentencia, la Sala estima que el mínimo vital de subsistencia de un grupo amplio de personas está en entredicho, como consecuencia del legítimo ejercicio del derecho que tienen a desarrollar otra opción de vida distinta de la que propone la cosmovisión arhuaca” (Sentencia T-349 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁶ Un caso similar se examinó en la Sentencia T-1022 de 2001 (M.P. Jaime Araújo Rentería), en que la comunidad indígena de Yanacona negó al accionante, un miembro de su comunidad, practicar los rituales de la IPUC dentro del resguardo. La Corte negó el amparo solicitado, por las mismas razones presentadas en la Sentencia SU-510 de 1998.

¹⁷ Sentencia SU – 510 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Familiar que, como medida de protección, los entregó a una institución autorizada para desarrollar programas de adopción. La comunidad indígena solicitó un plazo de siete meses para realizar una consulta interna y decidir sobre la situación de los menores.

6. La directora de la institución que estaba a cargo de los menores, actuando como agente oficiosa interpuso una acción de tutela en la que solicitó que se declarara que se encontraban en situación de abandono y, por lo tanto, procediera su adopción. En esa ocasión, la Corte validó el reintegro de los menores a la comunidad U'wa, con el acompañamiento del I.C.BF. Fundó su decisión en que negar el retorno de los menores a su comunidad de origen, implicaba desconocer a la comunidad su cosmovisión específica, y su concepción del espacio y la trascendencia a las decisiones producto del consenso interno, necesarios para replantear y recontextualizar el contenido de su noción cultural y el destino de los menores¹⁸.

7. En la Sentencia T-778 de 2005, la Corte concedió el amparo de los derechos de la accionante, una mujer arhuaca, a quien se le había declarado nula su elección como concejala de Bogotá por no cumplir con el requisito normativo de tener 25 años. La Corte advirtió que la titularidad del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas está en cabeza de la comunidad entera, como sujetos colectivos de derechos fundamentales. Al respecto, afirmó:

“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.

Entonces, el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad”¹⁹.

¹⁸ Sentencia T-030 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁹ Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda

8. Además, la Corte consideró que, según las tradiciones y costumbres del pueblo arhuaco, una mujer

“(…) adquiere el poder de la palabra y responsabilidades sociales y políticas una vez ha pasado por los ritos correspondientes al bautizo y a la menstruación. Es desde ese momento en el que una mujer, de acuerdo a su misión con la naturaleza, que ha sido conocida desde su nacimiento por los mamus, comienza a desarrollarse con plenas capacidades”²⁰.

9. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la accionante había pasado por el rito del bautizo tres meses después de nacida y por el rito de la menarquia en el año 1993, la Corte consideró que de acuerdo con las costumbres de su pueblo tenía las capacidades y el poder de la palabra para actuar públicamente, es decir, para ejercer derechos políticos. En consecuencia, accedió a las pretensiones de la actora.

10. Más recientemente, en Sentencia T-172 de 2019, la Corte se pronunció sobre una acción de tutela presentada por la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Shipia Wayuú²¹ y por 65 autoridades tradicionales indígenas Wayuú en contra de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior. Los actores fundamentaron su solicitud en que la entidad accionada les impuso trabas de carácter administrativo para ser miembros de la Asociación.

11. Entre otras cosas, explicaron que la actuación de la accionada impedía el ejercicio efectivo del derecho de asociación, porque desconocían particularidades de las comunidades indígenas Wayúu, tales como: (i) que la palabra es la fuente principal de su pervivencia y, por lo tanto, los documentos escritos no hacen parte de su cultura, y (ii) que el 90% de los Alaula, personas de mayor jerarquía dentro de la comunidad que presiden las asambleas en la comunidad, sólo hablan su lengua nativa (Wayunaiki).

12. En esa ocasión, la Corte concedió el amparo solicitado a 63 de las comunidades accionantes y del pueblo indígena Wayúu. En concreto, consideró que

“(…) el proceso de transformación de la organización política y social al que se ha sometido el pueblo indígena Wayúu evidencia cómo la regulación de asuntos que involucran a los pueblos indígenas sin su participación y el ejercicio de actuaciones administrativas que no consideren su diversidad, cosmovisión y tradiciones puede forzar procesos de homogeneización que ponen en riesgo la supervivencia misma de estos pueblos (…)

²⁰ Sentencia T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda

²¹ Asociación reconocida por la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.

Adicionalmente, las transformaciones descritas y promovidas desde actuaciones del Estado afectan la autonomía del pueblo indígena Wayúu, pues sus formas de organización y el ejercicio de la autoridad política y social no se estructuran a partir de sus tradiciones, en la medida en que resultan alteradas y constreñidas por las exigencias estatales para el ejercicio de sus derechos”²².

13. En la Sentencia T-365 de 2020 la Corte estudió una acción de tutela en la que el demandante, una persona privada de la libertad, miembro de la comunidad indígena arhuaca, solicitó que se ordenara al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario en que se encontraba recluso que le permitiera el ingreso y uso del ayú y del poporo. En esa oportunidad, la Corte tuteló, entre otros, los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural del accionante y sistematizó las reglas jurisprudenciales sobre el contenido del derecho a la diversidad e identidad étnica y cultural del pueblo indígena, así²³:

- (i) El objetivo del derecho a la identidad étnica y cultural es que las comunidades que no comparten los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria, como lo son las comunidades indígenas, puedan ejercer sus derechos fundamentales conformidad con su propia manera de ver el mundo y que puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de su territorio.
- (ii) El Estado y las autoridades deben garantizar que todas las formas de ver el mundo, incluyendo las cosmogonías indígenas, triviales y étnicas, coexistan pacíficamente.
- (iii) El constituyente de 1991 tenía la clara intención de superar el discurso homogeneizador de la Constitución Política de 1886.
- (iv) El Estado debe preservar la convivencia pacífica de toda la población, garantizando los derechos de todos y cada uno de los ciudadanos, reconociendo que existen necesidades particulares por tratarse de comunidades pluriétnicas y multiculturales.
- (v) Está prohibido que la organización estatal imponga una determinada concepción del mundo a sus ciudadanos, pues ello vulneraría especialmente los derechos de las comunidades indígenas.
- (vi) La diversidad étnica y cultural se materializa precisamente en la posibilidad de expresar, mantener e incluso profundizar las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias. Por lo tanto, **es imperativo que se garantice el uso y mantenimiento de las manifestaciones religiosas y tradiciones que identifican a los indígenas y que los diferencian de la sociedad mayoritaria.**
- (vii) El derecho a la identidad cultural se compone de dos dimensiones (i) una colectiva, que consiste en la protección constitucional que se le

²² Sentencia T-172 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²³ Sentencia T-365 de 2020, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

- otorga a la comunidad como sujeto de derechos, y (ii) una individual, que se materializa en la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad.
- (viii) Este derecho de los pueblos indígenas se proyecta más allá de lugar en el que se encuentren ubicados. Lo contrario sería una política de segregación, contraria a los presupuestos constitucionales.
 - (ix) Los derechos de los cuales son titulares los miembros de las comunidades indígenas incluyen, entre otros: (i) el de preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosos y espirituales; (ii) el de no ser objeto de asimilaciones forzadas; (iii) el de utilizar y controlar sus objetos de culto, y (iv) el de asumir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales.

(ii) El derecho a la libertad de cultos y su materialización en los rituales fúnebres, en particular a la inhumación, exhumación y traslado de cadáveres

14. Desde sus orígenes, esta Corte ha sido clara en establecer que la celebración de rituales funerarios es una manifestación del derecho a la libertad de cultos. Las primeras reglas que estableció sobre este aspecto estuvieron orientadas a definir en quién recaía la titularidad del derecho a decidir sobre el cadáver de un fallecido, en aspectos como la inhumación, exhumación y traslado²⁴.

15. En la Sentencia T-162 de 1994²⁵ la Corte estudió un caso en el que la cónyuge solicitó trasladar los restos de su esposo fallecido a una bóveda nueva. Sin embargo, se encontró con que un hijo extramatrimonial del difunto los había reclamado y trasladado a otro lugar. Por medio de la tutela, la accionante solicitó que se ordenara al sacerdote a cargo de la administración del cementerio a donde habían sido trasladados los restos de su esposo, que le permitiera exhumarlos y trasladarlos nuevamente. La Corte concedió el amparo solicitado. Consideró que la peticionaria, como esposa del difunto, tenía derecho a conservar su tumba. A su vez, como practicante de la religión católica, entendía como un deber religioso la veneración de la tumba y de los restos “(...) como una manifestación de la fe en la trascendencia de su esposo y en la suya misma”. En consecuencia, concedió el amparo solicitado.

16. A su vez, en la sentencia T-517 de 1995²⁶, la Corte resolvió una acción de tutela en que la actora pretendía que se ordenara al cementerio donde reposaban los restos inhumados de su hijo que no permitiera a la cónyuge

²⁴ Sobre las reglas generales sobre la titularidad para la inhumación y exhumación de cadáveres la Corte ha dispuesto que “(...) tienen prioridad el o la cónyuge, los hijos, los padres, los hermanos, abuelos y nietos del ser fallecido, en la medida en que son ellos quienes pueden dar o negar el consentimiento para la donación de órganos”. Sentencias T-165 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas. Además, Sentencia T-162 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-217 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-609 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz; T-462 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-165 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-741 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz.

²⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

supérstite de su hijo exhumar el cadáver. En este caso, la Corte negó la tutela solicitada, porque consideró que el derecho preferencial para disponer de la exhumación del cadáver del fallecido lo tenían sus hijos menores, representados por su cónyuge supérstite.

17. En la Sentencia T-609 de 1995²⁷ el cónyuge fallecido de la accionante fue enterrado en una bóveda en un cementerio de Medellín, que había sido alquilada por una tercera persona. Por medio de la acción de tutela, la demandante solicitaba que se ordenara al cementerio exhumar los restos de su cónyuge para trasladarlos a Bogotá. Después de advertir que no existía claridad sobre la relación de la actora con el esposo²⁸, y que tampoco se le estaba vulnerando el derecho a venerar su tumba -incluso podía solicitar la exhumación al vencimiento del contrato de arrendamiento-, la Corte negó el amparo solicitado.

18. En la Sentencia T-462 de 1998²⁹ se estudió un caso en que la actora solicitó que se ordenara la exhumación anticipada de los restos de su cónyuge fallecido, quien fue enterrado como NN en un cementerio que, por las malas condiciones de higiene y seguridad, no le permitían rendirle culto a su ser querido. En esa ocasión, la Corte estableció que no existía una prohibición absoluta para exhumar un cadáver anticipadamente. Excepcionalmente, la ley prevé esta posibilidad (i) cuando se trate de una investigación epidemiológica, o (ii) cuando medie una orden judicial. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en el curso del proceso se comprobó que el cementerio donde se ubicaban los restos del difunto era inseguro y no contaba con las condiciones de higiene que permitieran visitar su tumba en condiciones de tranquilidad (el suelo estaba saturado, por los hornos crematorios salían partículas y olores desagradables y lo mismo sucedía con el alcantarillado), la Corte concedió la tutela solicitada. Además, ordenó a las autoridades competentes realizar los trámites necesarios para realizar la exhumación y el traslado del cadáver del difunto.

19. En otra oportunidad, esta Corte estudió un caso en que la accionante, estando embarazada de gemelos, fue trasladada desde el municipio en el que residía (El Zulia – Norte de Santander) hasta Bucaramanga, para practicarle un procedimiento que de alta complejidad. Estando en Bucaramanga, los gemelos sufrieron de muerte intrauterina. Por medio de la acción de tutela, la actora solicitaba que se ordenara a su EPS cubrir los gastos del traslado de los cuerpos de los gemelos hacia su lugar de residencia, porque no contaba con recursos para costear el traslado. La Corte concedió el amparo solicitado. Fundamentó su decisión en que

“(…) el transporte médico era requerido por la accionante cuando la terapia fetal ordenada aún podía ser efectiva. En el momento en el que

²⁷ M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁸ Pues aparentemente otra pareja del difunto reclamaba la exhumación del cadáver.

²⁹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

los fetos perdieron la posibilidad de vivir, dicho transporte dejó de ser necesario. Pero lo que sí subsiste luego de la muerte fetal es la pretensión de la accionante de enterrar a sus hijos no nacidos en el municipio en el que reside, para lo cual es indispensable transportar los cuerpos. Así las cosas, en este caso no está involucrado el derecho a la salud sino la libertad de culto y de conciencia que subyace al derecho a enterrar los cuerpos de los fallecidos cercanos”³⁰.

20. Por último, en la Sentencia T-741 de 2014, la Corte estudió una acción de tutela en que la actora solicitó que se ordenara a la Alcaldía de Inírida trasladar los restos de su compañero permanente fallecido en Villavicencio - quien había sido transportado desde Inírida a un hospital de Villavicencio antes de morir-. La Alcaldía argumentaba que, para ese momento, no contaba con un contrato de transporte que le permitiera garantizar el traslado del cuerpo y no se podían realizar nuevas contrataciones “*debido a la vigencia de la Ley de Garantías Electorales*”.

21. Para resolver el caso, la Corte consideró que, en el ordenamiento colombiano, los derechos a la libertad de cultos y de conciencia tiene un doble contenido. El primer contenido está orientado a prohibir expresamente la discriminación por razones religiosas. El segundo contenido se dirige a permitir la libre manifestación de las diferentes creencias o convicciones, lo que implica, entre otras cosas, que los ciudadanos tienen derecho a recibir sepultura conforme al culto, ritos y preceptos del difunto o de sus familiares.

22. En cuanto a las garantías electorales, la Corte estableció que el argumento de la accionada era inaceptable, porque:

“1. Las restricciones a la contratación pública directa por parte de todos los entes del Estado en época electoral, está estipulada en el artículo 33 de la Ley 966 de 2005, de garantía electorales.

2. Dicho artículo establece unas excepciones a esa restricción, relacionadas con contrataciones para i) la defensa y seguridad del Estado, ii) el crédito público, iii) las emergencias educativas, sanitarias y desastres, iv) la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones en caso de atentados, destrates naturales o fuerza mayor y v) las actividades realizadas por entidades sanitarias y hospitalarias.

3. Son autoridades sanitarias las entidades jurídicas de carácter público con atribuciones para ejercer funciones de rectoría, regulación, inspección, vigilancia y control de los sectores público y privado en salud y adoptar medidas de prevención y seguimiento que garanticen la protección de la salud pública. Las Alcaldías, a través de sus direcciones de salud, son autoridades sanitarias.

³⁰ Sentencia T-165 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

4. El traslado de un cadáver al municipio de origen, es necesario para lograr debidamente su inhumación. Tal actividad debe darse con celeridad e idoneidad, pues lo contrario, podría generar problemas de salubridad pública. Es decir, es una actividad de carácter sanitario, regulada por normas de dicha naturaleza.

5. El legislador previó que cuando sea necesaria la ejecución de actividades sanitarias como ésta (traslado e inhumación de un cadáver), la contratación no puede suspenderse, ni en época electoral, pues ello generaría perjuicios mayores, relacionados con la salud pública (inc. 2º art. 33 L. 966/05)³¹.

23. Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte tuteló los derechos fundamentales a la libertad de cultos y de conciencia de la accionante y ordenó a la Alcaldía de Inírida realizar las gestiones administrativas y presupuestales para ordenar la exhumación, el traslado y la inhumación del cadáver del difunto, de conformidad con lo dispuesto por su compañera supérstite.

24. De los precedentes jurisprudenciales expuestos se extraen las siguientes reglas: (i) la pretensión de los allegados al difunto de venerar su tumba una vez fallecido goza de protección constitucional, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución, que consagra el derecho a la libertad de cultos; (ii) el cadáver representa un símbolo en muchas culturas, por lo que los rituales funerarios adquieren un papel trascendental para asumir el duelo y en tal sentido, debe garantizarse la protección a la realización de sus ritos fúnebres; (iii) los familiares más cercanos del difunto son quienes gozan del derecho a decidir sobre la disposición del cadáver de su ser querido, (iv) el ejercicio de los derechos a la libertad de cultos y de conciencias implica garantizar la libre manifestación de las diferentes creencias o convicciones y se materializa en que los ciudadanos tienen derecho a recibir sepultura conforme al culto, ritos y preceptos del difunto o de sus familiares; (v) la falta de capacidad económica para asumir los costos de disposición del cadáver de su familiar fallecido no puede ser un impedimento para practicar los respectivos ritos funerarios; (vi) la restricción legal a la exhumación anticipada de cadáveres no es absoluta y admite excepciones, que la misma ley prevé, y (vii) las autoridades municipales están obligadas a efectuar las contrataciones necesarias asociadas a la inhumación, exhumación y traslado de cadáveres, incluso estando restringida la actividad contractual en períodos preelectorales.

(iii) El ejercicio de los rituales fúnebres en las comunidades indígenas en desarrollo de su identidad

- Caracterización de la comunidad indígena Wounaan: el Derecho Mayor, los Benkhun, los rituales fúnebres y la tierra

³¹ Sentencia T-741 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz.

25. Para resolver este caso, es necesario entender la trascendencia de la visión de mundo de la señora Iluberta Quiro Negria. La difunta hacía parte de la comunidad indígena Wounaan y se desempeñaba como médica tradicional. Su mundo, como integrante de la comunidad indígena a la que pertenecía, estaba permeado por una serie de particularidades desconocidas para aquellos ajenos a su pueblo y esto valida la necesidad de reconstruirlo³².

26. Para comenzar, el pueblo Wounaan está integrado por 11.006 personas, que se distribuyen a 34 comunidades y 23 resguardos. En Colombia está ubicado en los departamentos del Chocó y Valle del Cauca, sobre los ríos Baudó y Atrato, que son los principales ríos de la región, y también sobre algunos ríos secundarios. Tiene un importante nivel de cultura y valores propios, que se evidencia en que el 91.6% de sus miembros que viven en la región del Bajo San Juan habla su lengua nativa, que se denomina *wounmeu*³³.

En la comunidad se tiene un derecho mayor, entendido como

“(…) las tradiciones que han permanecido en las comunidades y que garantizan la convivencia, el orden social, la autoridad tradicional y que los diferencian de otros pueblos en la manera de afrontar acontecimientos en las comunidades que preservan las estructuras familiares, la descendencia y la identidad, el cumplimiento adecuado de roles productivos entre muchas más cosas”³⁴.

27. Lorenzo Muelas, Gobernador del Pueblo Guambiano, explica así el Derecho Mayor:

“La Ley de Origen y la Ley Natural es el mismo derecho mayor, pero que tienen otro nombre de acuerdo a la filosofía de cada pueblo. Decimos Derecho Mayor por ser antiguo. Porque somos originarios de estas tierras. A nosotros nos parió la tierra, un gran caudal, una avalancha hizo nacer a nuestro pueblo. No entramos por el Estrecho de Bering. Hace 10, 20 y 30 mil años nos desarrollamos, y nosotros somos herederos de esos antepasados, y somos hijos de ellos y somos parte de ese derecho, el Derecho Mayor”³⁵.

28. Para los Wounaan, *“La comunidad [...] tiene un plan de vida y ese plan de vida está plasmado en un libro y la ley de origen, donde habla*

³² La elaboración de este acápite se basa principalmente en las respuestas provistas por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) el 17 de junio de 2021 al auto de pruebas proferido por la Magistrada Sustanciadora y en el interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 4 de agosto de 2021 al señor Pedro Conquista en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

³³ Respuestas provistas por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) el 17 de junio de 2021 al auto de pruebas proferido por la Magistrada Sustanciadora. Folio 2 del archivo denominado “Respuesta Instituto Colombiano Antropología e Historia” del expediente digital.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Documento digital aportado por la parte actora sobre el Derecho Mayor de los pueblos indígenas. Folio 5 del archivo denominado “Derecho Mayor” del expediente digital.

*directamente la espiritualidad. También está plasmada en un libro y se van asentando conforme a los usos y costumbres, ese libro reposa a nivel nacional y se llama Derecho Mayor de los Pueblos Indígenas en Colombia, ese libro nos habla de nuestros orígenes*³⁶.

29. Los Wounaan consideran que para que el derecho mayor perviva es relevante el papel de los médicos tradicionales. Los médicos tradicionales también se denominan *benkhun*. *Ben* significa espíritu y *khun* poder. La labor curativa de un médico tradicional para la comunidad indígena Wounaan trasciende la enfermedad física, pues tiene la capacidad de curar el espíritu³⁷. En ese sentido, un *benkhun* es un

“(…) mediador entre los agentes naturales y sobrenaturales. Su función es la de mantener y/o restablecer el equilibrio corporal perdido con la enfermedad. Los *benkhun* son los encargados de llevar a cabo rituales, los cuales son parte de intercambios que permiten cuidar el bienestar de los Wounaan, otros seres y su entorno. El cuidado encarnado y experto es fundamental para los rituales y hace énfasis en nutrir a los antepasados, las personas, los espíritus y otros seres no humanos”³⁸.

30. Según la comunidad Wounaan, el oficio de un médico tradicional es *“sanar cualquier enfermedad que llegue a su alcance, no le pagan, la labor de ellos es su voluntariedad (...) tiene un alcance espiritual consistente en comunicarse con los espíritus chimía, de acuerdo a eso diagnostica las enfermedades y (...) le dan los resultados con la planta que tiene que curarse”*.

31. Además, los médicos tradicionales cumplen una función esencial cuando fallece un miembro de la comunidad para realizar los rituales mortuorios³⁹. Una vez fallecido, los Wounaan entienden que el espíritu de los médicos tradicionales los protege y mantiene la pervivencia de la medicina tradicional. Su muerte es un acontecimiento trascendental, porque el pueblo Wounaan entiende que *“La médica tradicional es un libro donde directamente se pronuncia, traduce lo que está digamos hecho (...). [E]l fallecimiento de la médica tradicional es un vacío, es la pérdida de un libro”*⁴⁰.

32. Al referirse a la necesidad de la comunidad de contar con el cuerpo de Iluberta Quiro como médica tradicional, Pedro Conquista respondió:

³⁶ Folio 7 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 4 de agosto de 2021 al señor Pedro Conquista en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Respuestas provistas por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) el 17 de junio de 2021 al auto de pruebas proferido por la Magistrada Sustanciadora. Folio 3 del archivo denominado “Respuesta Instituto Colombiano Antropología e Historia” del expediente digital.

⁴⁰ Folio 3 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 4 de agosto de 2021 al señor Pedro Conquista en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

“Para (...) la comunidad Wounaan (...) a pesar de que [ella] está en otra dimensión [como] médica tradicional, el cuerpo, el espíritu tiene que estar en el territorio, para poder proteger de la medicina tradicional. De acuerdo a eso se llama a otros médicos para que hagan el trabajo del espíritu que hay, pues es muy importante tenerlo dentro del territorio, ya que él va a convivir directamente con la familia. Es por ello que para la comunidad es muy valioso, porque ella cuando estaba viva defendía mucho a los pacientes (...), entonces para nosotros es muy importante tenerlo porque los otros médicos tradicionales (...) utilizan a los difuntos para que hagan sus sanaciones directamente a los pacientes para poder mejorar algunas enfermedades”⁴¹.

33. Además, los médicos tradicionales adquieren su poder de sanación de sus ancestros. En palabras de la comunidad, “[s]e nombra médico por la característica del poder que tiene, el cual proviene de familia en familia, entonces a cierta edad pasa el poder en la familia, ya sea al hijo (...)”.

34. Los ritos fúnebres en la comunidad indígena Wounaan también son particulares. El ICANH los explica así:

“[Según] el antropólogo Álvaro Chávez (...) uno de los pocos investigadores que ha descrito el ritual mortuario Wounaan (...) cuando el médico tradicional que ha cuidado al enfermo sabe que éste no puede curarse, rodeado de su familia, lo colocan con los pies hacia el oriente sobre su damagua –una prenda que cubre la parte íntima del cuerpo y que se elabora a base de la fibra del mismo árbol–. Los parientes acompañan el deceso, encontrándose las mujeres aparte de los hombres.

Una vez ha fallecido, los familiares lloran, beben y se despiden cantando y gimiendo las cualidades del difunto. Los entierros han cambiado conforme al tiempo, a los recursos del ambiente y a presiones ejercidas por actores armados. Antes, se llevaba al difunto acostado en una canoa, pero cada vez más se ha ido incorporando el uso del cajón en el que llevan el cuerpo hasta el cementerio (Chávez, 1992).

Una vez allí, se roza el terreno y se excava el hueco, en el fondo se construye una bóveda en la que se instala el cuerpo que ya ha sido envuelto en un lienzo (Chávez, 1992), luego, la bóveda se tapa con tablas y se cubre la tumba con tierra. Sobre la tumba se hunde una cruz y se colocan las pertenencias personales del difunto que son una representación del rol que éste cumplía en la comunidad.

Los objetos al ser de un muerto son “contaminantes”, por lo que no pueden ser tocados porque pueden traer desgracias. Los parientes del difunto no

⁴¹ Folio 2 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 4 de agosto de 2021 al señor Pedro Conquista en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

participan de la ceremonia de entierro pues tienen asignados otros roles: “El marido o la esposa, por ejemplo, debe permanecer por ocho días mirando al río, tapados con un pañuelo grande y sin mirar a la gente joven. Cumplido este tiempo se baña con agua fría y ya pueden continuar su vida, abandonando la vivienda y yéndose con sus hijos a otro lugar” (Chávez, 1992, p. 150)”⁴².

35. Cuando quien fallece es un *benkhun* los médicos tradicionales se reúnen y practican un ritual con el fin de que el poder del *benkhun* fallecido pase a su descendencia⁴³. Según lo explica la comunidad, los cadáveres de los miembros que fallecen se depositan en un cementerio, que lo entienden como un “(...) *sitio sagrado donde van relacionadas y cercanas todas las familias, donde están directamente los abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, nieto, sobrino, todos van relacionados, entonces van en escala para no perder la familia*”⁴⁴.

36. Para los Wounaan el lugar donde se deposita el cadáver de sus difuntos es fundamental, pues entienden que “(...) *cada vez que la familia vaya a mirar al difunto, a la abuela, van a visitarlo (...)*”⁴⁵. Además, la incapacidad de enterrar a los difuntos en su tierra es un episodio de profunda gravedad para la comunidad.

37. Cuando se le preguntó a Pedro Conquista sobre el significado que tenía para la comunidad que el cadáver de Iluberta Quiro estuviera en un cementerio en Buenaventura, respondió: “*Es muy difícil porque ella está acorralada, yo diría que ella está divagando, a pesar de que el espíritu lo pueden llamar el siguiente médico tradicional, ya sea su hijo u otro familiar, pero ella está presa para nosotros, por eso hay que liberarla*”⁴⁶. Al referirse al alma de Iluberta Quiro, afirmó: “(...) *ella está atrapada en un territorio donde no conoce a nadie, entonces está penada de muerte también, está enferma directamente, entonces para poder liberar ese cuerpo tiene que llegar donde están los familiares*”.

38. La comprensión del alma acorralada, atrapada, presa, cuando no está enterrada en el territorio de su comunidad, está asociada a la comprensión de los Wounaan sobre la muerte. Para ellos, cuando una persona muere, “(...) *el espíritu no se va a otra parte, sigue con [ellos] y sigue vivo*”⁴⁷. Por lo tanto, la Sala considera pertinente para el análisis de este caso la referencia a la trascendencia de los rituales fúnebres que expuso el ICANH en su respuesta. Al respecto, explicó:

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Folio 4 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 4 de agosto de 2021 al señor Pedro Conquista en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Folio 6 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 4 de agosto de 2021 al señor Pedro Conquista en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

“Robert Hertz, uno de los antropólogos pioneros en estudiar la muerte, sostenía que los ritos mortuorios tienen el propósito de mediar en las transformaciones que afectan al cadáver, el alma y las personas vinculadas a los difuntos, y que, al tiempo que el primero se descomponía, la segunda ingresaba a su morada ultraterrena y las terceras se reincorporaban a la sociedad tras haber sido marcadas y aisladas durante el luto. Su conclusión es que «para la consciencia colectiva, la muerte en condiciones normales es una exclusión temporal del individuo fuera de la comunión humana, que tiene por efecto trasladar al muerto de la sociedad visible de los vivos a la sociedad invisible de los ancestros» (Martínez, 2017). Antes de alcanzar su destino post mortem, los muertos pasan por una fase intermedia en la que se “niegan” a separarse de sus posesiones y parientes. Frente a este carácter conflictivo, los vivos recurren a procedimientos rituales que buscan establecer una separación “saludable” (Martínez, 2017). De esta manera, los muertos tienen la posibilidad de pervivir y de seguir incidiendo en la vida del colectivo (Martínez, 2017)”⁴⁸.

39. Por último, para las comunidades indígenas adquiere una importancia especial que su cadáver, cuando mueran, repose en sus tierras. Sobre esto, Nelson Martínez, Juez del Pueblo Pijao afirma:

“Para nosotros el territorio es todo el entorno donde nace y se mueve la vida, y dentro de aquella está el ser y todos los seres. Territorio en nuestro propio idioma se dice OTAIMA es madre tierra, al igual que Pachamama en Kichwa, ese es el cosmos donde nos movemos y se mueve el equilibrio entre lo ancho y lo alto.

El territorio es un árbol, los ríos y el aire son nuestra comunicación dentro de todo esto somos raíces y estamos luchando; cada brazo es parte de un pueblo dentro de este árbol, los animales marcan su territorio cada uno marca su territorio y llega la cosmogonía de cada pueblo, comemos de la madre tierra y volvemos allá mismo al morir. Somos hijos malvados por vender el territorio”⁴⁹.

40. Para la comunidad Wounaan, las leyes espirituales obligan a que los cuerpos de sus difuntos permanezcan en sus territorios y, para referirse al acto de enterrar el cadáver, usan un término que tiene un significado de origen más que de fin: los Wounaan “siembran” el cadáver de sus muertos en su territorio⁵⁰.

⁴⁸ Respuestas provistas por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) el 17 de junio de 2021 al auto de pruebas proferido por la Magistrada Sustanciadora. Folio 3 del archivo denominado “Respuesta Instituto Colombiano Antropología e Historia” del expediente digital.

⁴⁹ Documento digital aportado por la parte actora sobre el Derecho Mayor de los pueblos indígenas. Folio 44 del archivo denominado “Derecho Mayor” del expediente digital.

⁵⁰ Folio 5 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 4 de agosto de 2021 al señor Pedro Conquista en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

- Reglas para garantizar el ejercicio de los ritos fúnebres en las comunidades indígenas con fundamento en la jurisprudencia constitucional

41. Las consideraciones presentadas permiten concluir que los rituales fúnebres en las comunidades indígenas tienen unas particularidades específicas que obedecen a sus usos y costumbres particulares y que hacen parte de su identidad. Por lo tanto, se hace necesario hacer una interpretación armónica de las reglas fijadas por la Corte sobre la disposición de cadáveres (inhumación, exhumación y traslado) en desarrollo del derecho a la libertad de cultos, en relación con la protección del derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

42. Sobre el particular, existen dos elementos desarrollados de la jurisprudencia constitucional que chocan frontalmente con el derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. El **primer elemento** tiene que ver con el derecho para decidir sobre la inhumación, exhumación y traslado del cadáver de una persona que ha fallecido. Hasta el momento, la Corte ha establecido que ese derecho lo tienen los familiares más cercanos del difunto. Sin embargo, la Corte ha reconocido a las comunidades indígenas como verdaderos sujetos colectivos, como una manifestación del derecho a la diversidad étnica y cultural.

43. Además, la forma particular en que las comunidades indígenas realizan los rituales fúnebres de sus miembros fallecidos implica que este acto no concierna solamente a sus familiares más cercanos. La trascendencia de los rituales mortuorios, para los pueblos indígenas, involucran a toda la comunidad. En consecuencia, en los casos de las comunidades indígenas, la titularidad del derecho para disponer el cadáver está en cabeza de la comunidad entera, y no sólo de sus familiares más cercanos.

44. El **segundo elemento** está relacionado con el lugar en el que reposan los restos de un difunto. Hasta el momento, la Corte ha establecido que la protección constitucional del derecho a la libertad de cultos se materializa en que los allegados de la persona fallecida puedan venerar su tumba y ese es el espacio físico donde se entiende satisfecho el derecho. No obstante, en el caso de las comunidades indígenas, el alcance de la protección debe reconocer que, por su forma particular de concebir el mundo, es esencial que los rituales fúnebres de sus difuntos tengan lugar en su territorio.

(iv) Normas sobre disposición de cadáveres en Colombia y medidas transitorias adoptadas durante la pandemia ocasionada por el Covid – 19

- Normas transitorias sobre inhumación y traslado de cadáveres adoptadas por el Ministerio de Salud y Protección Social durante la pandemia por Covid – 19

45. Con ocasión de la pandemia causada por el Covid-19, el Ministerio de Salud y Protección Social publicó una normativa transitoria denominada “Orientaciones para el manejo, traslado y disposición final de cadáveres por SARS-CoV-2 (COVID- 19)”⁵¹.

46. Entre otras cosas, el documento: (i) estableció que, en la ausencia de la aplicación de un método de diagnóstico masivo, todo caso debía considerarse potencialmente positivo⁵²; (ii) restringió las prácticas de embalsamamiento, tanatopraxia u otros alistamientos de cadáver en casos con diagnóstico presuntivo o confirmado de Covid-19⁵³, y (ii) estableció:

“La disposición final de cadáveres de personas fallecidas por COVID-19 se hará preferiblemente por cremación. Cuando no se cuente con instalaciones para este procedimiento en el territorio donde ocurrió el deceso o la disponibilidad de esta tecnología desborda la capacidad económica de las personas, se hará inhumación en sepultura o bóveda individualizada. En todo caso, el alistamiento del cadáver se realizará siempre en el lugar del deceso y no se permitirá el traslado hacia otra ciudad o municipio para su disposición final, salvo en las áreas metropolitanas y entre municipios vecinos cuando no existen servicios locales para la disposición final, y siempre y cuando el servicio funerario garantice condiciones seguras de traslado y se cuente con la autorización del municipio receptor”⁵⁴.

47. Además, en el documento referido, el Ministerio de Salud y Protección Social aclaró:

“En los casos de muertes que ocurren en zonas rurales de alta dispersión, territorios de pertenencia étnica, y en grupos étnicos (indígenas, afrocolombianos y ROM), los cuerpos no deben ser trasladados sino inhumados en bóvedas o sepulturas en el municipio donde ocurre la defunción, de conformidad (sic), teniendo en cuenta que los usos y costumbres en estos sucesos son de vital importancia para las familias y comunidades, y que se deberán limitar solamente al acompañamiento espiritual o mediante rituales al territorio de manera simbólica; siempre y cuando se cumpla con todas las medidas preventivas para evitar el contagio tales como el aislamiento, la no aglomeración de personas y que no incluyan prácticas de manipulación de los cadáveres (...)”⁵⁵ (Subrayado por fuera del texto).

⁵¹ Para la época de los hechos se encontraba vigente la versión 4 de este documento, expedido en abril de 2020.

⁵² Ministerio de Salud y Protección Social. “Orientaciones para el manejo, traslado y disposición final de cadáveres por SARS-CoV-2 (COVID- 19)” Versión 4 (abril de 2020). Página 6.

⁵³ Ministerio de Salud y Protección Social. “Orientaciones para el manejo, traslado y disposición final de cadáveres por SARS-CoV-2 (COVID- 19)” Versión 4 (abril de 2020). Página 8.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ministerio de Salud y Protección Social. “Orientaciones para el manejo, traslado y disposición final de cadáveres por SARS-CoV-2 (COVID- 19)” Versión 4 (abril de 2020). Página 10.

48. De la normativa transcrita se extrae que: (i) un cadáver sin resultados de prueba Covid-19 debía ser considerado sospechoso; (ii) la disposición final de los cadáveres sospechosos de personas asociadas a Covid-19 se debía hacer preferiblemente por cremación. De no ser posible, por inhumación en sepultura o bóveda individualizada, y (iii) en el caso de comunidades indígenas, el Ministerio estableció que los ritos fúnebres se deberían limitar “(...) *solamente al acompañamiento espiritual o mediante rituales al territorio de manera simbólica*”.

49. De entrada, cabe resaltar que, en lo que tiene que ver con la disposición de cadáveres de miembros de comunidades indígenas contiene una contradicción, pues dispone que se deberán respetar sus rituales fúnebres de conformidad con sus usos y costumbres, pero limitados al acompañamiento espiritual de manera simbólica. Esta contradicción desconoce precisamente que según los usos y costumbres de las comunidades indígenas la tenencia del cadáver de un difunto dentro de su territorio es esencial para practicar los ritos funerarios. Por lo tanto, es violatoria de los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de las comunidades indígenas y, en consecuencia, inconstitucional.

- Normas sobre exhumación de cadáveres – Resolución 5194 de 2010

50. La norma que reglamenta los servicios de inhumación, exhumación y cremación de cadáveres en Colombia, es la Resolución 5194 de 2010, expedida por el Ministerio de Salud. La Resolución excluye expresamente del ámbito de su aplicación los cementerios de las comunidades indígenas⁵⁶.

51. Esta normativa define la inhumación como la “*acción de enterrar o depositar en los cementerios cadáveres, restos óseos y partes humanas*”⁵⁷ y la exhumación, como la “*acción de extraer cadáveres, restos humanos y restos óseos del lugar de inhumación, previa orden judicial o administrativa para los efectos funerarios o legales*”⁵⁸.

52. En el caso de cadáveres de mayores de 7 años, la reglamentación prevé un periodo mínimo de permanencia para poder realizar la exhumación de cuatro (4) años a partir de la fecha de inhumación establecida en los registros del cementerio⁵⁹. Esto obedece a que durante este tiempo se “*(...) garantiza la reducción esquelética a restos óseos para así minimizar los riesgos a la salud humana por fluidos y tejidos para su exhumación*”⁶⁰ La normativa también

⁵⁶ El artículo 2º de la Resolución 5194 de 2010 dispone: “*Quedan excluidos del cumplimiento de la presente resolución los cementerios de comunidades indígenas*”.

⁵⁷ Artículo 1º de la Resolución 5194 de 2010.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Artículo 20 de la Resolución 5194 de 2010.

⁶⁰ Folio 3 de las respuestas provistas por el Ministerio de Salud el 23 de julio de 2021 al auto de pruebas proferido por la Sala de Revisión.

contempla una excepción por la cual es posible realizar la exhumación anticipada del cadáver, esto es, cuando medie orden judicial⁶¹.

Análisis del caso concreto

(i) Síntesis del caso

53. En el caso concreto, son hechos probados que el 4 de mayo de 2020, en el curso de la pandemia generada por el Covid-19, la señora Iluberta Quiro Negria, médica tradicional perteneciente a la comunidad indígena Wounaan, falleció en el Hospital Luis Ablanque de la Plata, en el municipio de Buenaventura. Al momento de su fallecimiento los médicos tratantes contaban con una impresión diagnóstica presuntiva de Covid – 19. Cuando murió, sus familiares solicitaron expresamente al Hospital y a la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura que, de descartarse esa impresión diagnóstica, les entregaran el cuerpo de la difunta, para enterrarla de conformidad con los ritos propios de su cultura y tradiciones.

54. El mismo día de su muerte, por órdenes de la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura, el cadáver de la señora Iluberta Quiro fue inhumado. El proceso lo practicó la Funeraria Hermanos del Pacífico. El cuerpo se depositó “*en una caja en el cementerio Jardines del Pacífico de la ciudad de Buenaventura*”⁶².

55. El 8 de mayo de 2020 se conoció el resultado negativo de la prueba de Covid – 19 que había sido practicada a la señora Iluberta Quiro antes de morir. En consecuencia, los miembros de su comunidad se desplazaron desde su resguardo hasta Buenaventura, y le solicitaron a la Secretaría Distrital de Salud la entrega del cuerpo de su médica tradicional. El 10 de mayo de 2020 la entidad respondió negativamente a la solicitud de la comunidad. Fundó su decisión en que según la normativa expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social los cuerpos fallecidos de personas pertenecientes a las comunidades indígenas no podían ser trasladados y se deberían limitar al acompañamiento espiritual o mediante rituales al territorio de manera simbólica.

56. El 11 de mayo de 2020 la comunidad solicitó nuevamente a la Secretaría Distrital de Buenaventura la exhumación y entrega del cadáver de su médica tradicional.

(ii) Violación de los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de la comunidad indígena Wounaan

⁶¹ Artículo 21 de la Resolución 5194 de 2010.

⁶² Folio 1 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 2 de agosto de 2021 a la señora Francy Esther Cándelo Murillo en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

57. La resolución de este caso se dirige a analizar si las entidades accionadas vulneraron los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de la comunidad indígena Wounaan, al negarse a exhumar el cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria y entregarlo a su comunidad, con fundamento en que al hacerlo contrariarían las directrices del Ministerio de Salud sobre el manejo de cadáveres durante la pandemia ocasionada por el Covid -19.

58. En respuesta, la Sala comenzará por advertir que la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura vulneró gravemente los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de la comunidad indígena Wounaan.

59. Por el contrario, el Hospital Luis Ablanque de la Plata, aunque estuvo a cargo de la atención médica que recibió la señora Iluberta Quiro Negria, no incurrió en la violación de los derechos fundamentales a la comunidad, pues las conductas que generaron la transgresión de estos derechos -esto es, la negativa de exhumar el cadáver y de trasladarlo hasta el resguardo de su comunidad- no estuvieron a su cargo.

60. En cuanto a la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura, la accionada se ha rehusado sistemáticamente a entregar el cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria. En un primer momento lo hizo con el argumento de que la normatividad expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social sobre manejo de cadáveres con ocasión del Covid-19 no permitía que los cuerpos de miembros de comunidades indígenas fueran trasladados.

61. Para la Sala este argumento no tiene asidero porque primero, esta norma era inconstitucional. Por lo tanto, la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura debió haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política. De lo contrario estaría violando los derechos fundamentales a la diversidad e identidad étnica y cultural y a la libertad de cultos como en efecto lo hizo⁶³.

62. Segundo, los hechos probados en este caso evidencian que, tan solo cuatro días después de su fallecimiento, se conoció que la señora Iluberta Quiro Negria no era portadora de Covid-19. Como se advirtió, la disposición en la que se basa la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura expedida por el Ministerio de Salud y Seguridad Social era aplicable únicamente para los cadáveres con causa de muerte confirmada o probable por Covid-19. En

⁶³ Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que la excepción de inconstitucionalidad la puede aplicar cualquier autoridad administrativa. En Sentencia C-122 de 2011(M.P. Juan Carlos Henao Pérez), sostuvo: “(...) el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución” (Subrayado por fuera del texto). Véanse también: Sentencias T-075 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-303 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, y T-198 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

consecuencia, los resultados negativos de la prueba hacían inaplicable la norma.

63. Esto lo advirtió el juez de única instancia quien, en la sentencia en que resolvió el caso, ordenó a la Alcaldía Distrital de Buenaventura que realizara las gestiones presupuestales y administrativas necesarias para lograr la exhumación y el traslado del cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria hasta su comunidad y a la Secretaría Distrital de Salud realizar el seguimiento, vigilancia y acompañamiento del cadáver. Sin embargo, a pesar de mediar una orden judicial, la Secretaría Distrital de Salud ha incumplido flagrantemente la orden del juez.

64. En esta ocasión, la entidad distrital justifica el incumplimiento de la orden en que

“(…) aunque el juez determinó la entrega del cuerpo, el lineamiento de sospechoso no recomienda la entrega de esos cuerpos. Asimismo (…) se ha demostrado (…) en el ejercicio médico que muchos pacientes que presentan un cuadro clínico que nos hace pensar en Covid – 19 y presentan pruebas negativas y cuadro clínico sospechoso de COVID-19 con el tiempo con una segunda prueba que la paciente era negativa, en el caso de la señora Iluberta Quiro Negria sólo se le realizó una prueba. Posiblemente si le hubiéramos hecho en 72 horas (…) otra prueba hubiera salido positiva, porque tenía un cuadro clínico específico de COVID-19”⁶⁴.

65. Para la Sala los argumentos presentados por la entidad accionada no pueden tener asidero, porque: (i) desconocen que las órdenes judiciales son para cumplirse; (ii) contrarían abiertamente el artículo 83 de la Constitución Política que establece que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*, y (iii) constituyen una revictimización de la comunidad indígena Wounaan, que lleva más de un año esperando la entrega del cuerpo de su comunera.

66. Tampoco es de recibo la conducta incuriosa de la Secretaría de Salud, que no solamente no se pronunció en sede de única instancia, sino que tampoco respondió al cuestionario remitido por esta Corte en el auto de pruebas. También se rehusó a responder el cuestionario completo en el auto de requerimiento, y fue incluso necesario comisionar al juez de única instancia para que la accionada finalmente accediera resolver las inquietudes que se presentaron sobre el cadáver de la comunera.

67. Por lo demás, la Secretaría Distrital de Salud Buenaventura sostuvo, en el interrogatorio practicado por el juez de única instancia el 2 de agosto de 2021, que el cumplimiento de la orden judicial no era posible porque dependía de la

⁶⁴ Folio 5 del interrogatorio practicado por el Juez de única instancia el 2 de agosto de 2021 a la señora Francy Esther Cándelo Murillo en desarrollo del encargo comisorio ordenado por la Sala de Revisión.

Secretaría Distrital de Gobierno de Buenaventura, “(...) *la cual está en proceso de contratación de la actividad de exhumación*”. Al respecto, la Sala considera que no es excusa para incumplir la orden judicial. La jurisprudencia de esta Corte ha explicado que la contratación de actividades asociadas a disposición de cadáveres es una actividad sanitaria de alto grado de urgencia, hasta el punto de que su contratación ni siquiera puede ser suspendida en época electoral. Por lo tanto, para la Sala resulta reprochable el hecho de que, aun cuando ha transcurrido más de un año desde que el juez de única instancia dictó su sentencia, la orden no se haya cumplido por una eventual falta de contratación asociada al servicio de exhumación.

68. En este caso la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura tenía claridad sobre la pertenencia de la señora Iluberta Quiro Negria a la comunidad indígena Wounaan. Esto agrava aún más su conducta, pues la decisión de inhumar el cadáver de la médica tradicional y no entregarlo a la comunidad, implicó que permaneciera enterrado en un lugar diferente al del resguardo.

69. Con esto, la Secretaría Distrital de Salud puso a los miembros de la comunidad en una grave situación de desolación e indefensión, teniendo en cuenta que (i) la comunidad sufre por “*el alma prisionera de su comunera*”, y (ii) ha pervivido desde entonces en la incertidumbre y la ausencia plena del ejercicio de la medicina tradicional pues, sin su cadáver, no ha podido practicar los rituales para que esta práctica perdure.

70. Las razones presentadas son suficientes para concluir que en este caso existió una violación a los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de la comunidad indígena Wounaan. Esto, sobre todo, considerando que: (i) la comunidad Wounaan tiene una arraigada conservación de sus usos y costumbres; (ii) las leyes de las comunidades indígenas, plasmadas en el Derecho Mayor, obligan a sus miembros a conservar sus usos y costumbres; (iii) la posibilidad de despedir a Iluberta Quiro de acuerdo con sus ritos y costumbres, que es esencial para el bienestar comunidad. Esto, sobre todo, teniendo en cuenta que la religiosidad en la comunidad Wounaan hace parte de su identidad; (iv) la incapacidad de enterrar el cuerpo de Iluberta Quiro en su territorio deviene en un sufrimiento para toda la comunidad. Al contrario, el poder hacerlo contribuye a la existencia de una armonía comunitaria, y (v) en la comunidad indígena Wounaan, los médicos cumplen una función esencial, porque están a cargo de curar las enfermedades físicas y del espíritu. Por lo tanto, la muerte de Iluberta Quiro dejó un profundo vacío en la comunidad. Su “*poder*” se transmite de una generación a otra y, para esto, es necesaria la práctica de un ritual, que involucra necesariamente la tenencia del cadáver dentro de su territorio.

(iii) Violación al derecho de petición de la comunidad indígena Wounaan

71. Encuentra probado esta Sala que el 11 de mayo de 2020 la comunidad solicitó nuevamente a la Secretaría Distrital de Buenaventura la exhumación y

entrega del cadáver de su médica tradicional. Sin embargo, a pesar de que la entidad le aseguró a la comunidad que respondería su solicitud, nunca lo hizo. En consecuencia, para la Sala es evidente que la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura también violó el derecho de petición de la comunidad Wounaan la solicitud presentada.

Improcedencia de la indemnización pretendida por el accionante

72. En el escrito de tutela, el accionante solicita que se ordene a la accionada que indemnice a la comunidad por los gastos en que incurrió cuando se trasladó desde su territorio a Buenaventura a solicitar el cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria. Al respecto, es pertinente recordar que, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, la indemnización solicitada por el accionante no es procedente en este caso. Sobre esto, la Corte Constitucional ha señalado:

“La condena en abstracto prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, tiene por finalidad asegurar el goce efectivo del derecho, con lo cual se entiende que no es procedente decretarla cuando éste queda a salvo al conceder el amparo de los derechos que se consideran conculcados. Así, la indemnización que se ordene en abstracto debe estar encaminada a resarcir el daño emergente causado, entendido como "perjuicio o pérdida" con ocasión de la lesión al derecho, en los términos del artículo 1614 del Código Civil, es decir que no comprende el lucro cesante, como ganancia o provecho, que deja de reportarse con ocasión de dicha afectación. La Corte Constitucional ha considerado que aún en los casos en que se conceda la tutela, la condena en abstracto tiene un indudable carácter excepcional, limitado a los fines previstos por la norma, cuyo reconocimiento exige que se cumplan determinados requisitos”⁶⁵.

73. Los eventuales perjuicios que el accionante sostiene que se le ocasionaron a la comunidad cuando se trasladó al distrito de Buenaventura a solicitar el cadáver de su comunera no se derivarían de la violación a sus derechos. Son, por el contrario, gastos en los que incurrieron voluntariamente mientras buscaban lograr que la Secretaría Distrital de Salud accediera a su solicitud. En consecuencia, la Sala la declarará improcedente.

La Sala compulsará copias a la Procuraduría General de la Nación

74. Según el artículo 6° de la Constitución Política los servidores públicos son responsables por: (i) infringir la Constitución y las leyes, y (ii) omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, el numeral 6° del artículo 277 de la Constitución establece que es función de la Procuraduría General de la Nación “*Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de*

⁶⁵ Sentencia T-529 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.

75. En este caso la Sala Séptima advierte que, primero, la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura violó los derechos constitucionales fundamentales de petición, a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de la comunidad indígena Wounaan. En efecto, la entidad no solamente se rehusó a dar respuesta de fondo a la solicitud realizada por la comunidad, sino que también se negó a autorizar la exhumación y el traslado del cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria hasta su territorio. Segundo, en sentencia del 11 de junio de 2020 el Juzgado 4° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura ordenó a la Alcaldía Distrital de Buenaventura que realizara las gestiones presupuestales y administrativas necesarias para exhumar y trasladar el cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria hasta el resguardo de su comunidad. Sin embargo, la autoridad se negó sistemáticamente a cumplir la orden del juez.

76. Por último, a pesar de que en sede de revisión se profirieron dos autos de pruebas en los que se ofició a la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura para que informara a la Corte detalladamente en qué estado se encontraba el cumplimiento de la orden del juez de única instancia, la accionada se negó en ambas oportunidades a resolver las preguntas realizadas. Sólo cuando la Sala comisionó al juez para que practicara un interrogatorio, fue posible conocer las respuestas de la accionada. Por lo tanto, se compulsarán copias a la Procuraduría para que, dentro de sus competencias, investigue las distintas omisiones en que habría incurrido la parte accionada, con el fin de determinar si aquellas constituirían una falta disciplinaria.

Cuestión final

77. La Sala advierte que, después de haberse registrado la presente sentencia⁶⁶, la Secretaría Distrital de Buenaventura remitió a la Corte Constitucional diferentes documentos a través de los cuales pretende demostrar que dio cumplimiento a orden proferida por el Juzgado 4° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura⁶⁷. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 3° y 9° de la Ley 270 de 1996 *Estatutaria de Administración de Justicia*, son principios de la administración de justicia el derecho a la defensa de las partes y el respeto a los derechos de quienes intervienen en el proceso. Por lo tanto, la Corte Constitucional está obligada a garantizar el traslado y contradicción de todas las pruebas que se allegan a un proceso.

⁶⁶ La sentencia se registró el 31 de agosto de 2021

⁶⁷ Específicamente los documentos llegaron al Despacho de la Magistrada Sustanciadora el 7, 10 y 16 de septiembre de 2021.

78. En consecuencia, esta Sala no puede valorar las pruebas extemporáneas aportadas por la Secretaría Distrital de Salud de Buenaventura, por dos razones: la primera, porque no tiene la posibilidad de verificar si el supuesto cumplimiento de la orden del juez de única instancia fue efectivo. La segunda, porque hacerlo desconocería los derechos de defensa y contradicción del accionante. Por lo tanto, los documentos aportados por la accionada no serán tenidos en cuenta en esta decisión.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada por la Sala Séptima de Revisión mediante auto de 6 de julio de 2021.

Segundo.- Confirmar la sentencia proferida el 11 de junio de 2020 por el Juzgado 4° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura, en cuanto **TUTELÓ** los derechos fundamentales a la diversidad e identidad étnica y cultural, a la libertad de cultos y de petición de la comunidad indígena Wounaan.

Tercero.- ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia del 11 de junio de 2020, proferida por el Juzgado 4° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Buenaventura, en el cual se ordenó a la Alcaldía Distrital de Buenaventura realizar las gestiones presupuestales y administrativas necesarias para lograr la exhumación y el traslado del cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria al resguardo indígena Wounaan de Santa Rosa de Guayacán Río Calima. Lo anterior en el sentido de **PRECISAR** que, si es que aún no lo ha hecho, la Alcaldía Distrital de Buenaventura deberá realizar el traslado del cadáver en el término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo de conformidad con lo dispuesto por la comunidad indígena afectada y teniendo en cuenta todas las medidas sanitarias correspondientes.

Cuarto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo (Regional Pacífico) que acompañe y vigile el cumplimiento de la orden tercera de esta sentencia.

Quinto.- Declarar improcedente la indemnización solicitada por el accionante, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

Sexto.- COMPULSAR COPIAS de la tutela a la Procuraduría General de la Nación para que, si es que aún no lo ha hecho, dentro de sus competencias,

investigue: (i) la presunta conducta transgresora de los derechos a la diversidad e identidad étnica y cultural y a la libertad de cultos por parte de la Alcaldía Distrital de Buenaventura y su conducta omisiva frente a la entrega del cadáver de la señora Iluberta Quiro Negria a su comunidad, y (ii) la renuencia a dar respuesta a los requerimientos judiciales realizados por la Corte Constitucional. Para el efecto, se remitirá copia completa de esta providencia.

Comuníquese, publíquese y cúmplase

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
ALBERTO ROJAS RÍOS
A LA SENTENCIA T-318/21**

Referencia: Expediente T-8.117.857

Acción de tutela interpuesta por Pedro Conquista Quintero, en representación de la Asociación de Cabildos Indígenas del Valle del Cauca –Región Pacífico– ACIVA –RP, en contra de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, la Secretaría de Salud de Buenaventura y el Hospital Luis Ablanque de La Plata

Magistrada Ponente:
Cristina Pardo Schlesinger

**AÚN EN EL MARCO DE UNA PANDEMIA EL ESTADO
DEBE RESPETAR PLENAMENTE EL *DERECHO AL DUELO*
DE QUIENES HAN PERDIDO A SUS SERES QUERIDOS**

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala Séptima de Revisión en cuanto protege los derechos fundamentales a la diversidad e identidad étnica y cultural, a la libertad de cultos y de petición de la comunidad indígena Wounaan y, a su vez, ordena la exhumación y traslado del cuerpo de la señora Iluberta Quiro hasta el resguardo indígena, aclaro mi voto debido a que estimo que la Corte Constitucional ha debido darle un mayor alcance a la protección del *derecho al duelo* en el marco de esta pandemia, lo cual pudo haberse reflejado en unas consideraciones especiales al respecto, así como en la adopción de órdenes adicionales para garantizar este derecho, aspectos que paso a explicar a continuación:

1. En las consideraciones de la sentencia T-318 de 2021 se debió realizar un análisis específico sobre el *derecho al duelo*, el cual fue expresamente invocado por la comunidad accionante y reviste una importancia trascendental en el marco de la actual pandemia causada por el virus COVID-19.

Esta garantía innominada abarca el respeto pleno por las decisiones de quienes perdieron a un ser querido en relación con la forma en la cuál debe ser tratado el cuerpo de su familiar y las ceremonias o costumbres fúnebres que deberían realizarse al respecto. Este derecho no sólo debe protegerse frente a las comunidades étnicas, sino también frente a cualquier grupo humano o familia.

Además, se trata de un derecho inmaterial que debería ser plenamente protegido y garantizado en el marco de una pandemia.

En este sentido, destaco que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante Comunicado del 1° de mayo de 2020, hizo un llamado a los Estados *“a respetar y garantizar los derechos de familiares de las personas fallecidas en el marco de la pandemia de la COVID-19, permitir los ritos mortuorios de manera adecuada a las circunstancias y, con ello, contribuir a la preservación de su memoria y homenaje”*.

A su vez, la Comisión resaltó que la imposición de restricciones para despedirse de un ser querido o de realizar una ceremonia o funeral según las costumbres de cada familia *“es un hecho que impacta en su derecho a la integridad personal, ocasionando angustia y un mayor sufrimiento”* y, además, afecta su derecho a la libertad de cultos.

En ese sentido, advirtió que *“la posibilidad de sepultar a los familiares fallecidos de acuerdo a sus creencias, aporta un cierto grado de cierre al proceso de duelo, contribuyendo a mitigar las secuelas del trauma, luto y dolor”*, lo que permite proteger el ámbito privado y familiar de cada persona, así como brindar un trato digno y respetuoso a las víctimas de la pandemia generada por el COVID-19⁶⁸.

Así las cosas, considero que la Corte Constitucional debió haber abordado la relevancia que tiene el *derecho al duelo (Right to mourn)* para todas aquellas familias y comunidades que han perdido un ser querido en la actual pandemia. Ello no sólo resulta trascendental desde la perspectiva psicológica y emocional de cada familiar, sino también desde la dignidad y el respeto que merece la partida de un ser humano y el valor intrínseco que el Estado debe darle a su vida y a su fallecimiento.

2. Como consecuencia de lo anterior, se resalta que la sentencia objeto de aclaración indica expresamente que las actuales directrices del Ministerio de Salud y Protección Social sobre el tratamiento y traslado de cuerpos limitan los rituales fúnebres a ceremonias únicamente simbólicas, lo cual constituye un desconocimiento de la Constitución y una violación *“de los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de las comunidades indígenas y, en consecuencia, [resulta] inconstitucional”*⁶⁹.

En efecto, tal limitación constituye una afectación grave a los derechos de las comunidades y desconoce la relevancia que tiene la espiritualidad, las costumbres y los rituales para la humanidad y, en especial, para los pueblos étnicos. Por ende, considero que la Corte Constitucional ha debido ordenar al

⁶⁸ **Respeto al duelo de las familias de las personas fallecidas en la Pandemia del COVID19.** 1 de mayo de 2020. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶⁹ Pág. 28.

Ministerio de Salud y Protección Social que modificara sus “*Orientaciones para el manejo, traslado y disposición final de cadáveres por SARS-CoV-2 (COVID- 19)*” con el fin de que se protegieran plenamente los derechos a la diversidad étnica y cultural, a la libertad de cultos y al *duelo* de las comunidades indígenas.

En ese sentido, se le debió ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social que fijara lineamientos respetuosos de las costumbres y tradiciones familiares y del *derecho al duelo* de todas las personas que pierdan a un ser querido en el contexto de la pandemia del COVID-19, lo cual debería abarcar, como mínimo, la posibilidad de (i) trasladar un cuerpo de lugar, así los municipios no sean colindantes; (ii) permitir la realización plena de ritos o ceremonias, según la voluntad de los familiares y/o la comunidad correspondiente; y, (iii) no exigir que los cuerpos sean cremados o enterrados en condiciones o lugares ajenos a la voluntad de su familia.

3. Por último, resalto esta oportunidad para manifestar que el *derecho al duelo* tiene una relación cercana con el *derecho a decir adiós (Right to say goodbye)*, el cual también ha sido ampliamente desconocido y vulnerado en el marco de la pandemia actual y, por ende, también merecería la atención de la Corte Constitucional.

Esta garantía consiste en el derecho inmaterial que debe tener toda persona de poder despedirse de un ser querido que se encuentra convaleciente en una Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) y resulta probable su fallecimiento, lo cual se constituye en un derecho de doble vía del que es titular no sólo el familiar que busca despedirse, sino también el paciente que merece como ser humano tener la posibilidad de *decir adiós*.

Pese a ello, se observa que este derecho fue totalmente anulado ante el “*interés general*” por evitar contagios, no obstante eso redundó en que se impidiera a las personas despedirse de un ser querido que nunca más volverían a ver con vida. Tal restricción resultó abiertamente desproporcional frente a valores que trascienden la preservación física de la existencia y que abarcan la importancia emocional, psicológica e incluso espiritual de poder *decir adiós* a un ser querido que probablemente fallecerá.

Para garantizar este derecho, el Estado podía haber evaluado la posibilidad de implementar mecanismos como protocolos máximos de bioseguridad que impidieran el contacto directo con el paciente, pero que permitieran al ser querido despedirse de su familiar. Alternativas como la expuesta no sólo podrían haber conllevado que, inclusive, se evitara la muerte de quienes se encontraban en una UCI, sino que también hubieran garantizado el pleno respeto por este derecho innominado, pero ampliamente trascendente de cara a la dignidad humana como valor intrínseco que nos hace seres humanos: el *derecho a decir adiós*.

Fecha *ut supra*,

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado