



**ACREDITACIÓN**  
**ALTA CALIDAD**

**EL MULTICULTURALISMO FRENTE A LA VISIÓN OCCIDENTAL DE  
LOS DERECHOS HUMANOS**

**Facultad de Derecho**

**Universidad Autónoma Latinoamericana**

**El Multiculturalismo Frente a la Visión Occidental de los Derechos Humanos**

**Tema: Derechos Humanos**

**Integrantes**

**Maria Camila Castañeda Monroy**

**Alexandra Grajales Arboleda**

**Trabajo de Grado presentado para optar por el Título de Abogado**

**Asesora**

**Bibiana Catalina Cano**

**Universidad Autónoma Latinoamericana**

**Medellín**

**2023**

## **Dedicatoria**

A nuestros hermanos, Simón López Monroy y Alejandra Grajales Arboleda, que ven en nosotras un ejemplo a seguir en su proceso de formación, son nuestra motivación y que creyeron en todo momento en la posibilidad de que saliera avante esta investigación.

## **Agradecimientos**

Agradecemos profundamente a nuestros padres, de igual forma, a todos aquellos docentes que hicieron parte de nuestro proceso de formación y en especial, a la asesora que estuvo presente en cada una de las etapas del desarrollo de esta investigación.

## Resumen

Esta monografía de investigación, mediante un enfoque cualitativo, busca identificar si en el ordenamiento jurídico prevalece la Universalidad de los Derechos Humanos o el multiculturalismo que protege la constitución Política, para ello, se desarrollan tres puntos importantes. Inicialmente, se realiza una conceptualización acerca de lo que se entiende por multiculturalismo, Universalismo de los derechos humanos y las problemáticas de esta última teoría. Seguidamente se desarrolla una búsqueda en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde se analizan algunas sentencias en las cuales se encuentran conflictos entre estas dos teorías, y para resolverlos la Corte acude a la ponderación, mediante la cual emplea diferentes criterios y se basa fundamentalmente en la principalística.

**Palabras clave:** Universalismo de los Derechos Humanos, Multiculturalismo, Jurisprudencia, Comunidades Indígenas, Ponderación, Corte Constitucional, Constitución Política.

## **Abstract**

This research monograph, through a qualitative approach, seeks to identify whether in the legal system prevails the Universality of Human Rights or the multiculturalism protected by the National Constitution, for this purpose, three important points are developed. Initially, a conceptualization is made about what is understood by multiculturalism, Universalism of human rights and the problems of the latter theory. Next, a search in the jurisprudence of the Constitutional Court is developed, where some sentences are analyzed in which conflicts between these two theories are found, and to solve them the Court resorts to weighting, by which it uses different criteria and is based fundamentally on principled.

**Keywords:** Universalism of Human Rights, Multiculturalism, Jurisprudence, Indigenous Communities, Weighting, Constitutional Court, Political Constitution.

## Tabla de Contenido

Introducción .....	8
Capítulo 1 .....	11
1. Desarrollos Conceptuales: el Multiculturalismo, el Universalismo y sus Problemáticas.....	11
1.1. ¿Qué se Entiende por Multiculturalismo? .....	11
1.2. La Universalidad de los Derechos Humanos y sus problemáticas .....	16
Capítulo 2.....	27
2. Análisis Jurisprudencial en la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Casos Controversiales entre Multiculturalismo y Universalismo .....	27
Capítulo 3.....	44
3. Sobre la Ponderación en la Corte Constitucional .....	44
3.1. Principio de Maximización de la Autonomía.....	48
3.2. Principio “A Mayor Conservación de la Identidad Cultural, Mayor Autonomía” .....	49
4. Conclusiones .....	53
Bibliografía .....	56

## Introducción

A la concepción de derechos humanos se le ha dado una connotación de universales, en ese sentido, es inherente a cada persona por su condición humana, sin embargo, esa “universalidad” no se ha mantenido, es decir, no es una teoría absoluta, razón por la cual, empezaron a surgir críticas relativistas que contenían muchas preguntas y muy pocas respuestas. Estas críticas manifiestan que el origen de los Derechos Humanos es puramente occidental y a su vez, desfiguran la universalidad de dichos derechos. Este gran debate histórico y, por ende, contemporáneo desembocó en el siglo de las luces y sigue abierto hoy en día, donde se plantea la inquietud acerca de si los derechos humanos tendrían una legitimación superior, ya que estos nacen con vocación universal, comunes a toda la humanidad, pero el concepto de multiculturalidad pone en entredicho tal “universalidad”.

En Colombia, muchas de las tradiciones de las comunidades indígenas son contrarias a lo propuesto por la teoría de la universalidad de los derechos humanos, ejemplo de esto, son las prácticas empleadas para prevalecer el orden, como los castigos corporales impuestos cuando se comete un delito dentro de las jurisdicciones indígenas (latigazos, el cepo, entre otros); donde por un lado, desde la visión Universal de los derechos humanos, muchas de estas prácticas son consideradas como “tortura y tratos crueles e inhumanos”, pero por el lado multicultural y la visión de las comunidades indígenas hacen parte de su autonomía otorgada constitucionalmente. Dicho esto, no queda entonces claro si prevalece la Constitución Política que les reconoce una serie de derechos y libertades, y que, además, se define como un estado pluralista, ya que se plantea ser la norma de normas y predomina en el ordenamiento jurídico, según el artículo cuarto de la misma o, por otro lado, si priman los tratados internacionales que versan sobre Derechos

Humanos, según el artículo 93 de la carta política nacional, los cuales condenan muchas de las prácticas indígenas. A raíz de lo anterior, surge la siguiente pregunta investigativa: ¿Cómo se pondera la universalidad de los derechos humanos con el multiculturalismo protegido en la Constitución Política de Colombia? En este sentido, se plantea que:

La dimensión multicultural plasmada en la Constitución genera tensiones que deben ser resueltas a la hora de interpretarla para cada caso concreto. Es una discusión que desde luego no ha sido resuelta y en la que se perfilan dos posiciones: la que propone maximizar la autonomía de los pueblos indígenas y la que propone minimizarla, justificando paralelamente la prevalencia de los derechos humanos individuales y de la soberanía del poder central sobre cualquier complejo de normas propias y de autonomías territoriales. La primera es la posición de las comunidades indígenas y de sus defensores, la segunda es la posición de las personas más afiliadas a la tradición liberal decimonónica. (Moreno-Parra, 2011, p. 20)

En virtud de lo planteado en breve, en esta investigación, se indaga acerca de la multiculturalidad en el Estado colombiano, el cual se compone de una sociedad donde existe una multiplicidad de prácticas culturales, las cuales están reguladas por un marco normativo, que pueden favorecer o no sus prácticas, ya que a pesar de existir distintos fundamentos normativos para estos grupos indígenas, entre los cuales se encuentran: los Wayuu, los Rom, Emberá, los muiscas Coconuco, Coyaima, Desano, Dujo, entre otros; todavía la normativa se queda corta frente a la protección que la constitución les otorga a estos grupos.

Ahí es donde radica la importancia social de esta investigación, la cual va permitir ampliar el concepto que se tiene sobre multiculturalismo, como una protección que se tiene, tanto

jurídica como social frente a las comunidades indígenas, y que contrario a lo que pasa hoy en día, no debe ser un tema aislado ni de menor importancia, sino que mediante estas investigaciones, se le debe dar la relevancia a sus raíces, costumbres, prácticas, principios y cosmovisiones, debido a que Colombia es un país que pregona el multiculturalismo, a través de normas de carácter constitucional. Así mismo, para el desarrollo de la presente investigación se adopta principalmente, un enfoque epistemológico basado en el interés emancipatorio, ya que los objetivos de este proyecto están orientados a la crítica, para comprender la multiplicidad de escenarios en los que se encuentran las comunidades a diario, para lo cual se utiliza un proceso hermenéutico para dar una interpretación a las normas y analizar la jurisprudencia.

Ahora bien, la Corte Constitucional es la encargada de velar por el cumplimiento de la Constitución Política como garante y protectora, razón por la cual, en la presente investigación como objetivo general, se busca identificar si la universalidad de los derechos humanos prevalece sobre el multiculturalismo protegido en la Constitución Política de Colombia de 1991. Para llevar a cabo este propósito, en un primer momento de este trabajo de investigación, se define qué se entiende por multiculturalismo, universalidad en los derechos humanos y sus problemáticas, en un segundo apartado, se indaga en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para comprender cómo se ha abordado la ponderación con respecto a la universalidad y el multiculturalismo, para finalmente establecer los criterios de ponderación aplicados por la Corte Constitucional en los casos de controversia entre universalidad y multiculturalismo.

## Capítulo 1

### 1. Desarrollos Conceptuales: el Multiculturalismo, el Universalismo y sus Problemáticas

#### 1.1. ¿Qué se Entiende por Multiculturalismo?

El multiculturalismo hace referencia en términos generales a la coexistencia de varios grupos o culturas diversas en un mismo espacio o territorio normalmente dentro de un mismo país donde se desarrollan. El doctrinante Adolfo L. Rodríguez (citado por Moreno, 2010), lo entiende de la siguiente manera: “El multiculturalismo abre el horizonte social e histórico en que interactúan las diversas culturas, a partir de su propia identidad y reconoce la diversidad en procura de los mínimos de identidad constitucional” (p. 67). En este sentido, se tiene que:

[El] Multiculturalismo es un concepto polisémico que está sujeto a diversos espacios y a veces contradictorias interpretaciones. En su sentido meramente descriptivo designa la coexistencia de diferentes culturas en una misma entidad política territorial, pero puede tener un sentido prescriptivo o normativo y designar diferentes políticas. Por otra parte, el multiculturalismo es también una teoría que busca comprender los fundamentos culturales de cada una de las naciones caracterizadas por su gran diversidad cultural. (Gavidia, 2020, p. 11)

Al mismo tiempo, según Hall (2013), el multiculturalismo hace referencia “a las estrategias y políticas adoptadas para gobernar o administrar los problemas de la diversidad y la multiplicidad en las que se ven envueltas las sociedades multiculturales” (p. 602); pues a pesar de que, con la idea de la igualdad se busque armonizar en una sola, todas las diversas culturas que han existido, no se debe olvidar, que el mundo no es homogéneo, y por eso es que siempre

los gobiernos tendrán que respetar el concepto de multiculturalidad, pues de lo contrario, solo podrán gobernar para ciertos territorios de la nación a la que pertenecen y desconocer el otro territorio restante, y con ello, tirar al traste la democracia; se impondría de nuevo la oligarquía, que es la que se entiende como el gobierno de los pocos, y es por esto que, para garantizar el gobierno del pueblo y no el de unos cuantos, se debe respetar la diversidad de las culturas humanas, ya que entre estas, con frecuencia se evidencian factores diferenciales que pueden derivar en la inserción o supresión de aquellas.

Por ende, esta diversidad cultural con los diferentes elementos que la componen es la que permite el ejercicio amplio de la democracia, y que como bien se dijo anteriormente, es esta la que ha permitido a lo largo de la historia que los individuos que hacen parte de estas comunidades se unan entre sí por medio de las costumbres, prácticas e ideologías que comparten en común, pues serán estas mismas las que servirán de referente para que la sociedad los denote como un grupo aislado o aparte y finalmente, se convertirán en su mecanismo de defensa para solicitar al Estado y a los gobernantes la protección otorgada en la Carta Magna, por ser parte de la Nación. Al respecto, se señala que:

El multiculturalismo implica entonces la aplicación de políticas de integración a determinados grupos que han sido excluidos o marginados de la estructura social y política del país y a diferencia de las políticas de asimilación, [el multiculturalismo] exige una voluntad de reconocimiento por parte del Estado y la sociedad mestiza mayoritaria. (Moreno, 2010, pp. 67-68).

Por lo tanto, de acuerdo con el precitado texto, hablar de multiculturalismo no implica solamente un reconocimiento a las diferencias de estas políticas, sino que tiene una visión de

reconocimiento y autodeterminación de dichas comunidades, otorgando derechos y garantías para buscar de esta manera generar equidad.

Dentro de esta diversidad de grupos culturales que habitan a lo largo del globo terráqueo, es posible destacar una población que ha estado presente durante toda la historia, denominados indígenas, los cuales pueden entenderse como un grupo humano nativo de un país, que comparten una serie de creencias ancestrales y colectivas las cuales se van transmitiendo de generación en generación, para la permanencia de estos en el espacio que ocupan, por medio de las cuales adquieren una identidad propia dada su cosmovisión, costumbres y tradiciones; de las cuales se empieza a tener mayor conocimiento, principalmente desde la época de la colonización, con la llegada de los Españoles en el año 1492, la cual generó más que un “descubrimiento” como ha sido mal denominado comúnmente, ya que ello, implicó el exterminio masivo de una gran cantidad de poblaciones indígenas, no solo a causa de las enfermedades procedentes del nuevo mundo, sino por la violencia que estos desplegaron para llevar a cabo la conquista, sin embargo, este epistemicidio no acabó completamente con todos los colonos habitantes del territorio colombiano, sino que lograron perdurar varios grupos que se han arraigado y en la actualidad ocupan una parte significativa del país, ya que “con una población indígena de 1.378.884 según datos oficiales, Colombia se constituye en un país esencialmente mestizo social y culturalmente hablando, que ha sido llevado en el transcurso del tiempo a pensarse como tal” (Moreno, 2010, p. 70).

Estas poblaciones, a lo largo de los años, han tenido una lucha constante por el reconocimiento de sus derechos diferenciados, lo cual logró materializarse finalmente, es así como en Colombia, los derechos de estos grupos étnicos lograron con la Asamblea Nacional Constituyente, en primera medida, tener una voz propia para poder reclamar el reconocimiento

del pluralismo en sus comunidades y costumbres, a lo largo y ancho del país, volviéndose un triunfo para ellos, pues de cierta forma todos estos reclamos por una constitución más incluyente, se vieron reflejados en:

La reforma constitucional colombiana de 1991, en todo lo que hace referencia al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (artículos 1, 7, 8, 10, 13, 63, 68, 70, 72, 93, 96, 171, 176, 246, 286, 287, 321, 329, 330, 356, y el Transitorio 55, 56 entre otros), no fue el producto de las buenas intenciones de la clase política colombiana, sino de todo un proceso de lucha por parte de los grupos que constituyen una minoría étnica, no solo por conseguir el respeto y el reconocimiento de sus derechos, sino por la simple resistencia al sometimiento cultural en el que se les ha tenido durante quinientos años de historia. (Moreno-Parra, 2011, p. 15)

Es importante anotar, que, a pesar de esta lucha constante por parte de estas minorías, aún siguen vigentes principalmente, las barreras normativas y culturales, sin olvidar por demás otra problemática que se remonta épocas más actuales, y es la llegada de los derechos humanos como un nuevo reto a afrontar por esas comunidades indígenas, y con esto, se apunta a la idea básica postulada con aquellos; la cual consiste en una visión netamente occidental y que tiene como fundamento el universalismo.

Por otro lado, se identifica que el relativismo cultural presenta una serie de críticas si se entiende como la imposibilidad de comprender y acceder al conocimiento de otra cultura desde la propia, debido a que, si no se puede decir nada de otra cultura diferente a la que se pertenece, tampoco se podría reconocer una cultura diferente como tal. En este sentido, el filósofo Martin Hollis (1998) plantea la idea de que muchas veces las concepciones del conocimiento pueden

quedar tan arraigadas a un lugar y momento histórico específico, que impiden que a futuro surjan otros saberes diferentes a los ya originados, en virtud de que estas podrían convertirse en limitantes, al punto en que la búsqueda de la protección de lo ya establecido por una cultura o por una comunidad, generaría una serie de obstáculos para la cabida a otras visiones epistemológicas. Al respecto, Hollis (1998) es enfático en afirmar que:

Las personas suelen saber comunicar lo que está en su mente. Las barreras culturales y de período dificultan la tarea, más los arqueólogos la ejecutan cuando reconstruyen una ciudad antigua partiendo de cenizas, huesos y trozos de cerámica. Los historiadores las ejecutan desentrañando la historia del feudalismo en viejos registros parroquiales y otros archivos. Los antropólogos la ejecutan al penetrar en un lenguaje y cultura muy lejanos y descubren, por ejemplo, que los azande creen en las brujas o que los nuer catalogan a los gemelos humanos como pájaros. (p. 247)

Por lo tanto, después de lo planteado por Hollis (1998), es claro que siempre se tendría una perspectiva del conocimiento muy amplia y abierta, para permitir que se consoliden nuevas cosmovisiones, con dos posibles respuestas al respecto, las cuales según los aportes de Aguirre-García (2011), hacen referencia a:

a) algunos plantean que, puesto que personas muy diferentes habitan mundos intelectuales muy distintos al nuestro, la clave es mantener una postura muy abierta ante lo que encuentre la investigación; b) si las mentes de las otras personas no fueran como las nuestras, no podríamos justificar la pretensión de creer que comprendemos las diferentes personas o culturas. La primera línea de argumentación conduciría al relativismo, la segunda al universalismo. (pp. 63-64)

En tal sentido, el relativismo cultural, se ha prestado para darle obligatoriedad al respeto de muchas prácticas y costumbres que en algunas ocasiones pueden llegar a atentar inclusive contra la dignidad humana, logrando así radicalizar las diferencias entre prácticas y cosmovisiones culturales, generando un impedimento en la búsqueda del conocimiento, en vista de que al aceptar el relativismo cultural a cabalidad, se estaría renunciando al ejercicio crítico en la búsqueda de raciocinios aplicable a diferentes comunidades; pues por su misma naturaleza, se hace muy complejo llegar a un concepto común, general y/o, aplicable a un número extenso de personas o comunidades, pues finalmente, se estaría negando la posibilidad de construir un saber o un conocimiento de carácter universal que rebase las singularidades de cada cultura, sin imponer patrones de comportamiento o cosmovisiones de una a las demás.

## **1.2. La Universalidad de los Derechos Humanos y sus problemáticas**

Para continuar, es pertinente señalar que doctrinalmente, la universalidad de los derechos humanos ha sido una concepción construida en la era moderna, por lo cual se considera que:

La teoría jurídica y filosófica del Universalismo de los Derechos Humanos, proviene en primera medida de la idea de lo universal, que tiene sus primeras concepciones desde la antigüedad y el medioevo, pero la pretensión de universalidad de los derechos humanos propios de los hombres se da en el tránsito a la modernidad. (Peces-Barba, 1989 citado por Salcedo, 2017, p. 7)

La universalidad surge como teoría que ha sido posicionada a nivel internacional, esta afirma que los derechos humanos se basan en la universalidad, es decir, que están dirigidos hacia todas las personas del mundo, puesto que proviene precisamente de la naturaleza del hombre y cimienta sus bases en la idea de la existencia de una serie de criterios o principios que deben entenderse como verdaderos y a la vez irrefutables, y que, por lo tanto, deben ser aceptados por todos los individuos.

Hay que tener presente que, sus orígenes más remotos no solo están en los Derechos humanos, antes de que estos los tomaran como discurso legitimador, fueron los filósofos, los que empezaron a desarrollarlos, entre ellos, se puede destacar a Rene Descartes, quien propuso la teoría del universalismo abstracto, con la cual, se propone que para lograr un conocimiento objetivo que sea válido para todas las personas, se requiere: “ceguera ante su propia localización espacial y corporal en la cartografía del poder mundial” (Grosfoguel, 2008, p. 202); es decir el sujeto para adquirir ese conocimiento se debe desprender de todo elemento territorial o material que pueda generar sobre este cierta subjetividad o polarización, y a la vez, debe propender que ese conocimiento no se limite a las barreras del tiempo o del espacio, ya que solo así va poder lograr un conocimiento universal, valido para todos y según este autor, uno más cercano a la verdad.

Por otra parte, Hegel de alguna forma se contrapone a esta teoría y continua con la idea del universalismo, pero ya desde una idea concreta, que en palabras de Slavoj Žižek, consiste en la idea de que no es posible abstraer al sujeto por completo de su entorno, pues este en primera medida se encuentra atado a la familia, como primer vínculo social, y solo podrá desprenderse de esta mediante la creación de un segundo vínculo, el cual se denomina local, y con esto se hace

referencia a que ya el individuo se desata de ese primer enlace filial y pasa a identificarse en la comunidad, que es lo que se denomina identificación secundaria. No obstante, se plantea que:

La identificación secundaria universal se mantiene "abstracta" en la medida en que se opone directamente a las formas particulares de la identificación primaria, esto es, en la medida en que obliga al sujeto a renunciar a sus identificaciones primarias. [Esta universalidad], se hace "concreta" cuando reinserta las identificaciones primarias, transformándolas en las formas en que se manifiesta la identificación secundaria. (Žižek, 1998, p. 166)

Por lo tanto, para lograr la universalidad, según Hegel no debe alejarse al sujeto por completo de lo que lo rodea, sino transmutarse a este segundo plano, para lograr en esa comunidad o localidad ese conocimiento universal. Conforme a lo anterior, Kant sigue desarrollando la teoría del universalismo, pero al igual que Hegel hace una crítica al universalismo abstracto de Descartes, en la medida en que para este autor es imposible desprender al sujeto del elemento espacio y tiempo, es decir y como se venía planteando anteriormente, Descartes pone un conocimiento que no se mide por la barrera, según este del espacio tiempo, pero Kant, se opone a este postulado, pues para este último es imposible crear conocimiento sin estos dos elementos, pues estos son inalienables a la persona, y será con estos con los que produce conocimiento y le da orden a este y al entorno en que se crea (Kant, 1787).

De igual forma, Kant (1998) va más allá con la idea de universalismo y lo trae a uno de sus grandes postulados, el cual se ha denominado el imperativo categórico, el cual consiste, sintéticamente en mandatos morales que deben guiar las acciones de las personas, sin ninguna clase de distinción, y con esto, se alude a conductas que deberán ser las mismas en todas las

personas, es decir, un universalismo ético que excluye los fines particulares de la población, a partir de fines racionales universales.

Una vez realizado este breve acercamiento al concepto de lo que se ha entendido por universalismo, se puede retomar la idea central que consiste en señalar cómo se relaciona este con los derechos humanos, y con esto se hace referencia a esa idea de que hay ciertos aspectos en la cotidianidad que se busca que se conviertan en universales, o más en específico, ciertos derechos y deberes, que luego se integran, a los ya mencionados Derechos humanos, que como se ha venido diciendo, se basan en la universalidad, es decir, están dirigidos hacia todas las personas del mundo, puesto que provienen precisamente de la naturaleza del hombre, y cimientan sus bases en la idea de la existencia de una serie de criterios o principios que deben entenderse como verdaderos y a la vez irrefutables, y por lo tanto deben ser aceptados por todos los individuos. Así las cosas, los Derechos humanos, de acuerdo con Peces-Barba (1994), se caracterizan principalmente, por tres aspectos o componentes, a saber:

- a) la titularidad de los derechos se asigna a todos los seres humanos, todos somos titulares de estos derechos sin excepción alguna y por eso deben ser abstractos y generales;
- b) los derechos humanos son válidos en cualquier contexto histórico;
- c) la cultura de los derechos humanos se extiende a todas las sociedades políticas sin excepción. Además, reconoce que en realidad se trata de una «pretensión» de universalidad, entre otras posibles, basada en el humanismo laico de la ilustración y cuyos «enemigos» son el relativismo, historicismo y nacionalismo. No obstante, aunque reconoce que hay otras doctrinas con pretensiones de universalidad, como el marxismo, no asume que los «enemigos del universalismo» son precisamente otras doctrinas con la misma pretensión y que, frente a aquella dominante, son vistas como expresiones

particularistas o relativas a doctrinas distintas que también intentan ser universales.

(Corona de la Peña, 2009, pp. 16-17)

Al desarrollar los precitados aspectos de la universalidad, se tiene que, el primer elemento hace referencia a la titularidad de los derechos, enfatizando en que los derechos humanos son inherentes, es decir, todos los seres humanos están cobijados por estos por el simple hecho de ser personas, por ende, la titularidad de los derechos se asigna a todos los seres humanos de manera generalizada, sin mediar excepción alguna. También se debe tener en cuenta que, la universalidad además de establecer que los derechos son inherentes, precisa que son inalienables, es decir, que sus titulares no pueden renunciar a ellos y se deben respetar, tanto los propios como los de los demás.

Con respecto al segundo elemento, este alude al ámbito temporal de los derechos humanos, en el cual, desde la universalidad se pregona que son válidos en cualquier momento, trascienden a lo largo de la historia y son aplicables a todas las personas sin importar el contexto temporal, en todos los lugares y culturas e independiente del sistema jurídico en el que vivan.

El tercer aspecto que describe la universalidad, dispone el contexto al cual están encaminados los derechos humanos, en este caso, están dirigidos a todas las sociedades políticas, pero se realiza la salvedad que es: *“la pretensión” de universalidad*, puesto que en este punto se acepta que hay que tener un contexto en el ámbito político y que ello depende del ordenamiento jurídico interno de cada país, motivo por el cual, la universalidad no tendría cabida en cada ordenamiento jurídico, por ello se dice que sus adversarios o teorías que se contraponen son el historicismo, nacionalismo y principalmente, el relativismo cultural.

No obstante, hay que tener presente que en el mundo cohabitan gran variedad de culturas dentro del territorio de cada país, en el cual se presentan particularidades, como son las costumbres y tradiciones, la lengua, la geografía del espacio en el que se ubican, entre otros; culturas que son muy diferentes entre sí, que han estado presentes a lo largo de toda la historia y cada vez buscan tener un mayor reconocimiento a la diferencia, razón por la cual, empiezan a surgir diferentes cuestionamientos a cerca de la práctica del Universalismo y la manera como este pretende tratar dicha diversidad cultural, puesto que es muy complicado que todas las personas y las diferentes culturas alrededor del mundo tengan acceso a un derecho exegeta, debido a que frecuentemente atenta contra sus tradiciones, dejando de lado, el deber de reconocer que las colectividades tienen derechos que van cambiando dependiendo del territorio y de sus propias costumbres.

Ahora bien, la universalidad de los derechos humanos ha sido empleada en múltiples ocasiones como un medio para excusar la injerencia que realizan las grandes potencias que pretenden imponer como universal una determinada concepción particular que tienen de los derechos humanos, además, se puede cuestionar en la medida en que resulta bizantino pregonar una universalidad, mientras no existe un mismo contexto económico y social, que permita satisfacer de igual manera los derechos humanos de todas las personas.

Estas son las diferencias que los derechos humanos materializan, generando, por lo tanto un “constructo etnocéntrico” (Boco & Bulanikian, 2010, p. 10), es decir, prevalece la visión europea sobre la foránea, y es de esta manera, que el universalismo tiene su primer contradictorio con el denominado relativismo, que trae a colación la idea de que cualquier teoría plausible acerca de los derechos humanos debería tener en cuenta esta diversidad étnica; ya que “el relativismo cultural es la perspectiva antropológica que mejor permite aprehender la alteridad

evitando el etnocentrismo y la hegemonía, promueve la diversidad cultural, la tolerancia y la igualdad” (Brokmann, 2007, p. 7), en contraste con los universalistas, quienes se apegan a la idea de que los derechos humanos son propios de cada persona sin ninguna distinción de cultura, raza, sexo o género, siendo estos inexpugnables. Es por ello, que una de las más grandes críticas a la universalidad es dada por el relativismo cultural, debido a que según estos últimos, los derechos humanos no deben imponerse y pasar por encima de las prácticas tradicionales y culturales que se llevan a cabo en diferentes culturas, por ejemplo en el caso de cuestionarse como una misma norma jurídica como lo es un tratado internacional puede aplicarse de maneras tan diferentes entre los Estados firmantes del mismo o en algunos casos que ni siquiera tiene cabida dentro de tal ordenamiento jurídico.

Adicional a lo anterior, una de las principales problemáticas de la teoría de la universalidad, es que esta pretende expandir una cosmovisión de una cultura particular a diversas culturas, teniendo en cuenta que estas no se identifican con las costumbres, los principios, valores, creencias, contextos y realidades sociales, económicas, políticas, y se basa en la homogeneización del pensamiento, de la forma misma de actuar de las personas, teniendo en cuenta que se debe partir inicialmente, desde el reconocimiento de esa diferencia, de la heterogeneidad. Al ser creados los derechos humanos y cobijados bajo una cultura occidental, hace que las demás culturas en diferentes territorios, no se sientan identificadas con dichos derechos, lo que hace que finalmente, estos derechos humanos se tornen ineficaces. Al respecto Boco y Bulanikian (2010), agregan que:

“la Declaración Universal de Derechos Humanos enfatiza la tradición occidental de derechos individuales, pero debemos reconocer que las colectividades tienen derechos

que varían a través de las culturas y en su relación entre colectividades y entre distintos individuos” (p. 9).

En este orden de ideas, surge otro cuestionamiento y es con respecto a la universalidad, en cuanto a los titulares de los derechos, ya que, si esta teoría afirma que los derechos humanos tienen un carácter universales, entonces su importancia radica en que, se van a adaptar a cada país donde lleguen, en tal sentido no van a generar choques culturales y no van a tener esos criterios diferenciadores en cada legislación que decida acogerlos, pues si bien la razón es que, en caso de que se llegue a aceptar determinado derecho humano, se estaría predicando la universalidad de estos, en cuanto a sus titulares sin ninguna distinción o excepción.

Otra de las problemáticas de esta teoría del Universalismo, la cual al haberse compaginado con el tema de la globalización, ha dado lugar a una serie de críticas, pues los postulados de esta, al buscar una homogeneidad en materia cultural y consuetudinaria, se ha olvidado por completo de aquellas particularidades que caracterizan a los diferentes territorios a los que pretende llegar, por esta razón, se podría decir que aunque la teoría de la universalidad quiso adherirse a la a declaración universal de derechos humanos, buscando que se aplicarían sin ninguna distinción, fue cuando estos pasaron de ser universales a universalizables, pues al parecer lo que se pretendía era que las costumbres y creencias del primer mundo y del viejo continente fueran acogidas por todos los firmantes de esta declaración.

En tal sentido, se explica que al tratar de aplicar una visión única y darles el concepto a los derechos humanos, como “«universal y aceptable para sociedades diferentes», se intenta colocar como principios universales a aquellos que corresponden a una cultura en particular, como es la «occidental-liberal-democrática»” (Díaz Polanco, 2006 citado por Corona de la Peña,

2009, p. 17); pero se olvidan de la idea de que las personas a las que se les pretende llevar esta concepción de universalidad en materia de derechos humanos, llevan toda su vida desarrollándose bajo las costumbres de sus pueblos nativos y sus regiones, por ello, se hace bastante complejo que toda una comunidad acepte fácilmente estos postulados, que son tan ajenos a lo ya conocido; y es allí, como se indicaba en párrafos anteriores, el universalismo tiene su mayor detractor en la teoría del relativismo, pues en este caso una legislación foránea y trasplantada no puede desconocer por completo toda la cosmovisión de una comunidad y es por esto, “por lo que el derecho debe reconocer que el individuo crea su personalidad en cierta cultura” (American Anthropological Association [AAA], 1947 citada por Salcedo, 2017, p. 18).

Pero esto implicaría un riesgo para las teorías universalistas, porque al permitirse reconocer otras ideas diferentes a las suyas, pone en riesgo su aplicabilidad, ya que, al permitirse convivir con otras doctrinas, hace que se desdibuje su principal premisa y corre a su vez, el riesgo de que otras doctrinas desvanezcan su idea de homogeneidad y, por ende, conlleva a la pérdida de fuerza sobre el territorio en el que se desea posicionar. Es por eso, por lo que el multiculturalismo es tan olvidado en materia de derechos humanos, pues al buscar el reconocimiento de las diversidades culturales, hace que la uniformidad de dicha declaración se vea expuesta al fortalecimiento de las costumbres y prácticas de las civilizaciones de cada país.

Para continuar, otra cuestión discutible del universalismo es que al desconocer las mundivivencias de los pueblos, no puede ser replicada a cabalidad, pues no contempla ninguna forma de respeto por estas, por ende, siempre tendrá que enfrentarse a ellas o ceder un territorio de poder.

Por lo anterior, siempre le será imposible llegar a funcionar a plenitud, pues deberá verse obligada a respetar esas diferencias culturales que hay en los diferentes territorios, ya que hasta el momento no se ha establecido la forma en que los derechos humanos incluyan o valoren dentro de ellos, dichas costumbres y arraigos culturales. Y con esto se apunta a la idea por demás que, se deriva en otro equivoco para esta teoría y es la imposibilidad de que los preceptos de la declaración de los derechos humanos, puedan ser formulados bajo las costumbres de algunos países, puesto que al haber tantos países que los han acogido a sus legislaciones es imposible legislar para cada pueblo conforme a sus prácticas y costumbres, y es por esto que, la visión universalista de los derechos humanos siempre va tender a fallar a la hora de respetar dichas creencias y prácticas multiculturales y además, será imposible que se acople completamente a países con diversidad cultural entre las personas que lo habitan, ya que su filosofía, solo fue pensada para países occidentales. Por consiguiente

El estándar de valores humanos es relativo a la cultura de la cual deriva. De manera que no es posible formular postulados concebidos bajo los códigos morales de una única cultura puesto que ello implicaría la imposibilidad de aplicar la Declaración a la humanidad en su conjunto. (AAA, 1947 citada por Salcedo, 2017, p. 19)

En conclusión, el universalismo en materia de derechos humanos es una teoría que todavía presenta una serie de inconvenientes que no han podido ser resueltos hasta el momento, ya que hasta en la actualidad, se siguen presentado problemáticas a la hora de su aplicación, en virtud de que no ha podido homogeneizarse por completo en las diversas sociedades a la que llegan, y por el contrario son desconocidas y transgredidas frecuentemente; bien sea porque son antípodas a diversos postulados de las legislaciones a las que llegan, o porque desconocen por

completo las cosmovisiones de los pueblos, generando trasgresiones a estas comunidades y haciendo que solo se queden en el papel.

## Capítulo 2

### 2. Análisis Jurisprudencial en la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Casos Controversiales entre Multiculturalismo y Universalismo

En primer lugar, antes de entrar a abordar como la honorable Corte Constitucional, ha tratado de equilibrar el constante enfrentamiento entre dos derechos de carácter constitucional, es primordial entender que es la ponderación; lo cual según el *ad quem* en Sentencia No. T-027/18, se explica de la siguiente forma:

*Tradicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la ponderación para solucionar colisiones entre derechos y principios fundamentales. Esta metodología debe ser utilizada por el juez constitucional para resolver casos relacionados con la faceta prestacional de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad. También para estos casos, la ponderación se ofrece como un criterio metodológico racional que permite analizar la relación entre las libertades fundamentales y sus posibles limitaciones.*

(Sentencia T-027/18, 2018, p. 2) (cursiva en texto original)

Por lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia T-617 de 2010, ha dado a entender, que la Ponderación debe aplicarse cuando exista un conflicto entre dos derechos, y por esto será necesario, desde esta perspectiva, la ponderación, ya que “la limitación o restricción de un derecho resulta legítima por lograr una mayor eficacia de otro u otros derechos constitucionales” (Sentencia T-617/10, 2010, p. 27). Así mismo, esta Corporación explica que,

“la ponderación no se puede estudiar, simplemente, como una colisión de derechos, sino que implica que el juez constitucional deba ponderar entre distintos *niveles razonables de satisfacción de los derechos*” (Sentencia T-027/18, 2018, p. 33) (cursiva en texto original).

Al mismo tiempo este criterio recae sobre el juez puesto que, al ser el encargado principalmente de dirimir conflictos en materia jurisdiccional, deberá utilizar este criterio de la ponderación, y es por esto, que después de haber indagado en varias sentencias hito de la Corte Constitucional, entre las cuales de destacan las Sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997, SU 510 de 1198, y T-030 de 2000, en donde la Corte al ver enfrentados una serie de derechos fundamentales pertenecientes al Universalismo contra las prácticas comunes a los pueblos indígenas, decide dar prevalencia a aquellos principios de las comunidades indígenas, entre los cuales se consagra, en primer lugar la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, las lenguas de estos grupos étnicos y su identidad, en compañía de sus territorios y sus riquezas.

En atención a lo anterior, en la Sentencia T-349 de 1996, la Corte (1996) conoce de una tutela interpuesta por un indígena de la comunidad Emberá Chamí, en donde la comisión del delito de homicidio, hace que el Alto Tribunal, analice los límites que la Constitución impone a las facultades jurisdiccionales que pueden ejercer las comunidades indígenas, en cuanto a la imposición de sanciones, como lo es en este caso, el cepo, entendido como una de las sanciones de carácter corporal dentro de las comunidades indígenas, este castigo consiste básicamente, en colocar un tronco de madera sobre las extremidades superiores e inferiores con el fin de inmovilizarlas, y a la vez, tiene como fin purificar al infractor del crimen cometido.

En este caso, el actor presentó dicha acción de Tutela por la presunta vulneración de varios de sus derechos fundamentales, como lo son principalmente el derecho a la vida y al debido proceso, puesto que, al momento de interponer la acción constitucional, se encontraba en

el centro carcelario detenido por la comisión del delito anteriormente mencionado, y a la vez fue juzgado dos veces por el mismo hecho, ya que al inicio, se le había sancionado con una pena de 8 años y posteriormente, se agravó a 20 años por el mismo delito, lo que según el accionante, esto transgrede el derecho a ser juzgado sin existir una norma preexistente.

Ante estos hechos, la Corte Constitucional (1996) decide amparar al accionante, en virtud del principio de legalidad de la sanción, dejando sin efecto la decisión de la comunidad, bajo la premisa de que la jurisdicción indígena tiene una autonomía jurisdiccional para llevar a cabo los procesos de juzgamiento, pero al mismo tiempo tiene unos límites, como lo son el respeto por la vida, tortura, esclavitud y para el caso que se ocupa, una legalidad en los procedimientos y sanciones a aplicar a los miembros de las comunidades indígenas, en cuanto a la preexistencia de tales sanciones, en virtud de que la regla empleada por la Corte fue la de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas.

Siguiendo esta misma línea, la Corte (2000) desarrolla una principalística similar en la Sentencia T-030 de 2000, a causa de un acontecimiento ocurrido en la comunidad indígena U'WAS asentada en el municipio de Aguablanca, César, donde un padre de familia decide abandonar a sus dos hijos, ya que dentro de sus resguardos es mal visto el alumbramiento múltiple, así pues, es costumbre según este, que los niños que nacen en estas condiciones sean abandonados por sus progenitores, puesto que se considera que genera un desequilibrio dentro del resguardo y, por esto sus padres los dejan desprotegidos, o a cargo de la madre naturaleza, como lo relacionan estos últimos.

En virtud de lo cual, la Corte afirma que lo correcto es proteger los derechos a la salud, a la familia y el derecho de los menores a tener una familia, sobre el comportamiento reprobable por parte de los padres de los menores, pues resalta también la Corte que en ningún momento, se les permitió a los padres arremeter contra la decisión de que, sus hijos fueran puestos en estado de adopción, sin rendir las respectivas declaratorias por parte de estos, por lo tanto, el *ad quem* prioriza el derecho a tener una familia.

Otra sentencia hito de la honorable Corte Constitucional (1997) es la Sentencia T-523 de 1997 del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, donde desarrolla un conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena en un primer momento, y en un segundo momento, se expone la sanción corporal dentro de la tradición indígena, pues en este suceso, el actor es un integrante de la comunidad indígena Páez, el cual presenta acción de tutela en contra de Gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, por violar sus derechos fundamentales a la vida, igualdad y debido proceso, al ser investigado por la comisión de un delito del cual fue encontrado culpable según la comunidad indígena y se le impuso un castigo de 60 fuetazos y el destierro. La Corte encontró que la jurisdicción indígena en este caso, es quien tiene la competencia para sancionar dicha conducta al ser el actor un miembro de la comunidad Indígena Páez y cometer la conducta delictiva dentro de ese territorio, además, se llevó a cabo la investigación de una manera correcta de acuerdo con las tradiciones de dicha comunidad y en ningún momento se vio vulnerado el debido proceso.

Ahora bien, las sanciones empleadas por la comunidad indígena Páez (el fuate y el destierro), las cuales cumplen una doble función, pues en primera medida, restaura el equilibrio roto por el crimen cometido, y a la vez una función preventiva, al ser aplicada de manera

pública; lo cual es considerado en la actualidad, como una práctica controversial, dado que la imposición de una pena corporal atenta contra la dignidad humana y es considerada como tortura desde una perspectiva universalista, pero que desde la postura de la comunidad indígena que entiende este castigo como un elemento que purifica y libera al delincuente, por esta razón la Corte en este punto plantea lo siguiente:

En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supra culturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante. (Sentencia T-523/97, 1997, p. 8)

Es claro entonces que la Corte en esta sentencia le da prevalencia a una visión más multiculturalista, partiendo del respeto por las costumbres y prácticas de la comunidad indígena, en vista de que no debe imponerse ninguna postura, de acuerdo con la Constitución el único límite sería la vida, esclavitud y la tortura y para el presente caso según analizó la Corte, los fuetazos no constituyen tortura, debido a que no alcanza ese nivel de gravedad, es considerado de

menor entidad, constituye entonces “una figura simbólica, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar y devolver esa armonía” (Sentencia T-523/97, 1997, p. 17).

Finalmente, se tiene la Sentencia de Unificación SU-510 de 1998 de la Corte Constitucional (1998), con el Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde se lleva a cabo el análisis de un conflicto que surge entre miembros de las tres comunidades que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, los Arhuacos, Kogis y Arzarios y la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia -IPUC- dentro de la cual se encuentran algunos miembros de las comunidades indígenas. Allí existe un enfrentamiento entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y otro derecho fundamental que es la libertad de cultos, puesto que en este caso, las comunidades indígenas han restringido e impedido por diferentes medios el ingreso de pastores “foráneos o civiles” y la práctica colectiva de dicho culto evangélico dentro de sus territorios, además del proselitismo religioso, buscando que nuevos indígenas se adhieran a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia y a la vez, la construcción de templos evangélicos en sus resguardos, motivo por el cual los indígenas que pertenecen a la IPUC, alegan que se les han realizado cierto tipo de discriminaciones dentro de sus resguardos, igualmente, les han impuesto castigos por el solo hecho de pertenecer a dicho culto religioso y los integrantes de la IPUC que no pertenecen a las comunidades indígenas, alegan que se les está vulnerando la libertad de cultos, en el sentido, de predicar libremente su religión dentro de todo el territorio nacional, por ende, los miembros de la IPUC solicitaron mediante acción de tutela que se les amparara:

Los derechos a la vida (C.P., artículo 11), a la integridad personal (C.P., artículo 12), al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16), a la libertad de conciencia (C.P., artículo 18), a la libertad religiosa y de culto (C.P., artículo 19), a la libertad de expresión

(C.P., artículo 20), a la honra (C.P., artículo 21) y a la libertad personal (C.P., artículo 28). (Sentencia SU-510/98, 1998, p. 7)

Así mismo, según la información referenciada por la Corte Constitucional al respecto, se encuentra que los accionantes solicitaron que se le permitiera a este grupo de indígenas que son evangélicos, poder libremente practicar sus rituales y costumbres religiosas sin ningún tipo de restricción, y que el pastor de estas personas pueda ingresar a los resguardos y pregonar la biblia a las personas que quieran escucharlo.

Ahora bien, en primera instancia, el juzgador no accedió a las pretensiones solicitadas por los miembros de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, debido a que ello implicaría

Una imposición de otra religión completamente diferente y contradictoria a los grupos indígenas que habitan este territorio, es decir, nuevamente se estaría presuponiendo todas las creencias y costumbres de este culto religioso pentecostés, pues precisamente la Constitución Política consagra la libertad de cultos, razón por la cual solo será valido el cambio de religión cuando salga de la propia voluntad de cada individuo y no los artificios de los individuos externos (Sentencia SU-510/98, 1998, p. 16)

Acto seguido, se impugnó la sentencia de primera instancia, y el *ad quem* confirmó dicha sentencia. Posteriormente, la Sala Plena de la Corte Constitucional (1998), en su facultad de revisión, decidió confirmar la Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema, es así como la Corte afirma que:

En aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución - directa o indirecta -, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse (p. 23).

Entendiendo que, en este caso, el diálogo se llevó a cabo mediante la intervención de funcionarios expertos que conocen la realidad cultural de estas comunidades y pueden brindar su concepto para conocer la realidad cultural que puede resultar afectada al momento de resolver el conflicto jurídico. Un punto importante por resaltar en esta Sentencia es que la Corte con respecto a las actuaciones y restricciones que llevaron a cabo las comunidades indígenas con los integrantes de la IPUC, aplicó la interpretación *pro indígena* y afirmó lo siguiente:

Advertido el significado cultural del comportamiento denunciado, ello no significa que el mismo no pueda violar la Constitución Política. Esto quiere decir que la Corte Constitucional, no puede juzgar las acciones o abstenciones de las autoridades indígenas con el mismo rigor que aplica en los demás casos. Aquí no se expresa que la Corte deba adoptar una actitud indulgente. Simplemente, se puntualiza que el juez constitucional debe proceder con cautela y deferencia. De una parte, se debe evitar la violencia cultural que consiste en ignorar las categorías a través de las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento. De otra parte, el espacio de indeterminación de las normas constitucionales debe permitir que aflore la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros (interpretación *pro indígena*). (Sentencia SU-510/98, 1998, p. 65)

Según la interpretación *Pro indígena* empleada por la Corte, se deben analizar las actuaciones desde dos puntos de vista, el externo que sería considerar dichas conductas como violatorias del derecho fundamental de libertad de cultos, y desde el punto de vista interno (de las comunidades indígenas), mediante el cual se debe tener en cuenta el sentido y significado cultural, y que dichas acciones estuvieron enfocadas a “compensar un desequilibrio causado”, por ende, al considerar la visión interna, se evita la aplicación de una manera mecánica de las normas y como lo dice la Corte esto “permite al juez constitucional determinar si aquella se vincula a la diferencia cultural que la Constitución protege o, si en cambio, excede el campo de su protección, particularmente por violar las exigencias mínimas de dignidad de la persona humana” (Sentencia SU-510/98, 1998, p. 65). En este caso, efectivamente encuentra la Corte que las actuaciones de las comunidades indígenas son plenamente congruentes con el significado cultural que para ellos tiene, concluyendo lo siguiente:

La limitación estudiada no obedece a motivos arbitrarios, pues su único fundamento consiste en proteger la integridad cultural del grupo indígena y precaverlo de influencias de la sociedad mayoritaria que le podrían resultar perjudiciales, motivación que, como fue estudiado, encuentra pleno asidero constitucional en las disposiciones del artículo 7° de la Carta Política. (Sentencia SU-510/98, 1998, p. 77)

En síntesis, con respecto a la ponderación que se lleva a cabo en la Corte Constitucional, en casos controversiales donde hay pugnas entre una visión universalista y por otro lado, la multiculturalista, se puede evidenciar en las distintas sentencias analizadas, que si bien dicha corporación en términos generales, se abstiene de profesar un relativismo cultural de manera

absoluta o un universalismo extremo, como la misma Corte lo asegura “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural” (Sentencia T-349/96, 1996, p. 1); lo que quiere decir, que como norma general, se debe privilegiar el principio de diversidad étnica y cultural contenido en el artículo séptimo de la Constitución política, y por ello, se ve reflejado en la jurisprudencia analizada, la aplicación del principio de maximización de la autonomía, lo que implica que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre la autonomía otorgada a los pueblos indígenas, por lo tanto, solo aquellas que se funden en un principio de valor superior a la diversidad étnica y cultural podría prevalecer sobre la misma, en virtud de lo cual, se debe analizar cada caso concreto, para determinar cuándo prevalece, por medio de una serie de criterios que son empleados por la Corte Constitucional, los cuales se desarrollarán en el siguiente capítulo.

Por otro lado tenemos los pronunciamientos que ha realizado el Consejo de Estado en sus diferentes sentencias, entre ellas, resaltamos la sentencia 2009-58984 de 2020, de la Sección tercera, subsección A, con la consejera ponente Maria Adriana Marín, la cual se trata de una demanda de reparación directa impetrada contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, en un caso donde los actores son individuos pertenecientes a una comunidad indígena y por ende, tienen una jurisdicción especial, pero se inicia un proceso penal por la justicia ordinaria, generando en primera instancia un conflicto de competencias.

Así pues, esta demanda, se interpuso con el fin de que se declarara patrimonialmente responsable a la Fiscalía, por una detención irregular realizada con ocasión de un proceso penal adelantado en contra del señor Eulises Enrique Beltrán Rojas, quien pertenece al Cabildo Menor

Indígena de San Miguel del Resguardo Zenú, por la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Ahora bien, es importante resaltar que el caso inició con la denuncia presentada por la madre de la menor, quienes al igual que el señor Eulises Enrique Beltrán pertenecen a una comunidad indígena del Cabildo Menor Indígena de San Miguel del Resguardo Zenú, luego de escuchar el testimonio de la menor, la fiscalía abrió la investigación penal y posteriormente se procedió con la captura del señor Eulises, quien en indagatoria aceptó y se acogió a sentencia anticipada, en razón a lo cual la Fiscalía delegada le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva; posteriormente la defensa solicitó la nulidad de todo lo actuado en virtud a la falta de competencia, pues en el caso en mención, quien debe juzgar y condenar a los miembros de las comunidades indígenas como lo es el señor Eulises es la jurisdicción indígena y no la justicia penal ordinaria. Esta petición fue aceptada, decretando así la nulidad de todo lo actuado y se dio el traslado al cabildo de la diligencia y del sindicado.

De manera que, vemos entonces un conflicto generado en cuanto a la competencia que tiene en este caso la justicia penal ordinaria para conocer de casos en los que están implicados miembros de comunidades indígenas, los cuales poseen una jurisdicción especial, asimismo tenemos por un lado la protección especial del menor que arguye la Fiscalía, en pugna con otro derecho fundamental, que corresponde al debido proceso del sindicado que argumenta la defensa.

El Consejo de Estado realiza entonces un análisis entre estos dos derechos que se encuentran en conflicto y concluye lo siguiente

En ese sentido, la Sala considera que el interés superior de la menor no era incompatible con la aplicación del fuero penal indígena, pues como ya se dijo, la jurisdicción indígena

también tiene el deber de velar por la protección de los derechos humanos y dentro de estos por los derechos de los niños; no obstante, al no poseer una institucionalidad necesaria para salvaguardar los derechos a la víctima y tampoco contar con un mínimo de previsibilidad que permitiera suponer que el derecho del victimario al debido proceso sería salvaguardado, resultaba razonable que la Fiscalía General de la Nación interviniera (Sentencia Consejo de Estado 2009-58984, 2020, p. 28)

Es así, como en esta sentencia el Consejo de Estado resuelve que la Fiscalía no tiene responsabilidad alguna, en virtud a que se actuó bajo el principio que esta por encima de los demás, que corresponde al interés superior del menor, por ende, la gravedad del delito en mención, imponía directamente el deber a la Fiscalía General de la Nación de obrar con celeridad con especial protección a la menor, tal y como lo indicó el alto tribunal

Cuando las víctimas son menores de edad, se deben activar diversos instrumentos de protección como ocurrió con la medida preventiva de la libertad cuestionada, conforme al principio de prevalencia del interés superior, las soluciones que se adopten deben garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes y la plena satisfacción de todos sus derechos, tal como lo dispone el ordenamiento jurídico interno, los tratados internacionales, y la reiterada jurisprudencia constitucional. (Sentencia Consejo de Estado 2009-58984, 2020, p. 32)

De igual manera, la Corte Suprema De Justicia se ha pronunciado frente al tema en diferentes sentencias, entre ellas, la Sentencia CSJ 14711 del 2000, Sala De Casación Penal,

magistrado ponente Alvaro Orlando Pérez, donde conoce acerca del recurso extraordinario de casación, interpuesto por el señor Gratiniano Chocue Yonda en contra del Juzgado 3° Penal del Circuito de Palmira (Valle) el cual dictó sentencia por medio de la cual lo condenó a la pena de 25 años de prisión como responsable del delito de homicidio, debido a que el 14 de julio de 1996, en la vereda Granate, Corregimiento La Rivera, de la comprensión municipal de Florida (Valle), falleció a consecuencia de una herida en el cuello producida con un arma cortopunzante (fragmento de un pico de botella), el señor Álvaro Mora Vanegas, hecho por el que se vinculó mediante indagatoria al señor Gratiniano Chocue Yonda. Posterior a ello, el fallo fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 18 de febrero de 1998, a propósito del recurso de apelación que se había interpuesto.

Una vez entra la Corte a conocer el recurso extraordinario de casación, decide que, al tratarse de un caso de homicidio ocurrido dentro del resguardo indígena al que pertenece el presunto homicida, es decir el señor Gratiniano Chocue Yonda, todo el proceso judicial debía regirse por las normas y costumbres de este colectivo, hecho que no acaeció, y por tal motivo el alto tribunal tuvo que entrar a conocer por medio de este recurso extraordinario, en vista de que el juzgado 3° Penal del Circuito de Palmira (Valle) pretermitió la Jurisdicción Especial Indígena, la cual desde la visión de los pueblos indígenas, tiene unas dimensiones culturales, espirituales, preventivas, de armonización, de ordenamiento y de sanación; y es por esto que la Corte resalto la obligatoriedad de respetar todos aquellos métodos de solución de conflictos, a los que recurren tradicionalmente estas comunidades para coaccionar los delitos cometidos por los integrantes de estos resguardos indígenas, pues no basta con el simple reconocimiento formal en la constitución, sino que debe buscarse también un cumplimiento material, que les permita la

subsistencia de sus costumbres, incluidas todas aquellas que permiten el ejercicio legítimo de corregir todos aquellos actos que vayan en contra de su cosmogonía, pues las justicias propias indígenas no tratan solamente de resolver asuntos penales, sino que, para las tradiciones jurídicas de los pueblos indígenas, el ejercicio de la justicia abarca muchos campos. Por ejemplo, la resolución de conflictos de familia, las disputas de tierras o los problemas ambientales, en cuya solución es fundamental una mirada desde lo comunitario. Y es por esto que la Corte manifiesta lo siguiente

No puede pasarse por alto en la interpretación de la norma Constitucional y en el reconocimiento de su aplicabilidad inmediata, que el demostrado propósito de protección de los pueblos indígenas, como uno de los fines de la reforma constitucional implica que sean entendidos éstos en la forma que los define el artículo 1 del “Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la 76ª Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989”, e incorporado al ordenamiento nacional por la Ley 21 de 1991, y que ello incluye “ (...) el respeto por los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, tal como lo dispone el artículo 9º del mismo Convenio, naturalmente en cuanto sean compatibles con el sistema jurídico nacional (Sentencia CSJ 14711, 2000, p 28, 29)

Siguiendo lo dicho por el Ad quem, es posible concluir, que es un deber de los administradores de justicia, respetar esos métodos que los pueblos indígenas han venido desarrollando desde hace ya bastante tiempo, para mantener una adecuada convivencia dentro de sus comunidades, permitiéndoles que se autoprotejan corrigiendo a sus miembros dentro del

ejercicio legítimo del poder sancionador que opera para los integrantes de la sociedad siempre y cuando no transgredan garantías fundamentales, que vayan en contravía de la Carta magna.

Otra de las sentencias más importantes que desarrollan este tema, es la sentencia STL 6497 del 19 de mayo de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el personero municipal de Murindó (Antioquia) decidió interponer una acción de tutela, con el fin de proteger los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, integridad territorial y gobierno propio de los pueblos indígenas, pertenecientes a los Resguardos Río Murindó y Río Chageradó del municipio de Murindó- Antioquia.

Informó que el conflicto armado ha ocasionado una escalada de violencia y una grave crisis humanitaria en los Resguardos Río Murindó y Río Chageradó, dado que sus habitantes han sido víctimas de desplazamiento forzado, confinamiento e instalación de minas antipersonas.

Refirió que a pesar de los hechos aludidos y de los informes de riesgo que ha enviado desde la Personería de Murindó al gobierno nacional, al departamental y al municipal, aún no existe una *«intervención eficaz que garantice la seguridad física y alimentaria de esta población; así como su salud física y emocional»*.

Argumentó que la grave situación de orden público, sumada a la ausencia del Estado en el territorio, han generado la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de sus habitantes.

Por lo cual una vez la Corte procedió a estudiar la Tutela, decidió proteger los derechos de estos 2 grupos indígenas, ya que en el proceso se aportaron diversas pruebas que demostraban que

esta población había recibido múltiples amenazas de grupos armados al margen de la ley como lo es el ELN, y es por esto que la sala expresa lo siguiente

Los instrumentos jurídicos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tienen como fin último proteger la dignidad de la persona humana, garantizarle el goce efectivo de derechos que le son inherentes y permitirle realizarse en el entorno más amplio posible de libertad y bienestar.

Estas prerrogativas mínimas son la vida, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de locomoción, pensamiento, conciencia y expresión; la seguridad personal, la tutela judicial efectiva, la nacionalidad, la seguridad social y el trabajo, entre otros.

La efectividad de estas garantías depende fundamentalmente del Estado, por tanto, los Estados miembros del sistema en comento tienen la obligación de respetarlas, promoverlas y adoptar todas las medidas necesarias y conducentes para su cumplimiento en el respectivo territorio, de conformidad con sus procedimientos constitucionales y legislativos”.

(Sentencia STL 6497, 2021, p. 17)

También, en instancias internacionales, hay un caso actual y relevante en el que se ve implicado el Estado Colombiano, el cual fue presentado el 21 de octubre de 2020 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana, se trata del caso del pueblo indígena U ‘Wa respecto de Colombia, donde se alega la responsabilidad internacional de Colombia, principalmente por una vulneración y falta de protección efectiva al derecho de la propiedad ancestral, y luchan por mantener su territorio y cultura contra las actividades extractivas (petroleras, mineras, turísticas, infraestructura) en menoscabo de múltiples derechos de los integrantes del pueblo U ‘Wa.

Es así como el pueblo indígena U' Wa ha luchado por defender sus derechos e intereses durante años, iniciando por el conflicto armado interno que ha imposibilitado una tenencia pacífica de sus tierras aunado esto, es necesario tener en cuenta según su cosmovisión deben mantener un equilibrio en la naturaleza, los recursos naturales como lo son el gas, petróleo, carbón y demás minerales son totalmente sagrados y no deben ser extraídos de ninguna manera. No obstante el Estado Colombiano ha otorgado contratos de concesión minera para la exploración y explotación de diferentes minerales a grandes empresas dentro del territorio ancestral de este pueblo indígena y en zonas aledañas, vulnerando flagrantemente el derecho a la propiedad colectiva además se alega que en ningún momento el estado realizó la consulta previa, libre e informada al otorgar estos contratos de explotación, afectando sus territorios y formas de vida.

Otro punto importante, que es alegado, es que, con la creación del Parque Natural “El Cocuy”, el Estado otorgó su administración y manejo a la Dirección Nacional de Parques Naturales y no a las autoridades tradicionales del Pueblo indígena U'wa, a pesar de que la totalidad del parque se encuentra en su territorio.

Es por lo anterior, que el pueblo indígena U' Wa ha intentado por diferentes mecanismos, la protección efectiva de sus derechos, incluyendo las manifestaciones y protestas, sin obtener algún resultado. En el año 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dirigió una petición realizada por este pueblo indígena ante el Estado Colombiano, por la gran vulneración a sus derechos humanos, afectando así su identidad étnica y cultural.

En el año 2019, la Comisión Interamericana emitió su decisión de fondo sobre la petición que fue realizada desde el año 2015 por este pueblo indígena, en el cual se determinó que

efectivamente el Estado Colombiano violó y sigue vulnerando constantemente los derechos de estos individuos a la propiedad colectiva, el derecho de consulta previa libre e informada, los derechos culturales y su derecho a la protección judicial y las garantías judiciales, del mismo modo, la Comisión Interamericana formuló unas recomendaciones al Estado Colombiano, para que se de una efectiva protección a los derechos del pueblo U' Wa.

Posteriormente, en el año 2020 donde la Comisión Interamericana envió el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se determinó que el Estado Colombiano no había cumplido con las recomendaciones que fueron dadas, para el cese a las violaciones de derechos y la protección real y efectiva de los mismos.

### **Capítulo 3**

#### **3. Sobre la Ponderación en la Corte Constitucional**

Como se venía desarrollando anteriormente, la Corte Constitucional, al verse enfrentada a diferentes disputas en las que se ponía en jaque dos principios de rango constitucional, tuvo que dar lugar a la aplicación de los criterios de ponderación y proporcionalidad, pues al tratar de equilibrar esos dos derechos o principios en pugna, será lógico que la decisión que se tome no puede ser desproporcionada, sino todo lo contrario, esto es, debe existir en ella un equilibrio entre la afectación que se genera con la restricción de alguno de los derechos enfrentados entre sí, y el mayor beneficio que se busca obtener con dicha resolución, es decir, siempre que se limite alguna garantía constitucional, se debe buscar un mayor cumplimiento del finalidad deseada, conforme con los fines sociales y constitucionales del Estado, por lo cual, la honorable

Corte para tomar estas decisiones, no solo se acoge a la ponderación, sino también a la proporcionalidad y la estricta necesidad de la medida a tomar, pues con la ponderación, como dice el alto tribunal, se busca:

*La comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos. (Sentencia No. T-425/95, 1995, p. 1)*

Adicional a lo anterior, también es importante hacer mención sobre el denominado test de ponderación, el cual es empleado cuando se presentan conflictos entre principios o derechos constitucionales fundamentales, situación en la que se hace necesario acudir a la aplicación de dicho test, para encontrar una solución al caso concreto, es así como la Jurisprudencia de la Corte ostenta la única respuesta cuando se está en presencia de antinomias constitucionales.

Ahora bien, es menester hacer referencia al test de proporcionalidad realizado por la Corte Constitucional y así mismo, a los elementos esenciales que deben ser considerados por el alto tribunal para su aplicación, tal y como lo expresa la Corte en la Sentencia C-144 de 2015:

- a. *La idoneidad o adecuación* de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “*suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende*

- conseguir*”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de *imperiosa* consecución.
- b. La *necesidad* hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que, de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.
- c. El *test de proporcionalidad en sentido estricto*, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia. (Sentencia C-144/15, 2015, p. 17) (cursiva en texto original).

Simultáneamente, a lo largo de las decisiones del *ad quem* se han desarrollado otros dos principios conocidos como el principio de la unidad Constitucional y el principio de armonización. El primero tiene lugar cuando existe la Colisión entre normas constitucionales y se debe dar una interpretación amplia y extensiva de la Constitución, lo que equivale en palabras de la Corte a lo siguiente:

*Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de estas. El **principio de la unidad constitucional** exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.* (Sentencia No. T-425/95, 1995, p. 1) (cursiva y negrita en texto original).

En el mismo sentido, la Corte desarrolla en esta sentencia “el principio de armonización” en donde se da un enfrentamiento entre derechos constitucionales, por lo cual se hace necesario la utilización de este principio, pues propende que en esta clase de coaliciones, no se ejerza una limitación arbitraria de uno de los derechos en pugna, sino que se logre la armonía entre ambos, y por eso, a la hora de ponderar entre ambos, el juez debe ser analítico a la hora de estudiar la constitución, para que en el momento de tomar una decisión, no genere una mayor afectación y un menor provecho de esos derechos. En tal sentido, la Corte lo ha expuesto, así:

*El **principio de armonización concreta** impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma.* (Sentencia No. T-425/95, 1995, p. 1) (cursiva y negrita en texto original).

Por todo lo anteriormente expuesto, es válido decir que en conflictos entre principios, derechos y normas que estén dentro del rango constitucional, la Corte siempre va dar aplicación al principio de ponderación, proporcionalidad, de unidad constitucional y el principio de armonización concreta, entre otros. Ahora bien, ya en referencia al caso concreto que compete con esta monografía, que es cuando existe un enfrentamiento entre aquellos derechos que están íntimamente ligados a las comunidades indígenas dentro del relativismo y los que se denomina universales, consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es primordial establecer los criterios utilizados por la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos, para ponderar el choque de estos derechos, en virtud de lo cual en los siguientes párrafos se exponen dichos criterios.

### **3.1. Principio de Maximización de la Autonomía**

Inicialmente, es menester hacer mención del principio de Maximización de la autonomía o principio de minimización de la restricción de su autonomía, (que también es considerado como una regla dentro de la Corte), el cual es tenido en cuenta por la Corte Constitucional al resolver los conflictos que se generan cuando se ven involucradas las comunidades indígenas, como es posible evidenciar en las sentencias que fueron objeto de análisis en el capítulo antecedente, es importante entonces desarrollarlo un poco más, para lo cual se tiene que, al realizar la ponderación de dos derechos fundamentales, principios o en general, los intereses que puedan oponerse en un caso en específico, donde se encuentre en el medio de estos, la protección de la diversidad étnica, solo se podrán admitir restricciones a la autonomía que poseen las comunidades indígenas, cuando se lleve a cabo el cumplimiento de dos condiciones, las cuales

como lo afirma la Corte son las siguientes: “a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna); b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. (...)” (Sentencia T-349/96, 1996, p. 8).

Adicional a lo planteado en breve, también se deben tener en cuenta las particularidades y condiciones específicas que tiene cada comunidad, para poder así determinar el rango en el que se encuentran los intereses en pugna, para poder consecuentemente evaluar la inexistencia de medidas menos gravosas para dicha comunidad.

### **3.2. Principio “A Mayor Conservación de la Identidad Cultural, Mayor Autonomía”.**

Este principio fue formulado, por primera vez, en la sentencia T-254 de 1994, en los siguientes términos:

La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la "vida civilizada" (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del

derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones. (Sentencia No. T-254/94, 1994, p. 16).

Con este principio lo que busca la Corte es dejar presente que, deben respetarse las costumbres de las comunidades indígenas y por eso, cuando el juez deba enfrentarse a un caso en el cual esté involucrada una comunidad con amplios arraigos a sus costumbres, el juez debe tener mayor cuidado y debe asesorarse adecuadamente con expertos pertenecientes a estas, con el fin de no transgredirlas o desconocerlas, tan es así que incluso, en el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se han desarrollado criterios que prevalecen a la primacía de la identidad cultural, de la siguiente forma:

*Reafirmando* que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación (...),

*Reconociendo* que la Carta de la Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural [Preámbulo]. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, p. 2-3) (cursiva en texto original).

Adicionalmente, el artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas consagra la igualdad entre los pueblos y el artículo 3° que se

refiere al derecho a la libre determinación para determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007).

Por lo anterior, es posible concluir, que conforme a todo lo dicho con anterioridad, los límites de las comunidades indígenas van a estar en:

La *Constitución y la Ley* como límites a la jurisdicción especial indígena, la autonomía no puede ser restringida, a partir de cualquier disposición legal o constitucional, pues ello dejaría los principios de diversidad y pluralismo jurídico en un plano retórico, [razón por la cual] (...), los límites a la autonomía solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable, desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un *consenso intercultural* lo más amplio posible (...), [estos límites son]: a) El derecho a la vida, b) la prohibición de tortura, c) la prohibición de esclavitud y d) el principio de legalidad. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2019, párr. 12)

Sumado a lo anterior, en la sentencia SU-510 de 1998, se expresó la honorable Corte Constitucional de la siguiente forma:

Según la jurisprudencia de la Corte (...), la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades sólo sean aquellos que se encuentren referidos «a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre».

En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P.,

artículo 17) y por la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3º; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas (Sentencia SU-510/98, 1998, pp. 60-61).

#### 4. Conclusiones

Por último, es posible concluir, que estas diferencias que se han venido zanjando entre el multiculturalismo y el universalismo, todavía no han podido solventarse a cabalidad en el territorio nacional cuando hablamos de su puesta en funcionamiento, pues así se promulgue la idea de una aplicación única e inequívoca de una norma en común y de todos aquellos tratados y o acuerdos ratificados por Colombia, la norma no alcanza a proteger y resguardar la totalidad de los derechos, prácticas y costumbres de todas las comunidades indígenas. Por lo anterior, como se pudo constatar en esta investigación, ha tenido que ser la jurisprudencia de las diferentes instancias Nacionales (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado) como internacionales (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos) la que ha tenido que intervenir cuando ha ocurrido este conflicto entre el multiculturalismo y el universalismo. Aun así, en múltiples ocasiones se refleja una predominancia de la visión occidental de los derechos humanos y estas comunidades son olvidadas casi por completo, ya que son minorías en muchas partes del territorio nacional, y en otras están relegadas allí, por no decir aisladas. Esto último, ha venido haciendo que la comprensión, el ejercicio y garantía de los derechos humanos sea sumamente complicado en algunas culturas -en este caso en particular, los pueblos indígenas- quienes ante este desconocimiento del ordenamiento jurídico tendiente al universalismo, se ven obligados a acudir a diferentes mecanismos para que se les proteja su cosmovisión, su cultura y sus tradiciones ancestrales que en la mayoría de casos han sido violados o desconocidos, teniendo que acudir, como ya se dijo, a las Altas Cortes para poder obtener una real y efectiva protección, y así generar visibilidad y respeto por sus derechos desde su cosmogonía, promesa inequívoca que presuntamente traía la constituyente de 1991.

No se puede desconocer, sin embargo, que se obtuvieron grandes avances con respecto a la protección de las comunidades indígenas, ya que pasaron de ser un grupo de personas aisladas de la sociedad considerados incivilizados y no dignos ciudadanos, a convertirse en colectividades reconocidas como grupos de especial protección, a las que se les otorgó autonomía (su propia jurisdicción y territorio para desarrollar su ideología y cosmovisiones autóctonas conforme a las comunidades a las que pertenecen) generando así más garantías. Este avance, ha generado que la visión homogénea y universal de la Declaración Universal de los derechos Humanos y su acogida en el territorio nacional, se viera interrumpida, por todas aquellas costumbres y prácticas que contenían dentro de ellas un factor diferenciador que hacían que esta última, no pudiera tener una acogida completa a lo largo del territorio Nacional, y por consiguiente, generaría que estos grupos indígenas siguieran arraigados a su territorio y a las tradiciones de sus pueblos. Fue tan grande la controversia, que ha sido necesario que el máximo órgano protector de la Constitución entrará a salvaguardar esos derechos constitucionales consagrados en los artículos 7, 8, 10, 13, 63, 68, 70, 72, 93, 171, 176, 246, 330, entre otros y al mismo tiempo, fue la encargada, principalmente de establecer, por medio de la ponderación, la proporcionalidad, y la estricta necesidad de aquellos principios universales, y aquellas prácticas multiculturales, que se ha ido alcanzando ese equilibrio entre estas dos teorías, como se pudo evidenciar a través de las sentencias hito analizadas, en donde finalmente, pero con una mayor preponderancia hacia la visión multiculturalista, se consiguió por medio de una serie de criterios dar primacía a lo establecido en la constitución como lo dice en su artículo 4, y la cual desde el 91 tuvo como principal fin ser más incluyente, a nivel político, social y cultural. Es por esto que dentro de esta nueva normativa se otorgó esa protección especialmente de los grupos indígenas, sin desconocer la aplicabilidad de los tratados internacionales, y poniendo como límites a la autonomía indígena,

y lo “verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos” (Sentencia T-098/14, 2014, p. 2), es decir: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura (pero no desde un punto de vista netamente universalista, sino como una conducta que exceda las costumbres indígenas) la esclavitud y el principio de legalidad.

Para finalizar, podemos colegir que, la constitución como norma de normas ha sido protegida por las altas Cortes en su jurisprudencia y es por esto que el multiculturalismo ha salido adelante de esta batalla, pero como ya se dijo con unos límites bien establecidos, es decir sin transgredir aquellos derechos que la Declaración universal consideró que debían ser protegidos, pero que no desconocen su cosmogonía.

## Bibliografía

- Aguirre-García, J. (2011). El relativismo cultural: desafíos y alternativas. *Sophia*(7), 58-66.  
<https://www.redalyc.org/pdf/4137/413740748006.pdf>
- Araos, J. (25 de julio de 2008). Relativismo Tolerancia y Democracia en H.Kelsen. *Veritas. Revista de Filosofía y Teología*, 3(19), 253-269.  
<https://www.redalyc.org/pdf/2911/291122940003.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217 (III). (10 de diciembre de 1948).  
*Declaración Universal de los Derechos Humanos*.  
[https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas.  
[https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)
- Barabas, A. (2014). Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios. *Configurações. Revista Ciências Sociais*(14), 1-13. <https://journals.openedition.org/configuracoes/2219>
- Boco, R., & Bulanikian, G. (2010). Derechos humanos: universalismo vs. relativismo cultural. *Alteridades*, 20(40), 9-22. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74720839002>
- Brokmann, C. (2007). Relativismo cultural: evolución de un concepto antropológico ante los derechos humanos. *Derechos humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 2(5), 7-42. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5572/4917>

Castillo, J. (marzo de 2012). *La nacionalidad dominicana*. Editora Nacional.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional [CEJIL]. (11 de mayo de 2018). *Riesgo de extinción de pueblos indígenas de Colombia queda evidenciado ante la CIDH*.

<https://cejil.org/comunicado-de-prensa/riesgo-de-extincion-de-pueblos-indigenas-de-colombia-queda-evidenciado-ante-la-cidh/>

Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Constitución Política de la República de Colombia. *Gaceta Constitucional No. 116*.

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1)

Corona de la Peña, C. (2009). Universalismo y relativismo en los derechos humanos. *Revista Folios*, 2(14), 13-20. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23645.pdf>

Corte Constitucional (2015, 6 de abril). Sentencia C-144/15, Expediente D-10347 (Martha Victoria Sáchica Méndez M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>

Corte Constitucional (1994, 30 de mayo). Sentencia No. T-254/94, Expediente T-30116 (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>

Corte Constitucional (1995, 26 de septiembre). Sentencia No. T-425/95, Expediente T-72178 (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425->

[95.htm#:~:text=La%20proporcionalidad%20se%20refiere%20entonces,otras%20que%20no%20lo%20son.](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425-95.htm#:~:text=La%20proporcionalidad%20se%20refiere%20entonces,otras%20que%20no%20lo%20son.)

Corte Constitucional (1998, 18 de septiembre). Sentencia SU-510/98, Expediente T-141047 (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm>

Corte Constitucional (2018, 12 de febrero). Sentencia T-027/18, Expediente T-6.425.510 (Carlos Bernal Pulido M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-027-18.htm#:~:text=T%2D027%2D18%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20acci%C3%B3n%20de%20tutela%20resulta,del%20Decreto%202591%20de%201991.>

Corte Constitucional (2000, 25 de enero). Sentencia T-030/00, Expediente T-244330 (Fabio Morón Díaz M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-030-00.htm#:~:text=establece%20que%20las%20autoridades%20de,la%20Constituci%C3%B3n%20y%20la%20ley.>

Corte Constitucional (2014, 20 de febrero). Sentencia T-098/14, Expediente T-3.510.472 (Luis Ernesto Vargas Silva M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-098-14.htm>

Corte Constitucional (1996, 8 de agosto). Sentencia T-349/96, Expediente T-83456 (Carlos Gaviria Díaz M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>

Corte Constitucional (1997, 15 de octubre). Sentencia T-523/97, Expediente T-124907 (Carlos Gaviria Díaz M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>

Corte Constitucional (2010, 5 de agosto). Sentencia T-617/10, Expediente T-2.433.989 (Luis Ernesto Vargas Silva M.P.). [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm#\\_ftnref52](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm#_ftnref52)

Consejo de Estado (2020, 6 de noviembre). Sentencia 2009-58984/2020, Radicación número: 70001-23-31-000-2009-00184-01 (Maria Adriana Marin).

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia (2021, 19 de mayo). Sentencia STL 6497, Expediente T 93013 (Iván Mauricio Lenis).

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta.

Gavidia, E. (2020). *Análisis de convivencia de diferentes culturas mercantes en buques*

*mercantes en el Puerto del Callao – 2020*. [Tesis para optar el Título Profesional de

Ingeniero de Navegación y Marina Mercante. Universidad Marítima del Perú. Facultad de Ingeniería].

<http://repositorio.ump.edu.pe/bitstream/handle/UMP/73/RENZO%20GAVIDIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Grondin, J. (2008). *¿Qué es la hermenéutica?* (A. Martínez-Riu, Trad.) Barcelona: Herder

Editorial, S.L. <http://www.fadu.edu.uy/estetica-diseno->

[i/files/2019/10/GRONDIN\\_Jean\\_2008.\\_Qu%C3%A9\\_es\\_la\\_hermen%C3%A9utica.\\_Barcelona\\_Herder.pdf](http://www.fadu.edu.uy/estetica-diseno-i/files/2019/10/GRONDIN_Jean_2008._Qu%C3%A9_es_la_hermen%C3%A9utica._Barcelona_Herder.pdf)

Grosfoguel, R. (2008). Hacia un pluri-versalismo transmoderno decolonial. *Tabula Rasa*(9), 199-

215. <http://www.revistatabularasa.org/numero-9/10grosfoguel.pdf>

Habermas, J. (1990). *Conocimiento e interés*. (M. Jiménez, J. Ivars, & L. Santos, Trads.).

Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara S.A.

- Hall, S. (2013). *Sin garantías. Trayectorias y problemáticas en estudios culturales* (2 ed.). (E. Restrepo, C. Walsh, & V. Vich, Edits.) Corporación Editora Nacional.  
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7187/1/Hall%20S-Sin%20garantias.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metdología de la Investigación* (6 ed.). McGraw-Hill / Interamericana Editores S.A. de C.V.
- Hollis, M. (1998). *Filosofía de las ciencias sociales: una introducción*. Editorial Ariel.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. (2019). *Fichas de Análisis Jurisprudencial-Sentencias de Tutela. Sentencia T-617/10*.  
[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/f\\_st617\\_10.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/f_st617_10.htm)
- Kant, I. (1787). *Crítica de la razón pura*. Biblioteca virtual universal.  
<https://biblioteca.org.ar/libros/89799.pdf>
- Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua* (6 ed.). Editorial Tecnos S.A.  
[https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2014/12/kant\\_paz\\_perpetua.pdf](https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2014/12/kant_paz_perpetua.pdf)
- Laurent, V. (2018). *Multiculturalismo en Colombia: veinticinco años de experiencia*. Global Centre for Pluralism. [https://www.pluralism.ca/wp-content/uploads/2018/01/Colombia\\_ES.pdf](https://www.pluralism.ca/wp-content/uploads/2018/01/Colombia_ES.pdf)
- Moreno, H. (2010). *El multiculturalismo en la constitución de 1991: En el marco del bicentenario*. Universidad del Valle.
- Moreno-Parra, H. (2011). Estado multicultural y derechos diferenciados en Colombia. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 8(1), 9-25.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7830070>
- Naciones Unidas. (1999). *Desafíos globales. Derechos humanos*.  
<https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>

Salazar, A. (2013). El multiculturalismo en cuestión: reflexiones alrededor del caso afrocolombiano. *Análisis Político*, 26(78), 91-110.

<https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43588/45112>

Salcedo, M. (2017). *Tensiones entre el Universalismo de los Derechos Humanos y el Relativismo Cultural entorno al derecho contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. [Disertación presentada como requisito de grado para optar al título de Internacionalista. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales].

<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13517/SalcedoCespedes-MariaFernanda-2017.pdf?sequence=3>

Žižek, S. (1998). Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional. En F. Jameson, & S. Žižek, *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo* (págs. 137-188). Editorial Paidós SAICF. <http://www.medicinayarte.com/img/jameson-zizek-estudios-culturales-reflexiones-sobre-el-multiculturalismo.pdf>