



Sentencia T-365/20

Referencia: Expediente T-7.748.972

Acción de tutela interpuesta por Alejandro Copete Robles contra el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela proferido el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Tercero Administrativo de Valledupar, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Alejandro Copete Robles, actuando en nombre propio, contra el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de

Selección Número Uno de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia¹. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. De los hechos y la demanda

1.1. El señor Alejandro Copete Robles interpuso la acción de tutela, actuando en nombre propio y como interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar, contra el Director de dicho centro de reclusión, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la diversidad étnica, la igualdad y la identidad cultural.

1.2. El accionante relató que el 12 de marzo de 2019 el señor José María Arroyo, Cabildo Gobernador del pueblo arhuaco, presentó una petición ante el Director de la entidad accionada, con el fin de que se autorizara el ingreso del ayú y del poporo y el uso de materiales artesanales a los internos miembros de dicha comunidad indígena, que se encuentran recluidos en el referido establecimiento.

1.3. Afirmó que, en su opinión, pese a haber sido contestada la solicitud de manera oportuna, no fue resuelta de fondo. Ello, por cuanto le fue negada su petición en relación con el ayú y el poporo sin un sustento válido desde su perspectiva.

1.4. Con fundamento en lo expuesto, el accionante solicitó que: (i) se ampararan los derechos fundamentales invocados y que, por lo tanto, (ii) se ordenara al Director de la entidad accionada autorizar el ingreso del ayú y el poporo.

2. Traslado y contestación de la demanda

2.1. Admisión de la tutela

Mediante Auto del 11 de octubre de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo de Valledupar admitió la tutela, ordenó notificar a la entidad accionada para que, en el término de dos días improrrogables, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de esta, y ordenó tener como prueba los documentos allegados a la misma.

2.2. Respuestas de la entidad accionada

A pesar de haber sido notificada la parte accionada, esta guardó silencio.

3. Decisión judicial objeto de revisión

¹ Sala de Selección Número Uno, conformada por los magistrados Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas. Auto Sala de Selección del 31 de enero de 2020, notificado el 14 de febrero de 2020.

El Juzgado Tercero Administrativo de Valledupar, mediante sentencia del 31 de octubre de 2019, resolvió negar el amparo constitucional con base en las siguientes consideraciones.

En primera medida, indicó que el 12 de marzo de 2019 los señores José María Arroyo Izquierdo, Cabildo Gobernador Arhuaco, y Javier Torres Solís, Coordinador de Justicia del Pueblo Arhuaco, presentaron una petición ante la Dirección del Establecimiento Penitenciario accionado, en el cual se encuentra recluido el accionante, mediante la cual solicitaron que se autorizara el ingreso y uso del ayú, el poporo y unos materiales artesanales dentro de dicho establecimiento por parte del interno Alejandro Copete Robles. Explicó que dicho requerimiento fue negado por la parte accionada, por considerar que la *“tenencia de dichos elementos se encuentra prohibida al interior del establecimiento de reclusión, de conformidad con lo establecido en el reglamento interno de ese penal”*².

Aclaró que, en relación con la petición de ingreso de prendas o vestimentas indígenas, *“las directivas del penal demandado (...) indicaron que, el espacio brindado para que se utilicen (...) es dentro del pabellón, o fuera de este, siempre y cuando sean actividades coordinadas para realizar con el cabildo; explicó además, que en relación con las demás actividades administrativas como; estudio, trabajo, enseñanzas o remisiones judiciales o médicas que se realicen fuera del pabellón, los reclusos deberán portar el uniforme establecido para las personas privadas de la libertad, en cumplimiento del Reglamento Interno del Penal”*³. Al respecto, el juez encontró válida la justificación para negar las pretensiones relacionadas con lo anterior, toda vez que dicha decisión *“está soportada en lo establecido en el Reglamento Interno del Penal, el cual en últimas propende por la realización o el cumplimiento de los fines de la labor penitenciaria, la resocialización y disciplina del interno; así como el mantenimiento de la convivencia, seguridad y orden dentro del centro de reclusión”*⁴.

De otra parte, en relación con el ingreso de collares, lanas o mochilas, se aclaró que nunca se ha negado el uso de dichos elementos, habida consideración que *“los mismos hacen parte del desarrollo del enfoque diferencial e inclusión en el tratamiento penitenciario de las personas privadas de la libertad”*⁵.

Por último, con respecto al uso del ayú y el poporo, aseveró que *“el centro penitenciario demandado se opuso al ingreso de estos, argumentando que, no ve viable autorizar el ingreso de los mismos, pues además de que no hay los espacios suficientes para llevar a cabo esta actividad de la cultura arhuaca en el establecimiento, este elemento se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico, en el entendido que por su origen y efectos se pueden utilizar como*

² Ver folio 26 del cuaderno principal.

³ Ver folio 26 del cuaderno principal.

⁴ Ver folio 26 del cuaderno principal.

⁵ Ver folio 26 del cuaderno principal.

narcóticos que produzcan agresividad, pérdida de la realidad, que afectaría a toda la población carcelaria”⁶.

Agregó que el accionante actualmente está gozando del beneficio de “*salida sin vigilancia de hasta 72 horas*”, autorizado por su jurisdicción; “*tiempo en el cual puede realizar la actividad y noción cultural con el Hayo y el Poporo*”⁷.

Finalmente, el juez estimó que “*contrario a lo afirmado por el extremo demandado – ni el Hayo, ni el Poporo están prohibidos por el ordenamiento jurídico colombiano, no existe disposición alguna en ese sentido, contrario sensu, dichos elementos comportan el reflejo de la cultura milenaria de nuestros antepasados indígenas y constituyen – además – una muestra representativa de los cuatro pueblos o tribus indígenas que habitan en la sierra nevada de Santa Marta (Arhuacos, Koguis, Kankwamos y Wiwa). No obstante lo anterior, esta agencia judicial no amparará los derechos invocados por el actor en relación con esta solicitud, pues si bien (como se indicó en precedencia) el Hayo y el Poporo hacen parte integrante de las tradiciones indígenas del norte de Colombia, la restricción de su uso y consumo al interior del establecimiento carcelario demandado, en el sentir de este Juzgado, es una medida proporcional por cuanto busca una finalidad constitucional, esto es, el mantenimiento de la seguridad, disciplina y el orden al interior del penal; es adecuada por cuanto se trata de una cárcel de máxima seguridad (alta y mediana seguridad), caracterizada por el establecimiento de elevados estándares en la materia; es necesaria ya que estos insumos, específicamente el hayo se erige en un elemento estimulante que puede alterar el comportamiento del interno, y es estrictamente proporcional en cuanto las directivas del penal han informado que el tutelante cuenta con el beneficio de salida mensual sin vigilancia hasta 72 horas, período en el cual puede llevar a cabo sus actividades de esparcimiento, entre ellas, el consumo de Hayo y el uso de Poporo*”⁸.

4. Pruebas que obran en el expediente

Información allegada por el accionante Alejandro Copete Robles:

- Copia de la petición presentada por los señores José María Arroyo Izquierdo, Cabildo Gobernador Arhuaco, y Javier Torres Solís, Coordinador de Justicia del Pueblo Arhuaco, el día 12 de marzo de 2019, ante la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar⁹.
- Copia de la contestación a la petición presentada por los señores José María Arroyo Izquierdo, Cabildo Gobernador Arhuaco, y Javier Torres Solís, Coordinador de Justicia del Pueblo Arhuaco, con fecha del 13 de agosto de 2019¹⁰.

⁶ Ver folio 26 del cuaderno principal.

⁷ Sic. Ver folio 26 del cuaderno principal.

⁸ Sic. Ver folio 26 del cuaderno principal.

⁹ Ver folios 8 y 9 del cuaderno principal.

¹⁰ Ver folios 6 y 7 del cuaderno principal.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Cuestiones previas

2.1. Procedencia de la tutela

Corresponde a esta Sala verificar si en el presente asunto resulta procedente la acción de tutela a la luz de los requisitos establecidos en el Decreto 2591 de 1991.

2.1.1. Invocación de afectación de un derecho fundamental

La evaluación sobre la enunciación de los derechos fundamentales se hará como un ejercicio indicativo de adecuación del problema jurídico. Así, el accionante invocó la protección de los derechos fundamentales a la diversidad étnica, la igualdad y la identidad cultural.

Al respecto, cabe precisar que *“el principio fundamental de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales de las comunidades indígenas, no es simplemente una declaración puramente retórica sino que se proyecta en el plano jurídico con profundas implicaciones en el carácter democrático, participativo y pluralista que inspira a nuestra Constitución, garantizando el derecho de los pueblos indígenas a la supervivencia física, cultural y espiritual”*¹¹.

De otra parte, la Corte Constitucional ha sostenido que, *“a la luz de los postulados que caracterizan el Estado Social de Derecho, tales como el pluralismo, la libertad y la vida digna, la identidad cultural constituye un derecho fundamental de la sociedad y de las personas que la integran, lo que implica, entonces, el reconocimiento y el respeto a la diferencia, el ejercicio libre de la misma y el enriquecimiento de la vida en sociedad”*¹².

En el caso *sub examine*, el accionante aseveró que su derecho a la diversidad étnica e identidad cultural, entre otros, como miembro de la comunidad indígena arhuaca, se vio vulnerado al negársele la autorización del ingreso y uso del ayú y del poporo, en otras palabras, ingresar y hacer uso de la hoja de coca, dentro

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; en la que se hace alusión a la sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

del establecimiento penitenciario y carcelario en el que se encuentra actualmente recluso.

Por tanto, sin ser necesario entrar a referirse sobre los demás derechos invocados, puede concluirse que la presente acción de tutela se encuentra encaminada a lograr la protección de derechos de carácter fundamental, lo que involucra la existencia de una controversia de orden constitucional y, por tanto, se debe entender satisfecho este requisito; más aún, por tratarse de la afectación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional por ser una indígena privado de la libertad.

2.1.2. Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, “[l]a acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”¹³.

En el caso *sub lite*, pese a que fue el Gobernador Cabildo del pueblo arhuaco quien presentó ante el Director del Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar la petición mencionada en favor de los miembros de su comunidad reclusos en aquél centro de reclusión, el señor Alejandro Copete Robles interpuso la acción de tutela actuando en nombre propio, por considerar que se le están vulnerando sus derechos fundamentales como sujeto de especial protección constitucional, al ser miembro de una comunidad indígena. Por este motivo, se entiende satisfecho el requisito de legitimación en la causa por activa.

2.1.3. Legitimación en la causa por pasiva

Dice la ley que “[l]a acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”¹⁴.

En el caso bajo estudio fue dirigida contra el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar, quien presuntamente desconoció los derechos fundamentales del accionante, al

¹³ Decreto 2591 de 1991: “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

¹⁴ Decreto 2591 de 1991: “Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”

negarle el ingreso y uso del ayú y el poporo, y, por tanto, se encuentra legitimado por pasiva, de conformidad con el artículo 86¹⁵ de la Constitución Política y los artículos 5¹⁶ y 13¹⁷ del Decreto 2591 de 1991.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha reiterado en varias ocasiones que, por *“tratarse de un establecimiento que hace parte del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, como los dispone el artículo 15¹⁸ de la Ley 65 de 1993, se entiende que cabe dentro del concepto de autoridad pública, frente a la cual es procedente el ejercicio de la acción”*¹⁹.

De hecho, la Corte ha establecido que *“(…) por autoridad pública debe entenderse todas aquellas personas que están facultadas para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado (…)* ‘La autoridad pública se define como la destinataria principal de la acción de tutela, debido a que la finalidad

¹⁵ Constitución Política, artículo 86: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo 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. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”*

¹⁶ Decreto 2591 de 1991, *“por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, artículo 5: “Procedencia de la Acción de Tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.”*

¹⁷ Decreto 2591 de 1991, *“por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, artículo 13: “Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”*

¹⁸ Ley 65 de 1993, *“Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, artículo 15: “Sistema Nacional Penitenciario. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), como, adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país; por la Escuela Penitenciaria Nacional; por el Ministerio de Salud y Protección Social; por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y por las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema. || El sistema se regirá por las disposiciones contenidas en este Código y por las demás normas que lo adicionen y complementen.”*

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; sentencia que fue citada también en la sentencia T-156 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

del mencionado mecanismo de protección de derechos fundamentales está determinada por la desproporción entre el Estado y la persona. Conforme a lo expuesto, es necesario determinar el evento en que la autoridad es pública, lo cual se presenta cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión autoridad sirve para designar a quien encarna y ejerce esa potestad. Para el acceso a mecanismos judiciales concebidos para la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso de la acción de tutela entre nosotros, por "autoridades públicas" deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares' (...)"²⁰.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que la parte accionada se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

2.1.4. Inmediatez

Respecto del requisito de inmediatez exigido para entender procedente una acción de tutela, la Corte Constitucional ha sostenido que: *“Como requisito de procedibilidad, la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de inmediatez”²¹.*

Para el momento en que se instauró la acción de tutela por el accionante aún se mantenía la negativa por parte de la autoridad accionada a acceder a la solicitud de ingreso y uso de los referidos elementos, persistiendo aún la presunta vulneración de los derechos fundamentales del tutelante.

Adicionalmente, de las dos pruebas aportadas junto a la acción de tutela se desprende que la contestación de la dirección del centro penitenciario se dio el 13 de agosto de 2019, por lo que podría concluirse que, si la acción se presentó en los primeros días de octubre, teniendo en cuenta que el auto admisorio data del 11 de octubre de 2019, transcurrieron menos de dos meses entre la respuesta ofrecida y la presentación de la acción, lo que esta Sala considera como un lapso razonable.

Por consiguiente, se entiende que el requisito de inmediatez se cumple en este caso.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-1057 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería; en la que se citaron las sentencias T-162 y T-567 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

2.1.5. Subsidiariedad

En primera medida, es necesario resaltar que el artículo 86 de la Carta Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional²² establecieron que la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario; por ello, sólo será procedente de forma excepcional en dos eventos. El primero de ellos, como mecanismo definitivo, cuando el presunto afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos fundamentales o cuando, pese a existir otro medio, aquél carece de idoneidad y eficacia para lograr una protección adecuada, oportuna e integral de los derechos invocados. En segundo lugar, como mecanismo transitorio, cuando se pretenda evitar la consumación de un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales del accionante, desde el momento en que se presenta la tutela hasta que un juez ordinario profiera el fallo.

En caso de que la tutela haya sido instaurada como mecanismo transitorio, esta será procedente si se cumplen los siguientes requisitos: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables”²³.

La Corte Constitucional ha sostenido que “[l]a acción de tutela (la posibilidad de reclamar la protección inmediata del goce efectivo de un derecho fundamental ante una violación o una amenaza, por parte de un juez de la República,) es un derecho fundamental autónomo de importancia capital en el orden constitucional vigente, en tanto es la herramienta para garantizar el goce efectivo de todos los derechos fundamentales, incluyendo el de presentar tutela. En el caso de las personas privadas de la libertad, por estar en una relación especial de sujeción en un Sistema penitenciario y carcelario, en crisis, que muchas veces implica un peligro grave, real e inminente, la acción de tutela adquiere un lugar protagónico y estratégico. No sólo se permite asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales, en general, sino que, además, permite a las autoridades tener noticia de graves amenazas que están teniendo lugar. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la acción de tutela es un derecho protegido de forma especial para personas privadas de la libertad, de hecho, ha reconocido que la posibilidad de impugnar la sentencia de primera instancia de una acción de tutela, es en sí, un derecho fundamental”²⁴.

Asimismo, se ha precisado que cuando se esté frente a un sujeto de especial protección constitucional, como lo son las personas privadas de la libertad y los miembros de las comunidades indígenas, dos características que recaen en

²² Ver sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015 y T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

²³ Respecto del perjuicio irremediable, ha precisado ésta Corte que debe cumplir con los siguientes requisitos: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.” Ver Sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

cabeza del accionante, el examen de procedencia debe llevarse a cabo con menos rigor.

Por lo anterior, se concluye que, para este caso en concreto, por tratarse de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de un miembro de la comunidad indígena arhuaca que se encuentra privado de la libertad, quien no cuenta con otra alternativa distinta a la de acogerse a la decisión adoptada por el Director accionado en relación con la solicitud de ingreso y uso del ayú y el poporo al interior del centro penitenciario en el que se encuentra, determinación que presuntamente vulnera los derechos fundamentales del accionante, esta Sala considera que se cumplen los presupuestos exigidos para entender satisfecho el requisito de subsidiariedad.

2.2. Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución del caso

Con base en los antecedentes expuestos, a la Sala de Revisión le corresponde resolver el siguiente problema jurídico:

¿Una autoridad pública (Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar), perteneciente al Sistema Nacional Penitenciario, vulnera los derechos fundamentales a la diversidad étnica, la igualdad y la identidad cultural de un miembro de una comunidad indígena (Alejandro Copete Robles) que se encuentra privado de la libertad, al negarle el ingreso y uso del ayú y el poporo, al interior del establecimiento dentro del cual se encuentra recluido, por razones de seguridad y orden, y por catalogarlo como una supuesta actividad ilícita (uso de la hoja de coca)?

Para resolver el problema jurídico planteado, a continuación se estudiarán los siguientes temas: (i) el derecho a la diversidad e identidad étnica y cultural en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) los derechos de las comunidades indígenas en el marco del derecho internacional; (iii) los derechos de las personas privadas de la libertad (iv) el uso de la hoja de coca como manifestación de la identidad cultural de los pueblos indígenas; (v) los principios orientadores del sistema penitenciario y el reglamento interno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios; y (vi) la resolución del caso concreto.

2.3. El derecho a la diversidad e identidad étnica y cultural

En primera medida debe resaltarse que Colombia se caracteriza por ser un país *“con una gran diversidad étnica y cultural que se encuentra reconocida y protegida por la Constitución de 1991”*²⁵.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Específicamente, en el artículo 1 de la Carta Política se estableció al pluralismo como pilar fundamental de nuestro Estado, como valor y principio orientador²⁶, en los siguientes términos: *“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”*²⁷.

En armonía con dicha disposición, el artículo 7 instituyó que *“[e]l Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*²⁸. La Corte Constitucional ha sostenido que *“[e]l reconocimiento de este principio (...) 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’ (...)”*²⁹.

Igualmente, la Corte ha estimado que *“la existencia de una Constitución cultural dentro de la Carta de 1991 y la protección de diferentes manifestaciones culturales de la Nación obedece al reconocimiento de que los diálogos interculturales contribuyen a crear sociedades más organizadas que resuelven sus conflictos de una mejor manera”*³⁰.

De otra parte, el artículo 70 de la Constitución Política estableció que *“la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”*³¹ y, *“en consecuencia, es deber del Estado reconocer con igualdad y dignidad a todas las culturas que conviven en el país”*³².

Con fundamento en lo anterior, puede afirmarse que el principio de diversidad étnica y cultural se deriva de las disposiciones constitucionales anteriormente mencionadas. Las referidas normas buscan establecer el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, *“mediante el respeto de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo”*³³.

A propósito, la Unesco definió a la cultura como *“el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”*³⁴.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁷ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 1.

²⁸ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 7.

²⁹ Sic. Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en la que se citó la sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; citada en la sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³¹ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 70.

³² Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en la que se hizo alusión al Preámbulo de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, adoptada en la Conferencia General de la Unesco, el 2 de noviembre de 2001. *“Este documento reconoce que la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio, y que esa diversidad cultural es*

Por su parte, la Corte Constitucional ha sostenido que la cultura se encuentra compuesta por el patrimonio cultural, constituido tanto por los bienes materiales, como por las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura, los cuales constituyen la expresión de la nacionalidad colombiana; *“tales como, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye(...)”*³⁵.

Se ha aclarado que el concepto de *“manifestaciones inmateriales”* se encuentra compuesto por *“las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las comunidades y los grupos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultura. Este patrimonio genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia y contribuyen a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”*³⁶. (Subrayado fuera del texto)

En efecto, además de existir la obligación constitucional de proteger la integridad y diversidad étnica, cultural y social de las comunidades indígenas, el Estado también es el responsable de la protección y defensa del patrimonio cultural de la nación, *“principio constitucional que se edifica como un imperativo para las autoridades públicas e incluso para los particulares, concepto que se ha dimensionado como Constitución Cultural”*³⁷.

Al respecto, la Corte Constitucional ha estimado que *“la identidad cultural es la manifestación de la diversidad de las comunidades y la expresión de la riqueza humana y social, lo cual constituye un instrumento de construcción y consolidación de sociedades organizadas, encaminadas al mejoramiento de sus relaciones”*³⁸.

En este mismo sentido, en la sentencia C-742 de 2006, la Corte Constitucional enfatizó que: *“[E]l artículo 2º superior, señaló como fin esencial del Estado el de facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación. Los*

patrimonio común de la humanidad. También recuerda que los derechos culturales hacen parte de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. Una definición similar fue acuñada por la Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008”.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en la que se cita el artículo 4 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 1º de la Ley 1185 de 2008.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en la que se hizo referencia al artículo 11.1 de la Ley 397 de 1997, adicionado por el artículo 8 de la Ley 1185 de 2008 y se recomendó ver también artículo 2.1 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial, Unesco, 2003. *“Según este último instrumento, el patrimonio inmaterial comprende, entre otros elementos: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.”*

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

artículos 7º y 8º de la Carta dispusieron la obligación del Estado de proteger la diversidad y riquezas culturales de la Nación. El artículo 44 define la cultura como un derecho fundamental de los niños. El artículo 67 señaló que la educación es un derecho que busca afianzar los valores culturales de la Nación. El artículo 70 de la Constitución preceptúa que el Estado tiene la obligación de promover y fomentar el acceso a la cultura de los colombianos, en tanto que la cultura y/o los valores culturales son el fundamento de la nacionalidad colombiana. En esta misma línea, el artículo 71 de la Constitución dispuso que el Estado creará incentivos para fomentar las manifestaciones culturales. Ahora, la protección de los recursos culturales no sólo es una responsabilidad a cargo del Estado sino que también es un deber de los ciudadanos, en los términos previstos en el artículo 95, numeral 8º, superior. De todas maneras, los artículos 311 y 313, numeral 9º, de la Carta encomiendan, de manera especial, a los municipios, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Por su parte, el artículo 333 superior autorizó al legislador a limitar válidamente la libertad económica cuando se trata de proteger el patrimonio cultural de la Nación. Y, finalmente, con especial relevancia para el análisis del asunto sometido a estudio de esta Corporación, recuérdese que el artículo 72 de la Carta dispuso que ‘el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, pero que sólo el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles’. || De igual manera, si bien los artículos 8º y 70 superiores consagraron el deber del Estado de proteger las riquezas culturales de la Nación y promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los ciudadanos, no señalaron fórmulas precisas para llegar a ese cometido, de ahí que deba entenderse que el Constituyente dejó al legislador o al ejecutivo a cargo de esa reglamentación”³⁹. (Subrayado fuera del texto)

A partir de las normas aludidas en el párrafo precedente, se puede concluir que el modelo implementado mediante la Constitución de 1991 promueve la “Constitución cultural”, compuesta por las “ideas, creencias, conductas, mitos, sentimientos, actitudes, actos, costumbres, instituciones, códigos, bienes, formas artísticas y lenguajes propios de todos los integrantes de la sociedad; en otras palabras, de la riqueza cultural de la Nación”⁴⁰.

A manera de ejemplo, en la sentencia C-639 de 2009, la Corte señaló que, “[c]on la expresión derechos culturales se designa la subclase de derechos humanos en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que comprende los derechos y libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuya pretensión es la búsqueda de la propia identidad personal y colectiva que ubique a la persona en su medio existencial en cuanto a su pasado (tradición y conservación de su patrimonio histórico y artístico), presente (admiración, creación y comunicación cultural) y futuro (educación y progreso

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; referenciada en la sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

cultural, investigación científica y técnica, y la protección y restauración del medio ambiente)”⁴¹.

Con fundamento en lo expuesto hasta el momento, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho de las comunidades étnicas o pueblos indígenas a la identidad étnica y cultural. La Corte ha sostenido que este derecho tiene como objetivo “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”⁴². (Subrayado fuera del texto)

En efecto, la Corte Constitucional ha concluido que “la identidad nacional acogida por la Constitución Nacional es, entonces, una identidad pluralista. No presupone ni exige coincidencias. No implica homogeneidad. Todo lo contrario, se orienta a reconocer la riqueza de la diversidad. La Constitución de 1991 ofrece un espacio para la convivencia de distintos puntos de vista y de diferentes matices y cosmovisiones”⁴³. (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, debe puntualizarse que el derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, “en tanto garantía de los modos de vida tradicionales diferenciados, ha sido reconocido como fundamental no solo por el Estado colombiano sino por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha declarado que los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional debido a circunstancias históricas de discriminación y a las condiciones de vulnerabilidad en que viven en la actualidad”⁴⁴. (Subrayado fuera del texto)

Cabe precisar que, gracias al reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación se ha permitido tener una nueva visión del Estado, que ha permitido ver a cada persona como un individuo o “sujeto de características particulares” que tiene una “propia consciencia ética”. De ahí que se afirme que, “[v]alores como la tolerancia y el respeto por la diferencia, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular que puede hacer posible su proyecto de vida”⁴⁵. (Subrayado fuera del texto)

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-639 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; referenciada en la sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; citada en la sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-1105 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; en la que se recomendó consultar las sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-693 de 2011, T-384A de 2014, T-661 de 2015 y T-197 de 2015.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En consecuencia, “el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo – incluidas las cosmogonías indígenas, triviales y étnicas – puedan coexistir pacíficamente”⁴⁶. (Subrayado fuera del texto)

Inclusive, una de las razones que motivó fuertemente la renovación democrática a través de la promulgación de la Constitución Política de 1991 fue la de reconocer a Colombia como *“un estado participativo y pluralista que reconoce y protege su diversidad étnica y cultural. Es allí, en la decisión de calificar a quienes tienen una cosmovisión distinta a la de la cultura mayoritaria como titulares de derechos fundamentales, donde se vio reflejado en mayor medida el empeño de los constituyentes por superar el discurso homogeneizador de la Constitución de 1886, para construir, en su lugar, uno comprensivo en las distintas expresiones que definen la identidad nacional”*⁴⁷.

Así, al Estado le corresponde preservar la convivencia pacífica dentro del territorio nacional, garantizando los derechos de todos y cada uno de los ciudadanos y reconociendo sus necesidades particulares, como miembros de comunidades pluriétnicas y multiculturales.

Por consiguiente, la Corte ha sostenido que “le está prohibido a la organización estatal imponer una determinada concepción del mundo y de desarrollo, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural, y contra el trato igualitario a diferentes culturas que el mismo ha reconocido en la Constitución”⁴⁸. (Subrayado fuera del texto)

En definitiva, se ha evidenciado que la Constitución Política definió a Colombia como un Estado Social de Derecho, del cual se deriva la obligación de respeto y protección de las diversas manifestaciones étnicas y culturales que fundamentan la nacionalidad, buscando materializar a su vez los derechos a la igualdad y dignidad. De hecho, *“uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo colombiano consiste en aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca del respeto al pluralismo, los usos, las costumbres, las tradiciones, las cosmogonías, así como las diversas formas de pensar, asumir y percibir el mundo por parte de las diferentes comunidades humanas que los conforman”*⁴⁹.

De otra parte, la Corte ha hecho énfasis en que todos los derechos fundamentales de la población indígena se concretan a través del derecho a la subsistencia, el cual se deriva de la protección constitucional a la vida y a integridad étnica, cultural y social, que a su turno se deriva de la protección dada a la diversidad de la nación⁵⁰.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-088 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; se recomienda ver sentencias T-188 de 1993, T-380 de 1993, C-058 de 1994, T-349 de 1996, T-496 de 1996, SU-039 de 1997, T-523 de 1997, T-652 de 1998, T-552 de 2003 y T-256 de 2015.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; en la que se hizo alusión a la sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Ahora bien, “la diversidad étnica y cultural también se manifiesta en posibilidades de expresión, mantenimiento e incluso, profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio nacional. Por eso resultan de vital importancia para su concreción elementos como la educación, las garantías para el uso y mantenimiento de su lengua, sus manifestaciones religiosas y, en general, todas aquellas tradiciones que los identifican y que los diferencian de la sociedad mayoritaria”⁵¹. (Subrayado fuera del texto)

En suma, *“el principio fundamental de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales de las comunidades indígenas, no es simplemente una declaración puramente retórica sino que se proyecta en el plano jurídico con profundas implicaciones en el carácter democrático, participativo y pluralista que inspira a nuestra Constitución, garantizando el derecho de los pueblos aborígenes a la supervivencia física, cultural y espiritual. Dichas expresiones también se manifiestan en posibilidades de expresión, mantenimiento e, incluso, profundización de las manifestaciones culturales -y todas aquellas tradiciones que los identifican y que los diferencian de la sociedad mayoritaria- que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio nacional”*⁵².

Puntualmente, en relación con el concepto de identidad cultural, la Corte lo ha definido como *“un conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultural)”*⁵³.

A partir de dicha definición es que la Corte Constitucional ha estimado que, *“a la luz de los postulados que caracterizan el Estado Social de Derecho, tales como el pluralismo, la libertad y la vida digna, la identidad cultural constituye un derecho fundamental de la sociedad y de las personas que la integran, lo que implica, entonces, el reconocimiento y el respeto a la diferencia, el ejercicio libre de la misma y el enriquecimiento de la vida en sociedad”*⁵⁴.

En definitiva, la salvaguarda del derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas cobra importancia al reflejarse en el ejercicio de los derechos a la supervivencia y la vida, los cuales a su turno deben considerarse como principios axiológicos de nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Al respecto, la Corte ha sostenido que *“el derecho a la identidad cultural se sustenta en el principio de diversidad étnica que rige en este ordenamiento, que implica la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo de*

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2012, M.P. Adriana María Guillen; referenciada en la sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; la cual fue citada en la sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

todas las comunidades, quienes son igualmente dignas y, con base en el principio de autodeterminación, tienen la facultad de decidir si es conveniente o no su proyección y de determinar el momento, la forma y sus alcances”⁵⁵. En efecto, “*se trata de la garantía de que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo*”⁵⁶.

En este punto es necesario señalar que la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la identidad cultural tiene una naturaleza tanto individual como de grupo; “[e]ntonces, 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. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”⁵⁷.

En esa misma ocasión, la Corte aclaró que el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas no solamente puede ejercerse en sus territorios, sino también en todo el territorio nacional. En este sentido, se afirmó que: “*El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 CP). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación*”⁵⁸.

Por último, es necesario precisar que el derecho fundamental a la diversidad e identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas no es de carácter absoluto,

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2015, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; citada en la sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-049 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; la cual fue citada en la sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-772 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; referenciada en la sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁸ Ibidem.

como todos los demás derechos; es decir, aquel tiene límites constitucionales derivados del Estado Social de Derecho, como la dignidad humana, el pluralismo y la protección de las minorías⁵⁹. En palabras de la Corte Constitucional, *“tales garantías, no obstante estar amparadas en principios fundantes del Estado, encuentran sus límites en otros principios de la misma jerarquía, a través de los cuales se busca proteger también valores como el orden público, la prevalencia del interés general, la seguridad social, y la dignidad humana”*⁶⁰.

Finalmente, la Corte aclaró que, no obstante, lo anterior, *“para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira la Constitución tornándolo inocuo”*⁶¹.

En síntesis, *“el derecho a la identidad cultural otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: (i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole”*⁶².

2.4. Los derechos de las comunidades indígenas en el marco del derecho internacional

Varios instrumentos internacionales han reconocido los derechos de la población indígena, incentivando a nivel internacional y nacional la protección y respeto de estos.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; se recomienda ver las sentencias T-049 de 2013, SU-240 de 2016, T-042 de 2017 y C-091 de 2017.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; referenciadas en la sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se estableció que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”⁶³.

De otra parte, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se reconoció que aquellos pueblos tienen derecho a: “(i) conservar y reforzar sus propias instituciones políticas; (ii) ‘a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura’, para lo cual los estados deben establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir los daños causados por ‘todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica’ (artículo 8); (iii) ‘a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas’ (artículo 11.1); (iv) ‘a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos’ (artículo 12.1); (v) ‘a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos’ (artículo 13.1); y (vi) ‘a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital’ (artículo 24.1)”⁶⁴.

A su vez, en el artículo 4 del Convenio 169 de la OIT⁶⁵ se estableció la obligación de los Estados parte de proteger las culturas y el medio ambiente de las comunidades indígenas y triviales. Asimismo, en su artículo 5 se dispuso que, al aplicar el Convenio, los Estados deberán reconocer y salvaguardar los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones. Finalmente, en el artículo 8.2 se reconoció el derecho de este grupo especial de protección a “conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionales reconocidos”.

⁶³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27; ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968, y entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976.

⁶⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; se recomienda ver la sentencia C-434 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁵ Convenio 169 de la OIT, artículo 8.2; citado en la sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Para finalizar, en la sentencia C-882 de 2011, la Corte Constitucional señaló que *“varias declaraciones y otros documentos provenientes de diferentes instancias internacionales, que sirven de guía hermenéutica de los derechos reconocidos en nuestra Carta y en el bloque de constitucionalidad, reconocen el derecho a la identidad cultural, especialmente en cabeza de las minorías étnicas y culturales. Por ejemplo, la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, emitida en el marco de la Unesco en 2007, reconoce los derechos de todas las personas, individual y colectivamente a (i) elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión (artículo 3.a); (ii) a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad (artículo 3.b); y (iii) el acceso y participación en la vida cultural, el cual comprende prerrogativas como las siguientes (artículo 4):*

- *‘La libertad de expresarse, en público o en privado, en lo (sic) o los idiomas de su elección;*
- *La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios;*
- *La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios;*
- *El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras, que sean fruto de su actividad cultural’.*”

2.5. Los derechos de las personas privadas de la libertad

Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad parten de la noción de la dignidad del ser humano y deben ser tenidos en cuenta al momento de suspender o limitar sus derechos, así como hacer valer el alcance de sus garantías fundamentales.

En primera medida, debe destacarse que la Corte ha reconocido que las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, de la cual se derivan deberes del Estado consagrados en la Constitución, la ley la jurisprudencia constitucional⁶⁶.

De hecho, esta Corporación ha identificado seis elementos característicos de las *“relaciones especiales de sujeción”* existentes entre los reclusos y el Estado (las autoridades penitenciarias), los cuales son: *“(i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos*

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)”⁶⁷.

Igualmente, la Corte ha enlistado las consecuencias jurídicas más importantes generadas de dicha relación especial de sujeción, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: “(i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidación, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros). (iii) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos”⁶⁸.

Sobre este punto en particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esa subordinación entre la persona privada de la libertad frente al Estado constituye “una relación jurídica de derecho público [que] se encuadra dentro de las categorías *ius administrativistas* conocida como relación de sujeción especial, en virtud de la cual el Estado, al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de la libertad”⁶⁹.

En efecto, la Corte ha sostenido que algunos derechos de las personas privadas de la libertad pueden ser suspendidos y otros restringidos a partir del momento en el cual se someten a una detención preventiva o sean condenados mediante sentencia. Asimismo, se ha aclarado que otros derechos se deben conservar intactos y deben ser respetados por las autoridades públicas que se encuentran a su cargo⁷⁰.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-175 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-175 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; en la que se citó el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2011. Cfr. ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/10/21, adoptado el 16 de febrero de 2009.

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-498 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Así, en la sentencia T-182 de 2017, se señaló que los derechos de las personas privadas de la libertad son clasificados dentro de tres categorías; a saber, *“hay derechos que: i) pueden ser suspendidos, como consecuencia de la pena impuesta, como la libertad física y la libre locomoción; ii) son restringidos debido al vínculo de sujeción del recluso con el Estado, como derechos al trabajo, a la educación, a la familia, a la intimidad personal; y iii) otros se mantienen incólumes o intactos, pues no pueden limitarse ni suspenderse a pesar de que el titular se encuentre sometido al encierro, dado que son inherentes a la naturaleza humana. Este último grupo incluye el derecho a la vida, a la integridad personal, la dignidad, la igualdad, la salud y el derecho de petición”*⁷¹.

2.6. El uso de la hoja de coca como manifestación de la identidad cultural de los pueblos indígenas – precedente jurisprudencial –

En varias ocasiones esta Corporación ha reiterado su postura en relación con el uso de la hoja de coca, al estimarla como un uso ancestral que se encuentra amparado por nuestra Constitución Política. A continuación, se hará una síntesis de las consideraciones que ha hecho esta Corte en diferentes sentencias.

En primera medida, en la sentencia C-176 de 1994, esta Corporación estudió la constitucionalidad de la Ley 67 de 1993, mediante la cual se aprobó la *“Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”* de 1988. En dicha providencia, la Corte recordó que: (i) es inadecuado confundir la hoja de coca con la cocaína; y (ii) la planta como tal no puede ponerse en el mismo plano que los usos ilícitos que se hacen de ella.

En términos literales, se sostuvo que *“[n]o se puede colocar en el mismo plano la planta coca y los usos lícitos y legítimos que de ella se han hecho y se pueden hacer, y la utilización de la misma como materia prima para la producción de cocaína”*.

También se aclaró que, como ha sido señalado por varios expertos, *“el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos”*.

Con base en lo anterior, se concluyó que los usos ancestrales de esta planta por parte de la población indígena se encuentran amparados por el artículo 7 de la Constitución Política, *“por lo cual la persecución del narcotráfico no puede traducirse en un desconocimiento de la identidad cultural de las comunidades indígenas, protegida por la Constitución”*.

Por consiguiente, la Corte consideró que la declaración formulada por el Congreso, la cual indicaba que *“Colombia entiende que el tratamiento que la*

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia T-182 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa; citada en la sentencia T-498 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente (...)”, se ajustaba a la Constitución.

Por otro lado, en la sentencia C-882 de 2011, la Corte Constitucional afirmó que el uso de la hoja de coca en las comunidades indígenas debía considerarse como una manifestación de su derecho a la identidad cultural. Se aclaró que esta planta debe entenderse como un elemento fundamental para la población indígena desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio, etc. De manera que varias disposiciones normativas, así como también la jurisprudencia, han reconocido que los usos ancestrales de esta planta se encuentran amparados por nuestra Carta Política, específicamente por el derecho de la identidad cultural y la autonomía de las comunidades indígenas.

En esta sentencia se indicó que la relación entre el uso de la hoja de coca y las tradiciones indígenas se reconoció dentro de nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 7 de la Ley 30 de 1986, en el que se señaló que “[e]l Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de éstas por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura”⁷².

De otra parte, en esta sentencia también se hizo referencia a que las prácticas y tradiciones de las comunidades indígenas, relacionadas con el uso de la hoja de coca, al considerarse como manifestaciones culturales, se encuentran cobijadas por el artículo 7 de la Constitución Política y por las disposiciones que reconocen el derecho a la autonomía de dicha población. De ahí que se concluyera que las referidas prácticas no pueden ser limitadas “*sino por razones poderosas desde el punto de vista constitucional*”⁷³.

Ahora bien, en la sentencia T-080 de 2017, la Corte hizo alusión a instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrito en Viena en 1988, en el cual se dispuso mediante su artículo 14 que los Estados parte deberán adoptar medidas para evitar y erradicar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas. Se puso como ejemplo de estas a las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis. Sin embargo, se reiteró en el deber de “*respeto de los derechos humanos fundamentales, y teniendo en cuenta los usos tradicionales lícitos de dichos cultivos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente*”.

Por último, recientemente mediante la sentencia T-357 de 2018, la Corte recalcó que el uso ancestral de la hoja de coca por parte de la población indígena ha

⁷² Ley 30 de 1986, “*por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones*”, artículo 7.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación y que, a través de la jurisprudencia constitucional, se ha reconocido a dichas prácticas como una manifestación del derecho a la identidad cultural.

Adicionalmente, citó el artículo 1 de la Ley 67 de 1993 con el objetivo de resaltar que se ha establecido que *“el cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente”*.

En esta providencia, la Corte resaltó que la jurisprudencia constitucional ha sido uniforme y pacífica al establecer que el uso de la hoja de coca ha sido reconocido como parte esencial de la identidad cultural de las comunidades indígenas de Colombia. Lo anterior, toda vez que su uso por parte de este grupo de especial protección constitucional, *“se deriva del conocimiento creado por generaciones que han interactuado con esta planta y quienes le han atribuido el calificativo de sagrada en razón a los beneficios y atributos que la misma posee, tanto es así que no constituye solamente un alimento, sino que es un elemento importante en la concepción social y religiosa de la comunidad”*⁷⁴.

En relación con la hoja de coca, en dicho fallo se hizo alusión a la sentencia T-477 de 2012, en la que la Corte revisó una acción de tutela instaurada por la Organización Nacional Indígena de Colombia, con el objetivo de que fueran registradas las marcas *“COCA INDÍGENA”* y *“COCA ZAGRAHA”* por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se analizaron unos estudios académicos realizados en torno a esta planta, gracias a los cuales se afirmó que dicha hoja *“es fuente natural de energía que dispensa los nutrientes para satisfacer requerimientos humanos en calcio, fósforo, vitamina A y riboflavina. Los pueblos indígenas y campesino de la Región Andina Amazónica la han utilizado tradicionalmente en sus faenas y trabajos para equilibrar el hambre, la sed y el cansancio de manera natural y sana (...) Los usos prácticos de la coca (...) como medicina natural sirve para, entre otros, los dolores de cabeza, problemas estomacales, mal de altura y como analgésico y anestésico local. Quienes mambean regularmente dan fe de que protege las raíces de los dientes. Su uso tópico calma los dolores de los dientes. De hecho, de ella se producen dentífricos (...) Tanto en Perú y Bolivia como en Colombia, durante muchos siglos la hoja de coca fue utilizada como alimento. Los indígenas precolombinos y sus herederos la utilizaron tostándola como alimento. El mambeo servía para recuperar energías (...) la resistencia para el trabajo fuerte parecía multiplicarse. El indígena se alimentaba de las hojas y a penas con un puñado de maíz o yuca, que pasaba con agua, mientras que el español necesitaba llenarse la panza (...) pero no es solamente la presencia de los alcaloides la que hacía de la hoja de coca un buen alimento. La hoja es rica en vitamina A y C y el mambeo proporciona calcio, hierro, fibras y proteínas. Y las calorías que significan para el organismo una nutrición”*⁷⁵.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; en la que se citó la sentencia T-477 de 2012, M.P. Adriana María Guillen.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2012, M.P. Adriana María Guillen; citada en la sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que, a pesar de que el objetivo central de la sentencia referenciada se encontraba relacionado con el registro de marcas cuya denominación contenía la palabra “coca”, mas no tenía relación con la comercialización de productos derivados de dicha planta, aun así, la Corte aprovechó esa oportunidad para hacer algunas apreciaciones en relación con el proceso de comercialización de la hoja de coca en América Latina. Así, se sustentó que este tema ha sido debatido en numerosas ocasiones, habida consideración que ha implicado hacer una *“diferenciación de esta actividad y su uso ancestral con la cocaína, como sustancia adictiva y los compromisos internacionales adquiridos en la lucha contra el narcotráfico”*⁷⁶.

A partir de lo anterior, se concluyó que *“a pesar de que en Colombia no existe una regulación expresa o específica que promueva o impida la comercialización de la hoja de coca, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA – ha insistido en que la producción y comercialización de los productos derivados de la hoja de coca fuera de los resguardos indígenas es ilegal (...) ‘la producción de la hoja de coca en Colombia no está expresamente ni prohibida ni permitida, pero en todo parece indicar que sí circunscrita a los resguardos indígenas’ (...)”*⁷⁷. (Subrayado fuera del texto)

En suma, en la sentencia T-357 de 2018 se concluyó que las comunidades indígenas sí pueden hacer uso de la referida planta, con base en el legítimo ejercicio de su derecho a la identidad cultural y de conformidad con las prácticas y costumbres ancestrales. No obstante, también se afirmó que la utilización de dicha hoja para fines comerciales, más allá de los territorios indígenas, debe ajustarse a las disposiciones y limitaciones legales vigentes que se encuentran establecidas sobre la materia; máxime si está de por medio un interés colectivo.

Para finalizar, los mismos arhuacos, en relación con la hoja de coca, indicaron en el *“Protocolo Autónomo – Mandato Del Pueblo Arhuaco – Para El Relacionamiento Con El Mundo Externo Incluyendo La Consulta Y El Consentimiento Previo, Libre E Informado”* que: *“El Ayú originario de la Sierra Nevada cumple una función dentro de nuestra espiritualidad como Pueblo Arhuaco; la planta de coca considerada como la madre de las plantas se utiliza como la llave para entrar en comunicación con el mundo espiritual y hace parte de la identidad cultural. El Ayú de la sierra es distinto a los otros Ayús de Ecuador, de Bolivia, de Perú, por lo que no se debe sembrar aquí. Es el desorden humano que ha llevado a condenar a la planta. No es por tanto la planta la que hay que erradicar sino las malas prácticas humanas que han llevado al desorden, al trasladar plantas de otros lugares y darles usos que no son los naturales. Por esta razón, la fumigación no es una solución al tema de*

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2012, M.P. Adriana María Guillen; citada en la sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2012, M.P. Adriana María Guillen; citada en la sentencia T-357 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

las plantaciones de coca, sino la regulación de las personas que alteran los usos”⁷⁸.

De la misma manera, en la “*Guía De Relacionamento Y Diálogo Entre El Sector Minero-Energético Y El Pueblo Arhuaco*”, redactado por el Cabildo Arhuaco de la Sierra Nevada, se puso en conocimiento, en el capítulo denominado “*Identidad Cultural Y Formas De Transmisión Del Conocimiento Niwi Kunsámuse´ A´Nisi Kwamu Awiri Akin Kinki Nari Unkubori Zoyamu – Elementos De Uso Cotidiano – El ayú y el Jo´buru (poporo)*”, que: “*El ayu es el nombre que reciben las hojas de coca que son cultivadas en el territorio. Los hombres usan el Jo´buru (poporo), un calabazo que en su interior contiene conchas de mar pulverizadas, las cuales se mezclan en la boca con el zumo de las hojas de coca tostadas y la mezcla resultante se frota sobre la cabeza del poporo con el so´kunu, que es un trozo de madera especial pulida, formando la cabeza del poporo; así se va modelando con el pasar del tiempo. || De igual modo, esto se complementa con el Jwa o ambira, elaborada a partir del cocimiento de las hojas de la planta que recibe el mismo nombre. || El poporo es un elemento sagrado que encierra un simbolismo profundo, y solo puede ser usado por los hombres a partir de la edad en la cual el individuo tiene una madurez psicológica que denota responsabilidad. El poporo es el principio, la unión de los opuestos complementarios que recrean el principio de todas las cosas que existe, y el ayú es la planta sagrada que permite la comunicación entre el mundo material y el espiritual, es el principio y el fin de los procesos ceremoniales pues permite captar los mensajes del mundo intangible y del territorio. Es parte de la vida del Iku, es un elemento personal y puede ser usado en cualquier espacio. || Los hombres se saludan intercambiando hojas de ayú, abriendo la puerta al diálogo en señal de dar y recibir*”⁷⁹.

Para terminar este acápite, se quiere poner a consideración la importancia del poporo para la comunidad arhuaca, en los siguientes términos: “*Entre los elementos que mejor representan la cultura indígena está el poporo. En el Valle de Upar, este instrumento tradicional se ha convertido incluso en un símbolo identitario que aparece con frecuencia en las pinturas al lado de una mochila. || El poporo tiene esa característica de tener una función práctica y, al mismo tiempo, ser un espejo de la cosmovisión de los pueblos indígenas. Por ese motivo, puede prestarse a malinterpretaciones que desvirtúan las creencias o prácticas indígenas. || En la cultura arhuaca, por ejemplo, el poporo tiene esa función de acompañamiento. Es una herramienta que los hombres reciben a una edad avanzada de la adolescencia para asegurarse de su uso responsable. Es una prueba de madurez. || Inicialmente el poporo se usaba como un recipiente en el que los indígenas echaban cal extraída con un palito mojado*

⁷⁸ “*Protocolo Autónomo-Mandato- del Pueblo Arhuaco- de la Sierra Nevada de Santa Marta para el relacionamiento con el mundo externo incluyendo la consulta y el Consentimiento previo, libre e informado*”, consultado el 22 de abril de 2020 a las 3:13 p.m., pg. 92, disponible [en línea]: <https://www.hchr.org.co/files/eventos/2017/PROTOCOLO-AUTONOMO-PUEBLO-ARHUACO.pdf>

⁷⁹ “*Guía De Relacionamento Y Diálogo Entre El Sector Minero-Energético Y El Pueblo Arhuaco*”, págs. 38 y 39, consultado el 22 de abril de 2020 a las 3:27 p.m., disponible [en línea]: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10192/23873954/6.+Guia+de+Relacionamento+Arahuaco.pdf/4acaa2a1-d9fc-4bd0-8862-54f92cc789e3>

con saliva y la mezclaban con la hoja de coca que masticaban continuamente. // De esta manera se lograba extraer los alcaloides (...) La coca ayuda a mantener el esfuerzo físico durante mucho más tiempo, limitando el cansancio del organismo y favoreciendo su pronta recuperación. // Pero más allá de su utilidad, el poporo tiene también un significado espiritual y conceptual del mundo. Representa la comunión entre el hombre y la mujer a través del calabozo (que simboliza la mujer) y del palo (el hombre). // El poporo es un elemento importante de la identidad. Al recibirlo, los jóvenes demuestran que son dignos del grupo y que entran en el círculo de los hombres con experiencia. El poporo –llamado yoburu en la lengua arhuaca– es señal de madurez y responsabilidad, reflexión y conocimiento. // Sin embargo, el poporo no es nada sin la hoja de coca y ése es otro simbolismo del mundo indígena. Todos dependemos de algo. Todos estamos interconectados con otros seres. // El ayú –nombre de la hoja de coca en arhuaco– es una planta sagrada que, según las creencias locales, fue asignada directamente a los indígenas. El ayú existe en formatos y especies distintos. Él que se consume en esta parte de la Sierra no es el mismo que en otras regiones. // Para el mamo (el líder espiritual del grupo), el ayú forma parte del pensamiento y la contemplación. Es un espíritu, un eje estructural. Es un elemento esencial para poder dialogar y comunicar con seres de otras dimensiones. // Los indígenas critican seriamente la producción masiva y la relación comercial del hombre civilizado con la coca. Para ellos, esta planta debería limitarse a ciertos usos especiales o ritos. // Finalmente, queremos destacar el aspecto unitario del poporo. En la Sierra Nevada de Santa Marta, existen cuatro grupos de indígenas con diferentes lenguas y todos ellos comparten un instrumento: el poporo”⁸⁰.

2.7. Los principios orientadores del sistema penitenciario y el reglamento interno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios

Es preciso hacer referencia a dos fuentes normativas, las cuales permiten establecer el marco dentro del cual debe estudiarse la posibilidad de conceder o no la solicitud de ingreso y uso del ayú y el poporo dentro de un establecimiento penitenciario y carcelario de alta y mediana seguridad por parte de un miembro de una comunidad indígena.

2.6.1. Ley 65 de 1993 – Código Penitenciario y Carcelario

Por un lado, debe estudiarse el contenido de la Ley 65 de 1993, “*por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, modificada mediante la Ley 1709 de 2014, “*por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*”

En primera medida, mediante su artículo 3 se estableció la prohibición de generar cualquier tipo de discriminación derivada del sexo, la raza, el origen

⁸⁰ “*El poporo en la cultura arhuaca*”, artículo redactado el 29 de julio de 2019 y publicado a las 05:55 en la página de Panorama Cultural, autor anónimo, consultado el 22 de abril de 2020 a las 3:34 p.m., disponible [en línea]: <https://panoramacultural.com.co/pueblos/367/el-poporo-en-la-cultura-arhuaca>

nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica. A la referida regla se le impuso una excepción, relativa a la posibilidad de establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, de resocialización y para poder cumplir con las sentencias y la política penitenciaria y carcelaria⁸¹.

Reforzando el parámetro anterior, a través del artículo 2 de la Ley 1709 de 2014 se adicionó el artículo 3ª a la Ley 65 de 1993, mediante el cual se consagró el principio de enfoque diferencial, mediante el cual se reconoció “*que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra*”. Con fundamento en ello, se dispuso que todas las medidas penitenciarias contenidas en la referida ley debían respetar y contar con dicho enfoque.

En este mismo sentido, se indicó que en todo establecimiento de reclusión debe prevalecer el respeto por la dignidad humana, las garantías constitucionales y los derechos humanos universalmente reconocidos; de tal forma que cualquier restricción que se imponga a las personas privadas de la libertad deberá satisfacer los criterios de necesidad y de proporcionalidad, de acuerdo con los objetivos legítimos en virtud de los cuales se crea la referida restricción⁸².

Ahora bien, en la normatividad mencionada se hace la aclaración de que la función y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad, así como del tratamiento penitenciario, es la de lograr la resocialización, curación, tutela y rehabilitación, resultado de un examen de la personalidad de quienes se encuentren privados de la libertad, mediante la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultural, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario⁸³. En otras palabras, “*el objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad*”⁸⁴. Cabe precisar que se dispuso que el tratamiento

⁸¹ Ley 65 de 1993, “*por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, artículo 3: “*Igualdad. Se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // Lo anterior no obsta para que se puedan establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, de resocialización y para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria*”.

⁸² Ley 65 de 1993, “*por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, artículo 5: “*Respeto a la dignidad humana. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral. // Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto. // Lo carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad*”.

⁸³ Ley 65 de 1993, “*por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, artículo 9: “*Funciones Y Finalidad De La Pena Y De Las Medidas De Seguridad. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación*”; artículo 10: “*Finalidad Del Tratamiento Penitenciario. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario*”.

⁸⁴ Ley 65 de 1993, “*por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, artículo 142.

penitenciario debe realizarse de conformidad con *“la dignidad humana y las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible”*⁸⁵.

Al respecto, el artículo 145, el cual fue modificado a través del artículo 87 de la Ley 1709 de 2014, estableció que cada establecimiento penitenciario deberá contar con un Consejo de Evaluación y Tratamiento y que el tratamiento del sistema progresivo deberá realizarse con apoyo en ese grupo interdisciplinario, integrado por abogados, psiquiatras, psicólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia. Este Consejo tendrá la facultad de definir qué tratamiento penitenciario requieren los condenados; tratamiento que se regirá por las guías científicas expedidas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – en adelante el Inpec –, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y las determinaciones adoptadas en cada consejo de evaluación⁸⁶.

Así, el artículo 6 de la Ley 1709 de 2014 adicionó el artículo 10^a a la Ley 65 de 1993, mediante el cual se señaló que el sistema penitenciario, a través del cumplimiento de sus funciones, debe *“velar por el cumplimiento de los derechos y las garantías de los internos; los que solo podrán ser limitados según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los reglamentos del régimen interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario”*⁸⁷.

De otra parte, respecto de la organización jerárquica y de funcionamiento del sistema penitenciario, se indicó que todos los establecimientos de reclusión del orden nacional son creados, fusionados, suprimidos, dirigidos y vigilados por el Inpec⁸⁸. A su turno, se definió que los Directores de cada centro de reclusión del país son jefes de gobierno interno y serán los encargados de responder ante el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario del funcionamiento y control del establecimiento a su cargo; de ahí que los empleados, detenidos y

⁸⁵ Ley 65 de 1993, *“por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”*, artículo 143.

⁸⁶ Ley 65 de 1993, *“por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”*, artículo 145: *“Consejo De Evaluación Y Tratamiento. <Artículo modificado por el artículo 87 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> En cada establecimiento penitenciario habrá un Centro de Evaluación y Tratamiento. El tratamiento del sistema progresivo será realizado por medio de grupos interdisciplinarios, de acuerdo con las necesidades propias del tratamiento penitenciario. Estos serán integrados por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia. || Este consejo determinará los condenados que requieran tratamiento penitenciario después de la primera fase. Dicho tratamiento se regirá por las guías científicas expedidas por el Inpec, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y por las determinaciones adoptadas en cada consejo de evaluación”*.

⁸⁷ Ley 65 de 1993, *“por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”*, artículo 10^a.

⁸⁸ Ley 65 de 1993, *“por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”*, artículo 16: *“Establecimientos De Reclusión Nacionales. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Los establecimientos de reclusión del orden nacional serán creados, fusionados, suprimidos, dirigidos y vigilados por el Inpec (...)”*.

condenados le deban respeto y obediencia al Director, personas quienes están sometidos a las normas de esta ley y de las reglamentaciones que se dicten internamente en cada centro de reclusión⁸⁹.

Igualmente se aclaró que el Inpec tiene la responsabilidad de expedir un reglamento general, al cual se encontrarán sujetos los reglamentos internos de todos los establecimientos de reclusión. Dicho reglamento general es el instrumento normativo a través del cual se consagran los principios que regirán los reglamentos internos, así como también los convenios y tratados internacionales, suscritos y ratificados por Colombia, que deberán ser cumplidos por parte del sistema penitenciario. En suma, este reglamento delinearé las directrices y orientaciones generales de seguridad e incluirá un manual de funciones que se aplicará a todos los centros de reclusión⁹⁰.

A su vez, se estableció que cada centro de reclusión establecerá un reglamento de régimen interno propio, que deberá ser expedido por el Director del establecimiento y aprobado previamente por el Director del Inpec⁹¹.

Adicionalmente, en relación con el envío y recepción de paquetes, el artículo 75 de la Ley 1709 de 2014 adicionó el artículo 115^a en la Ley 65 de 1993, norma mediante la cual se previó la posibilidad de que las personas privadas de la libertad reciban paquetes, los cuales serán entregados en la oficina que la Dirección del establecimiento penitenciario disponga para ello. En dicha oficina, se debe levantar un acta mediante la cual se relacionan los elementos enviados y se hará la entrega de la misma al interno junto al paquete enviado. Sobre el particular, se estableció que la clase de alimentos, artículos y bienes

⁸⁹ Ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, artículo 36: “Jefes De Gobierno Penitenciario Y Carcelario. El director de cada centro de reclusión es el jefe de gobierno interno. Responderá ante el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario del funcionamiento y control del establecimiento a su cargo. // Los empleados, los detenidos y condenados deben respeto y obediencia al director, y estarán sometidos a las normas de este Código y a las reglamentaciones que se dicten”.

⁹⁰ Ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, artículo 52: “Reglamento General. El INPEC expedirá el reglamento general, al cual se sujetarán los respectivos reglamentos internos de los diferentes establecimientos de reclusión. // Este reglamento contendrá los principios contenidos en este Código, en los convenios y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia. // Establecerá, así mismo, por lo menos, las normas aplicables en materia de clasificación de internos por categorías, consejos de disciplina, comités de internos, juntas para distribución y adjudicación de patios y celdas, visitas, “la orden del día” y de servicios, locales destinados a los reclusos, higiene personal, vestuario, camas, elementos de dotación de celdas, alimentación, ejercicios físicos, servicios de salud, disciplina y sanciones, medios de coerción, contacto con el mundo exterior, trabajo, educación y recreación de los reclusos, deber de pasarse lista por lo menos dos veces al día en formación ordenada. Uso y respeto de los símbolos penitenciarios. // Dicho reglamento contendrá las directrices y orientaciones generales sobre seguridad. Incluirá así mismo, un manual de funciones que se aplicará a todos los centros de reclusión. // Habrá un régimen interno exclusivo y distinto para los establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos.”

⁹¹ Ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, artículo 53: “Reglamento Interno. Cada centro de reclusión tendrá su propio reglamento de régimen interno, expedido por el respectivo Director del centro de reclusión y previa aprobación del Director del INPEC. Para este efecto el Director deberá tener en cuenta la categoría del establecimiento a su cargo y las condiciones ambientales. Así mismo tendrá como apéndice confidencial, los planes de defensa, seguridad y emergencia. Toda reforma del reglamento interno, deberá ser aprobada por la Dirección del INPEC.”

enviados, sus cantidades y peso, serán “objeto de reglamentación de acuerdo con las medidas de seguridad del patio, pabellón, módulo o establecimiento penitenciario”⁹².

Por último, en relación con el ejercicio y la práctica del culto religioso dentro de los establecimientos penitenciarios, esta ley determinó que “los internos (...) gozarán de libertad para la práctica del culto religioso, sin perjuicio de las debidas medidas de seguridad”⁹³.

2.6.2. Resolución 06349 de 2016 – Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional

Por otro lado, es prudente estudiar también el contenido de la Resolución 06349 de 2016, “por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC”.

Aquella resolución acogió los parámetros estructurados en la Ley 65 de 1993. A manera de ejemplo, estableció a la dignidad humana, las garantías constitucionales y los derechos humanos universalmente reconocidos como los parámetros básicos de respeto que deben garantizárseles a los reclusos; aclarando que cualquier restricción que se imponga debe cumplir los criterios de necesidad y proporcionalidad⁹⁴.

De la misma manera, se transcribieron en esta resolución las normas referentes al principio de igualdad y del enfoque diferencial, para insistir en la importancia de: (i) la prohibición de cualquier forma de discriminación que se derive del sexo, la orientación sexual, la identidad, la diversidad corporal, la expresión de género, la raza, la etnia, la situación de discapacidad, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica; y (ii) la obligación de que todas las medidas penitenciarias y carcelarias que se tomen se ajusten al reconocimiento del enfoque de derechos humanos y diferencial,

⁹² Ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, artículo 115^a: “Envío Y Recepción De Paquetes. <Artículo adicionado por el artículo 75 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La persona privada de la libertad podrá recibir paquetes, los cuales serán entregados en la oficina que la Dirección del establecimiento penitenciario disponga para ello. // La oficina de recepción de paquetes deberá levantar un acta en la que se relacionen los elementos enviados, la cual será entregada al interno al momento de recibir los elementos enviados. // La clase de alimentos, artículos y bienes, al igual que su cantidad y peso, será objeto de reglamentación de acuerdo con las medidas de seguridad del patio, pabellón, módulo o establecimiento penitenciario”.

⁹³ Ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, artículo 152.

⁹⁴ Resolución 6349 de 2016, “por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC”, artículo 1: “Dignidad Humana. En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral. // Las restricciones a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto. La carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. // Toda actuación de la administración penitenciaria y carcelaria debe respetar la dignidad humana y los derechos constitucionales fundamentales de conformidad con las funciones de las medidas de aseguramiento y la pena, sin perjuicio de las restricciones propias a las que están sometidas las personas privadas de la libertad-PPL”.

dentro del marco de las normas y los estándares establecidos en la legislación internacional de los derechos humanos y las disposiciones constitucionales y legales de nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia, reconociendo la existencia de poblaciones con características particulares en razón de su edad, sexo, religión, identidad, expresión de género, orientación sexual, diversidad corporal, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquier otra razón⁹⁵.

Ahora bien, la resolución dispuso que los Directores de los establecimientos de reclusión deberán presentar ante el Director general del Inpec el reglamento interno y señaló que su aprobación, modificación, adición o supresión corresponderá a ese mismo funcionario, previo control de legalidad de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto. A propósito, se definió que el reglamento interno de los centros penitenciarios no podrá desconocer, contrariar y/o extralimitar los principios, obligaciones, derechos y disposiciones contenidas en la Constitución Política, las leyes, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y las demás normas que regulen la materia⁹⁶.

Por añadidura, en la referida resolución se establecieron los elementos permitidos en áreas comunes, especificando que se permitirá el uso de los elementos que suministre o autorice la administración del establecimiento, excluyéndose aquellos que se encuentren incluidos en los elementos prohibidos en dicha normatividad. Sobre este punto en particular, se aclaró que “[l]os bienes permitidos en áreas comunes para las personas privadas de la libertad

⁹⁵ Resolución 6349 de 2016, “por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC”, artículo 3, 4 y 5. Artículo 3: “Igualdad. Se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, orientación sexual, identidad, diversidad corporal, expresión de género, raza, etnia, situación de discapacidad, origen nacional o familiar, lengua, religión y opinión política o filosófica. // Lo anterior no obsta para que se puedan establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, resocialización, cumplimiento de la sentencia y política penitenciaria y carcelaria”; artículo 4: “Enfoque de derechos humanos. El presente reglamento se enmarca dentro de las normas y los estándares establecidos en la legislación internacional de los derechos humanos, las obligaciones constitucionales y legales sobre la materia, como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo para las políticas y prácticas relacionadas con este”; y artículo 5: “Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, sexo, religión, identidad, expresión de género, orientación sexual, diversidad corporal, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón las medidas penitenciarias y carcelarias del presente reglamento contarán con dicho enfoque. El Director General del INPEC expedirá los lineamientos de enfoque diferencial para adoptar las medidas tendientes a la protección, visibilización y garantía de derechos. // El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados postulados por éste, para ser beneficiarios de la pena alternativa de la Ley 975 de 2005, o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz”.

⁹⁶ Resolución 6349 de 2016, “por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC”, artículo 8: “Reglamento de Régimen Interno. Los Directores de establecimientos de reclusión presentarán al Director General del INPEC, el reglamento interno exclusivo y distinto para los establecimientos de reclusión y pabellones psiquiátricos, dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente resolución, con base en la Ley 65 de 1993, y demás normas que la reglamenten o adicionen. // La aprobación, modificación, adición o supresión del reglamento interno corresponde al Director General del INPEC, previo control de legalidad de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto. // En ningún caso el reglamento interno de un establecimiento de reclusión podrá desconocer, contrariar, extralimitar los principios, las obligaciones, los derechos y las disposiciones contenidas en la Constitución Política de Colombia, las leyes, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, el presente reglamento y demás normas que regulen la materia”.

solamente serán destinados para el deporte, recreación, trabajo, cultural y educación”⁹⁷. Igualmente, “*en los sectores destinados para talleres, panaderías, aulas, culto, sanidad, servicio de alimentos y otros, los elementos permitidos, previa autorización del Director del establecimiento, son aquellos que hagan parte del inventario actualizado de cada área y los necesarios para el cumplimiento de la labor y el fin relacionado con la naturaleza de su actividad*”⁹⁸.

También definió que el Director del establecimiento, en coordinación con el comandante de vigilancia, deberán llevar el control de los objetos permitidos y deberán responder por el estricto cumplimiento de ello. En caso de que se descubra algún elemento no permitido y que no sea constitutivo de delito, gracias a dicho control, será decomisado por el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, así como también será entregado en su totalidad a quien esté debidamente autorizado por la persona privada de la libertad para recibirlo o se enviará al depósito de prendas del almacén. En el evento en que los elementos no permitidos sean constitutivos de delito, se dejarán a disposición de la autoridad judicial correspondiente. En ambos casos, aclara la norma, deberá adelantarse un proceso disciplinario⁹⁹.

Sobre este punto en especial, la resolución reguló de manera específica el ingreso y la tenencia de objetos permitidos en razón al enfoque de género. En su artículo 49 se indicó que “*el Director del establecimiento penitenciario será el encargado de permitir el ingreso y tenencia de objetos de conformidad con los lineamientos que expida el Director General, orientados a garantizar los derechos a la igualdad, la accesibilidad, al libre desarrollo de la personalidad en razón de su sexo, género, orientación sexual, identidad y expresión de género, raza, etnia, religión y situación de discapacidad de las personas privadas de la libertad*”. Verbigracia, el parágrafo 1 de dicho artículo hizo énfasis en la autorización que se les debe garantizar a los miembros de las

⁹⁷ Resolución 6349 de 2016, “*por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC*”, artículo 46: “*Elementos permitidos en áreas comunes. En las áreas comunes destinadas para las personas privadas de la libertad, solamente se permitirá el uso de los elementos que suministre o autorice la administración del establecimiento, siempre y cuando no estén incluidos en los elementos prohibidos en este reglamento. // El Director del establecimiento, de acuerdo al tamaño e infraestructura, podrá autorizar la instalación de hasta dos (2) televisores en cada pabellón. // Parágrafo Único. Los bienes permitidos en áreas comunes para las personas privadas de la libertad solamente serán destinados para el deporte, recreación, trabajo, cultural y educación*”.

⁹⁸ Resolución 6349 de 2016, “*por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC*”, artículo 47.

⁹⁹ Resolución 6349 de 2016, “*por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC*”, artículo 48: “*Control de tenencia de elementos permitidos. El Director del establecimiento en coordinación con el comandante de vigilancia, llevarán estricto control de objetos permitidos y responderán por el estricto cumplimiento de ello, de conformidad con lo reglamentado en este capítulo. // Las personas privadas de la libertad podrán adquirir periódicos o revistas a través del expendio de cada establecimiento. // en el evento de encontrar elementos no permitidos al interior de los establecimientos y que no sean constitutivos de delito, serán decomisados por el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, y entregados en su totalidad a quien esté debidamente autorizado por la persona privada de la libertad para recibirlo, o en su defeco, se enviarán al depósito de prendas del almacén. // Cuando sean constitutivos de delito se dejarán a disposición de la autoridad judicial correspondiente. En ambos casos deben adelantarse proceso disciplinario*”.

comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales o palenqueras, para poder hacer uso de los elementos que les permita desarrollar sus actividades lúdicas-culturales, respetando sus usos y costumbres. No obstante, se aclaró que sólo se podrá permitir el ingreso de aquellos elementos que no generen riesgo alguno para la seguridad del establecimiento y que se permitirá que los materiales sean proveídos por sus autoridades indígenas y/o familiares o que se adquieran a través de los expendios del centro de reclusión¹⁰⁰.

A su turno, en el artículo 50 se aclararon cuáles son los elementos prohibidos, tanto para su ingreso, como para su uso, porte y tenencia por parte de las personas privadas de la libertad y visitantes. Dentro de los referidos elementos se encuentran los siguientes: *“1. Elementos de comunicación y tecnología como buscapersonas, celulares, tablets, computadores, tarjetas simcard, memorias USB, reproductores de mp3 y mp4, teléfonos inalámbricos, radios de comunicaciones, relojes digitales o inteligentes, y aquellos que a futuro se cataloguen como tal. || 2. Todo tipo de arma corto punzante, convencional, no convencional (artesanal), municiones, estopines o explosivos. || 3. Bebidas alcohólicas de cualquier tipo, sustancias narcóticas y psicotrópicas, alucinógenos y cualquier otra droga que produzca alteraciones físicas y emocionales. || 4. Prendas de vestir, gorras, sombreros, ruanas, guantes, bufandas, ropa de uso privativo de la fuerza pública y de los organismos de seguridad del estado, pasamontañas, gabanes y abrigos. || 5. Material de proselitismo político. || 6. Electrodomésticos: resistencias, hornos corrientes, hornos microondas, equipos de sonido, estufas. || 7. Animales de cualquier especie. || 8. Medicamentos son fórmula ordenada o avalada por el médico del establecimiento. || 9. Objetos de valor, dinero, joyas, relojes suntuosos, títulos valores y demás elementos que tengan alto valor definido por el Director del establecimiento. || 10. Documentos que contengan información dirigida contra la seguridad y/o el orden público interno del establecimiento. || 11. Cables de conducción eléctrica, envases de vidrio, cuerdas u otros elementos similares. || 12. Objetos para juegos de azar y billeteras”¹⁰¹.*

Una vez determinados los elementos permitidos y prohibidos para su ingreso y uso dentro de los centros penitenciarios, la resolución procedió a regular lo

¹⁰⁰ Resolución 6349 de 2016, “por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC”, artículo 49: “Objetos permitidos en razón al enfoque diferencial. El Director del establecimiento permitirá el ingreso y tenencia de objetos de conformidad con los lineamientos que expida el Director General, orientados a garantizar los derechos a la igualdad, la accesibilidad, al libre desarrollo de la personalidad en razón de su sexo, género, orientación sexual, identidad y expresión de género, raza, etnia, religión y situación de discapacidad de las personas privadas de la libertad. || Parágrafo 1. Para los miembros de comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales o palenqueras que dentro de sus usos y costumbres realicen artesanías y manualidades se les permitirá el uso de elementos para el desarrollo de sus actividades lúdicas-culturales, tales como hilos y lanas, instrumentos musicales, y otros elementos que no generen riesgo alguno para la seguridad del ERON. Se podrá permitir que estos materiales sean proveídos por sus autoridades indígenas y/o familiares o se adquieran en expendios del ERON. || Parágrafo 2. Los Directores de los Establecimientos podrán autorizar el uso de prendas tradicionales a la población indígena y rom para conservar sus usos, tradiciones y costumbres”.

¹⁰¹ Resolución 6349 de 2016, “por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC”, artículo 50.

relativo a la recepción de paquetes, señalando que cada establecimiento deberá contar un área de atención al público para la recepción, control y registro de los paquetes destinados a las personas privadas de la libertad, lugar en el que se recibirán los paquetes de acuerdo al cronograma mensual y semestral elaborado por el Director de cada establecimiento, en coordinación con el comando de vigilancia.

Con el objetivo de garantizar un debido control de los paquetes que ingresan al establecimiento, en la resolución se definió que deberá hacerse una previa identificación de quien los deposita, relacionando detalladamente el contenido de los mismos, registrando nombre del remitente y destinatario, domicilio y documento de identidad de quien los entrega. Asimismo, con esta misma finalidad, se dispuso que los reglamentos internos de cada establecimiento determinarán los días y horas en los que los paquetes deberán ser recibidos y entregados. También se indicó que, en el momento de su recepción, se hará una minuciosa requisa de los elementos que contiene el paquete, elaborándose una constancia de los datos del servidor público que la requiso y de quien recibió el paquete.

Por otro lado, se aclaró que aquellos objetos que no sean autorizados para ser ingresados deberán devolverse de inmediato a quien solicitó su ingreso. Igualmente, se dispuso que en caso de que los paquetes contengan elementos ilícitos, estos se deberán poner a disposición de la autoridad judicial competente, identificando a las personas que depositaron los paquetes.

Finalmente, para poder controlar el ingreso de cualquier elemento, la resolución prohibió el ingreso directo de elementos, paquetes o correspondencia alguna por parte de cualquier visitante, servidor público o autoridad¹⁰².

¹⁰² Resolución 6349 de 2016, “por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC”, artículo 122: “Recepción de paquetes. Existirá un área de atención al público para la recepción, control y registro de los paquetes destinados a las personas privadas de la libertad, de acuerdo al cronograma mensual y semestral elaborado por el Director del establecimiento en coordinación con el comando de vigilancia. La recepción de paquetes dirigida a las personas privadas de la libertad se hará previa identificación de quien los deposita, con relación detallada del contenido, registrando nombre del remitente y destinatario, domicilio y documento de identidad de quien lo entrega. // El reglamento interno del establecimiento determinará los días y horas de recepción y entrega de paquetes. Practicada la anotación, se procederá a una minuciosa requisa de los elementos que contiene el paquete, y se dejará constancia de los datos del servidor público que requiso, así como de quien lo recibió. // Los artículos y objetos cuya entrada no se autoricen, deberán ser devueltos de inmediato a quien solicita su ingreso. Si se encuentran elementos ilícitos, se pondrán a disposición de la autoridad judicial competente indicando la identidad del depositante. No se permitirá a ningún visitante, servidor público o autoridad, el ingreso directo de elemento, paquete o correspondencia alguna al interior del establecimiento con destino a las personas privadas de la libertad de cualquier pabellón. // Los elementos permitidos de uso personal, aseo, cama o vestuario, y otros de similar naturaleza que sean autorizados, deberán ingresar por el área de recepción de encomiendas y paquetes, y serán entregados a la persona privada de la libertad destinatario por el servidor público correspondiente, previa devolución de las prendas o elementos que reemplace, en los horarios determinados en el reglamento interno y a quien autorice por escrito la persona privada de la libertad. // Cuando se trate de fotocopias de actuaciones procesales en las que la persona privada de la libertad se encuentre formalmente vinculada o documentos impresos pertinentes para su defensa, deberán ser entregados al área jurídica de establecimiento de reclusión, dependencia que tramitará su entrega en la forma establecida en el procedimiento. También por su abogado o notificador, previa

3. Resolución del caso concreto

3.1. Síntesis del caso

La Corte considera que la protección constitucional podría considerarse, en principio, procedente, por cuanto: (i) en este caso se está frente a un sujeto de especial protección constitucional, por tratarse de un miembro de la comunidad indígena arhuaca; (ii) se le negó el ingreso y uso del ayú y el poporo dentro del establecimiento penitenciario y carcelario en el que se encuentra, pese a que el uso de la hoja de coca ha sido ampliamente reconocido como una tradición indígena válida y legal, amparada por la Constitución Política; y (iii) por tratarse de la presunta vulneración del derecho fundamental a la diversidad e identidad étnica y cultural, el cual tiene la capacidad de garantizarle al accionante su derecho a la dignidad humana e igualdad.

En el caso *sub examine*, al señor Alejandro Copete Robles, persona privada de la libertad e identificada como indígena por su pertenencia a la población arhuaca, le fue negada la solicitud de autorización del ingreso y uso del ayú y el poporo dentro del establecimiento carcelario, presentada por el Gobernador de la comunidad arhuaca, motivo por el cual interpuso la acción de tutela en búsqueda de la protección de sus derechos fundamentales. A partir de las pruebas que obran en el expediente, puede verificarse que tanto el Director del establecimiento penitenciario y carcelario accionado como el Inpec guardaron silencio, sin pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la presente tutela. No obstante, el accionante allegó junto a su tutela una copia de la respuesta dada frente a la petición elevada por el Gobernador de la comunidad arhuaca ante el Director del referido centro carcelario, en la cual se arguyó la imposibilidad de conceder el requerimiento señalado, por cuanto su autorización podría acarrear problemas de control y seguridad dentro del establecimiento, por tratarse de una sustancia narcótica, sicotrópica, alucinógena o droga, la cual provoca efectos de agresividad, dificultando el manejo de la persona que hace uso de la misma y poniendo en peligro la seguridad de las demás personas privadas de la libertad.

De ahí que esta Sala pueda afirmar que el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar debió acceder a la solicitud referida, para así evitar vulnerar los derechos fundamentales del accionante.

Lo anterior, por cuanto: (i) se desconoció el contenido del derecho a la diversidad e identidad étnica y cultural del señor Alejandro Copete Robles, lo que llevó a su vez la vulneración de sus derechos a la igualdad y la dignidad humana y el incumplimiento de los deberes de respeto y protección de los mismos por parte del Estado y las autoridades públicas, conducta que incumple las disposiciones de la Constitución Política, los tratados internacionales de

autorización del responsable del área jurídica. La entrega a la persona privada de la libertad de esta documentación por parte del establecimiento deberá efectuarse a más tardar al día siguiente de su recibo”.

derechos humanos y la jurisprudencia constitucional; (ii) se puso a la hoja de coca y su uso como manifestación de la identidad cultural de la población indígena en el mismo plano que el de los usos ilícitos que se hacen de esta planta, verbigracia, como materia prima para la elaboración de la cocaína y el consumo de ésta; (iii) se interpretaron y aplicaron las normas que rigen el sistema penitenciario de tal forma que se pudiera concluir que no era posible autorizar el ingreso y uso de los referidos elementos por razones de seguridad al interior del establecimiento carcelario, por tratarse supuestamente de elementos prohibidos, al categorizarlos como sustancias narcóticas, psicotrópicas, alucinógenas o drogas que producen alteraciones físicas y emocionales, justificación que no se encuentra acorde a la lectura completa de las normas sobre la materia, pues existen disposiciones claras que permiten entender la necesidad de aplicar un enfoque diferencial y de derechos humanos, así como también de respetar las garantías constitucionales y aplicar los tratados internacionales de derechos humanos en beneficio de aquellas personas privadas de la libertad que hacen parte de la población indígena de Colombia y que, por ende, son sujetos de especial protección constitucional desde la dimensión individual del derecho a la identidad cultural; y (iv) como consecuencia de lo anterior, se le impuso al tutelante una visión del mundo, no propia de su cultura como indígena.

A continuación, se hará una breve profundización sobre cada una de las cuatro razones por las que esta Sala considera que la autoridad accionada vulneró los derechos fundamentales del accionante.

3.2. Desconocimiento del contenido del derecho a la diversidad e identidad étnica y cultural del pueblo indígena

El Director del establecimiento accionado, al momento de tomar la decisión de no autorizar el ingreso y uso de los referidos elementos, no tuvo en cuenta que: (i) el artículo 1 de la Constitución Política consagró al pluralismo como uno de los pilares fundamentales de nuestro Estado, estableciéndolo como valor y principio orientador; (ii) el artículo 7 superior dispuso la responsabilidad de que el Estado reconozca y proteja la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, obligación que involucra luchar por el respeto a la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo (conceptos que constituyen la denominada constitución cultural); y (iii) el artículo 70 de la Carta Política definió que el Estado tiene el deber de reconocer la igualdad y la dignidad a todas las culturas que conviven en el país.

Asimismo, la autoridad pública ignoró que: (i) el derecho a la identidad étnica y cultural tiene como objetivo que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria, como lo son las comunidades indígenas, puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo 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 públicas 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, de ahí el imperativo o la gran importancia de 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, la individual y la colectiva, y la individual consiste en la protección que debe otorgársele al individuo para que así se logre preservar el derecho de la colectividad, en otras palabras, se trata de una protección indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad cultural, de manera que se debe garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad, toda vez que la protección del individuo permite materializar el derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece; (viii) este derecho de los pueblos indígenas se proyecta más allá de lugar en el que se encuentren ubicados, porque de no ser así se estaría priorizando o primando la política de segregación y separación, contrario a los presupuestos constitucionales; y (ix) los derechos de los cuales son titulares los miembros de las comunidades indígenas incluyen, entre otros, el de preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosos y espirituales, de no ser objeto de asimilaciones forzadas, de utilizar y controlar sus objetos de culto y de seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales.

De otra parte, debe resaltarse que, pese a que este derecho no es absoluto, puesto que tiene límites constitucionales, como lo son los principios de la misma jerarquía (a manera de ejemplo el de la prevalencia del interés general o la dignidad humana), la limitación que se haga a este derecho debe estar justificada constitucionalmente, esto es, que la limitación se funde en un principio constitucional de igual valor o superior al de la diversidad e identidad étnica y cultural; de lo contrario, se estaría restando eficacia al pluralismo que inspira la Constitución Política de 1991, tornándolo inocuo.

En este caso específico no se presentó con claridad ninguna justificación que fuera constitucionalmente válida, es decir, no se aclaró cual era el principio constitucional que debía primar frente al derecho referido.

Contrario sensu a lo afirmado por la autoridad accionada, el ayú o la hoja de coca no hace parte de los elementos prohibidos en la Resolución 06349 de 2016, pues concluir que debe catalogarse como una sustancia narcótico, psicotrópica, alucinógena o como droga que genera alteraciones físicas y emocionales, provocando agresividad en quien la consume, así sea de forma natural como lo hacen los indígenas, es un craso error y desconoce las disposiciones

constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional.

Por el contrario, el uso ancestral de la hoja de coca genera un efecto positivo en quien la consume, pues aporta vitaminas y minerales al cuerpo, da energía natural y genera otros beneficios más que no pueden ser comparados con los efectos generados al consumir una droga, como lo es la cocaína. Como consecuencia de ello, la justificación de que acceder a la petición supondría poner en riesgo la seguridad del establecimiento, puesto que los elementos no autorizados generan alteraciones físicas y emocionales, provocando agresividad en la persona, no encuentra sustentos válidos y, *contrario sensu*, se ve desvirtuada.

3.3. Equiparación errónea del uso de la hoja de coca, amparado por la Constitución, con el uso ilícito de la planta, como materia prima para la elaboración de la cocaína y el consumo de aquella droga

Tampoco se tuvo en consideración que es de público conocimiento que el uso de la hoja de coca hace parte del patrimonio cultural colombiano, pues éste último se integra por las manifestaciones inmateriales, dentro de las cuales se incluyen las tradiciones, las costumbres, los hábitos, las prácticas, los usos y las técnicas que las comunidades reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural; pues todos ellos son los que generan sentimientos de identidad y establecen vínculos con la memoria colectiva. Por ello, el Estado es responsable de hacer respetar y proteger dicho patrimonio; deber que fue establecido como un principio constitucional de imperativo cumplimiento por todas las autoridades públicas.

En armonía con lo anterior, puede destacarse la importancia de ver a la Constitución Política de 1991 como una Constitución Cultural, pues a través de ella se busca proteger las ideas, creencias, conductas, actos y costumbres de todos los integrantes de la sociedad. Por ello, el uso ancestral de la hoja de coca se ha considerado amparado por el artículo 7 de la Constitución Política.

El consumo de la hoja de coca tal y como lo hacen las comunidades indígenas no tiene efectos negativos y, por el contrario, debe catalogarse como una manifestación de su derecho a la identidad cultural. El ayú ha sido reconocido como un elemento fundamental para la comunidad indígena desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio, etc.; la hoja de coca ha sido calificada como sagrada por sus beneficios y atributos naturales, ya que ella provee un aporte nutricional al ser humano al contener nutrientes como proteína vegetal, vitaminas (A, C y B2 - riboflavina -) y minerales (calcio y fósforo), equilibra el hambre, la sed y el cansancio de manera natural y sana, así como también sirve como medicina natural para los dolores de cabeza, problemas estomacales, mal de alturas, analgésico y anestésico local, protege la raíz de los dientes y calma los dolores dentales, y permite la recuperación de la energía a través del “*mambeo*”.

Cabe precisar que la siembra, uso y consumo lícito de la hoja de coca en Colombia se ha restringido o circunscrito a los resguardos indígenas en virtud del principio de pluralismo y el derecho a la diversidad e identidad étnica y cultural.

Todos estos presupuestos fueron olvidados por la autoridad accionada, pues en vez de reconocer el uso permitido del ayú, confundió erróneamente su consumo natural, el cual beneficia en general la salud y estado físico de quien la consume, y su uso ancestral, como manera de manifestar la identidad cultural de las comunidades indígenas y de materializar su cosmovisión, con el uso y consumo de la cocaína, la cual tiene como materia prima la hoja de coca y que es procesada de manera especial para producir la droga, sustancia que sí genera efectos alucinógenos y alteraciones físicas y emocionales negativas, así como también adicción.

Al diferenciar esos dos elementos, la hoja consumida como planta y la cocaína como droga procesada, se habrían diferenciado los efectos que generan y las razones por las cuales se hace su uso; llegando a la conclusión de que no representa un riesgo para la seguridad del establecimiento penitenciario y carcelario autorizar el ingreso y uso del ayú y el poporo por parte del accionante; muy por el contrario, sería la forma de respetar y garantizar uno de los pilares fundamentales sobre el que se cimienta nuestro Estado Social de Derecho, el cual permite materializar y salvaguardar los derechos fundamentales de un grupo compuesto por sujetos de especial protección constitucional, así como también sería la forma de dar cumplimiento a las normas del sistema penitenciario, a través de las cuales se dispuso la aplicación de un enfoque de derechos humanos y diferencial y el respeto por la igualdad y la dignidad humana, a través del tratamiento penitenciario individualizado, según las características personales de cada persona privada de la libertad.

3.4. Indebida interpretación y aplicación de las normas que rigen el sistema penitenciario

Como se puso en evidencia en los acápites precedentes, tanto la Ley 65 de 1993 como la Resolución 06349 de 2016 establecieron como regla inquebrantable la prohibición de cualquier tipo de discriminación en razón de la raza y la religión, entre otras razones. Sin embargo, se previó la posibilidad de hacer distinciones razonables por motivo de seguridad y de resocialización.

Asimismo, ambas fuentes normativas dispusieron la aplicación de un enfoque diferencial, por medio del cual se reconoce la existencia de poblaciones especiales que, por su religión, raza, etnia, entre otras razones, hace necesaria la aplicación de medidas tendientes a garantizar el respeto de ese diferencial.

Igualmente, estos dos instrumentos consagraron la prevalencia de la dignidad humana, las garantías constitucionales y los derechos humanos universalmente reconocidos, aclarando que cualquier restricción que se imponga a las personas privadas de la libertad deberá satisfacer los criterios de necesidad y proporcionalidad. Lo anterior, toda vez que no puede dejarse de lado el hecho

de que la función y finalidad de la pena, las medidas de seguridad y el tratamiento penitenciario se encuentran encaminados a preparar al condenado, mediante su resocialización, para la vida en libertad. Por ello, se estableció que el tratamiento penitenciario debe hacerse con base en la dignidad humana y en las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto; en otras palabras, se resaltó la necesidad de realizar un tratamiento individualizado hasta la medida en que sea posible, para así salvaguardar y respetar los derechos y garantías constitucionales.

En otro orden de ideas, en la resolución se reguló expresamente el derecho de los internos a practicar su culto religioso con plena libertad, sin perjuicio de las medidas de seguridad; libertad que debería comprender las tradiciones religiosas indígenas y los elementos requeridos para tal fin.

De otro lado, para este caso es necesario hacer referencia a la importancia del Consejo de Evaluación y Tratamiento, grupo interdisciplinario compuesto por abogados, sociólogos, psicólogos, etc. Este grupo se previó para que de manera integral pudiera definirse el tratamiento que debe dársele a cada persona privada de la libertad, conforme a sus características personales. Esta Sala estima que, de haberse apoyado adecuadamente en este Consejo, el Director del establecimiento accionado hubiera podido estudiar y/o analizar diferentes perspectivas (social, cultural, jurídica, etc.), las cuales le hubieran permitido tomar una decisión más acertada sobre la materia en cuestión.

Ahora bien, la resolución también fue clara en indicar cuáles son los elementos prohibidos y cuáles los permitidos dentro de los centros carcelarios. Para el caso *sub examine* se hace necesario señalar que, dentro de lista de los elementos prohibidos se incluyeron las sustancias narcóticas y psicotrópicas, alucinógenos y cualquier otra droga que produzca alteraciones físicas y emocionales; grupo dentro del cual no puede incluirse a la hoja de coca, como ya se explicó, pues esta planta no es en sí una sustancia de este tipo; *contrario sensu*, a la cocaína sí se le podría incluir en esta categoría de los elementos prohibidos; de ahí la importancia de diferenciar el uso lícito del ayú *versus* el uso ilícito de la planta como materia prima para la producción y consumo de la cocaína (droga).

Una vez aclarado que la hoja de coca no puede ubicarse dentro de ninguna categoría de las señaladas en la lista de elementos prohibidos, esta Sala procede a analizar si podría ser considerada como un elemento permitido.

Al respecto, las normas penitenciarias establecieron que, en áreas comunes, se permite el uso de elementos autorizados y suministrados por la administración del establecimiento, excluyéndose *de facto* los enlistados en los elementos prohibidos. Se aclaró que estos deberán ser usados con fines recreativos, laborales, culturales y educativos. También se señaló que, en áreas no comunes sino destinadas para talleres, aulas, cultos, prestación del servicio de alimentación, entre otras funciones, serán los que hagan parte del inventario de cada área y necesarias para cumplir con la labor y el fin relacionado con la naturaleza de la actividad de cada una de ellas.

Sobre la vigilancia de los elementos permitidos se mencionó que el Director y el Comandante de Vigilancia de cada establecimiento serán los encargados de realizar el control de dichos objetos y serán quienes deberán responder por el estricto cumplimiento de las normas relativas a estos.

Se definió que, de descubrir elementos no permitidos no constitutivos de delito, estos deberán ser decomisados por el personal del cuerpo de custodia y vigilancia; en caso de que sean constitutivos de delito, deberán dejarse a disposición de la autoridad judicial correspondiente. En ambos casos, se estará en la obligación de iniciar un proceso disciplinario.

En principio, podría considerarse que el ayú podría incluirse dentro de los elementos permitidos, controlado y vigilado por el Director del establecimiento, pues su uso se daría con fines culturales, religiosos, laborales, alimenticios, etc.; los cuales prevé la norma, más aún si se vuelve a reiterar que no hace parte de la lista de elementos prohibidos y que son elementos esenciales para poder materializar el derecho del accionante a realizar su culto religioso con plena libertad.

Finalmente, en relación con la entrega y control de paquetes, las normas son lo suficientemente claras y adecuadas para saber cómo manejar el ingreso y uso de elementos enviados mediante paquetes a una persona privada de la libertad. Se estableció que, para la entrega y control de los mismos: (i) se deberá hacer un levantamiento de un acta en el que se relacionen los elementos enviados, su cantidad y peso; (ii) el Director del establecimiento contará con la facultad para definir cuáles elementos serán catalogados como permitidos y cuáles no; (iii) el Director tendrá la competencia para establecer los lineamientos de cómo hacer el control de la entrega de paquetes, los cuales deberá orientarse a garantizar los derechos a la igualdad, la accesibilidad y al libre desarrollo de la personalidad, en razón, entre otros, a la raza, la etnia y la religión; (iv) los miembros de comunidades indígenas tendrán derecho a que se les permita el uso de elementos necesarios para desarrollar sus actividades lúdicas-culturales, respetando sus usos y costumbres, garantía que sólo podrá limitarse en caso de que dichos elementos generen riesgo a la seguridad del establecimiento; (v) los elementos requeridos por los miembros de las comunidades indígenas podrán ser proveídos por los familiares, la autoridad indígena o por el mismo centro de reclusión; (vi) se deberá hacer un control exigente de paquetes, lo que implicará hacer una requisa minuciosa de los mismos, identificando quién los entrega y qué entrega; y (vii) no se permitirá el ingreso y entrega directa de paquetes por cualquier visitante, servidor público o autoridad.

En definitiva, el Director del establecimiento tenía plena facultad para definir al ayú y al poporo como elementos permitidos, de haber reconocido la importancia de ellos en la cultura indígena, y como una forma de aplicar el enfoque diferencial y de respetar los derechos fundamentales a la igualdad, la dignidad humana y el libre desarrollo del recluso, como sujeto de especial protección constitucional. Adicionalmente, las normas penitenciarias son claras y suficientes para saber cómo manejar el envío, entrega, ingreso y uso de dichos elementos sin que se ponga en riesgo la seguridad del centro carcelario. De

manera que, esta Sala concluye que hubo una decisión infundada por parte de la autoridad accionada al negar el ingreso y uso de los elementos solicitados.

El respeto y garantía de los derechos fundamentales del accionante como miembro de una comunidad indígena no choca con la prevalencia de ningún otro derecho o principio constitucional de igual o mayor jerarquía, y la conducta tendiente a no autorizar el ingreso y uso de los elementos aludidos no podría ser considerada como una restricción, prohibición o medida adecuada por cuanto no cumpliría con los criterios de necesidad y proporcionalidad, por lo expuesto anteriormente.

3.5. Imposición indebida de una visión del mundo no propia de la cultura indígena

Al haber prevalecido la concepción de la hoja de coca como una planta que “pone en riesgo la seguridad de un establecimiento penitenciario” por considerarse como un “sustancia narcótica, psicotrópica, alucinógeno o droga”, se le impuso al accionante una visión contraria a la cosmovisión indígena; pues, por el contrario, los arhuacos consideran al ayú como una planta sagrada por los numerosos beneficios que aquella les ha proveído por años.

Esta postura es contraria a la Carta Política, habida cuenta que vulnera uno de los ejes axiales de la misma, consistente en el respeto y protección del pluralismo, característica esencial de la Constitución de 1991, mediante la cual se busca salvaguardar la diversidad e identidad de la población pluriétnica y multicultural de Colombia.

Este tipo de decisiones no pueden ser avaladas por esta Corporación, toda vez que: (i) vulneran derechos fundamentales y, en general, derechos humanos reconocidos universalmente; (ii) vulneran las garantías constitucionales; (iii) viola los tratados internacionales sobre la materia, ratificados por Colombia; y (iv) desconocen la jurisprudencia constitucional sentada por la Corte Constitucional.

3.6. Conclusión

En este punto es necesario precisar que, aunque el accionante solicitó la protección de su derecho de petición, su verdadero interés giraba en torno al reconocimiento de su derecho a la identidad cultural y al enfoque diferencial en su tratamiento carcelario.

En consecuencia, la Sala considera que la negación del Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar vulneró directamente los derechos fundamentales del accionante y, por ello, sería propio conceder el amparo solicitado.

Por consiguiente, la Sala procederá a ordenar a la entidad accionada autorizar el ingreso y uso del ayú y del poporo dentro del establecimiento carcelario en el que se encuentra privado de la libertad el señor Alejandro Copete Robles,

como forma para respetar, garantizar y materializar sus derechos fundamentales a la diversidad e identidad étnica y cultural, la igualdad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Con la finalidad de respetar la autonomía de dicha autoridad pública, esta Sala considera prudente dejar a su arbitrio la posibilidad de establecer los lineamientos en relación con la entrega o provisión de dichos elementos, su uso, control y vigilancia; directrices que deberán respetar los principios sobre los cuales se basa el sistema carcelario, en especial el enfoque diferencial y de derechos humanos y la dignidad humana, y las directrices plasmadas en este fallo. No obstante lo anterior, se le ordenará llevar a cabo de manera previa un diálogo intercultural en relación con las referidas prácticas con el Gobernador del Cabildo que presentó la petición en representación de la comunidad Arhuaca y con el accionante.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Tercero Administrativo de Valledupar, dentro de la tutela formulada por el señor Alejandro Copete Robles, actuando en nombre propio, contra el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar; para en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales del accionante a la diversidad e identidad étnica y cultural, la igualdad y la dignidad humana.

SEGUNDO.- ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar que, dentro de los siguientes quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, autorice, regule, controle y vigile el ingreso y uso del ayú y el poporo por parte del accionante Alejandro Copete Robles, como miembro de la comunidad arhuaca y, por ende, sujeto de especial protección constitucional, bajo las condiciones, en las cantidades y espacios que considere pertinente, luego de realizar una verificación y diálogo intercultural con el Gobernador del Cabildo Arhuaco y el tutelante

TERCERO.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes a través del juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Presidente
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General