

Multiculturalismo, derechos humanos y derechos de los indígenas en Colombia. Práctica de la ablación en las niñas de la tribu Embera Chamí

Multiculturalism, human rights and indigenous rights in Colombia. Practice of excision in girls of the Embera Chamí tribe.

NUBIA MARRUGO NUÑEZ

*Abogado. Especialista en derecho procesal y magister en derecho procesal Docente y Miembro del grupo de investigación Género, niñez y criminalidad de la Universidad Autónoma del Caribe
nubia.marrugo@uac.edu.co*

Recibido: Octubre 13 de 2013

Aceptado: Enero 25 de 2014

RESUMEN

En la vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, se han reconocido a los pueblos indígenas nativos unas prerrogativas en disposiciones legales que se manifiestan desde múltiples escenarios jurídicos, nacionales e internacionales buscando siempre la defensa y subsistencia de la cultura indígena sobreviviente en el país. Este punto de partida otorga a las comunidades indígenas soberanía, desarrollo socio-económico, libertad de condición política, legislativa y judicial; siempre y cuando se tenga respeto y las prácticas cosmogónicas inherentes a su cultura y legado, no sean contrarias a lo previsto por la ley ordinaria nacional. Bajo este presupuesto de autonomía, es posible analizar la eventual responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa por la falta de una ley de coordinación entre la Jurisdicción especial Indígena y la jurisdicción Nacional, caso específico de la práctica de la ablación de clítoris sobre el nacido vivo femenino practicado por la Comunidad Embera Chamí. Este artículo es producto del proyecto titulado, "Coordinación de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria y las mutilaciones sexuales femeninas: un estudio desde la perspectiva de género" desarrollado dentro del grupo de investigación de género, niñez y criminalidad. Con este proyecto se ha buscado responder preguntas tales como ¿Hasta dónde incide el Estado como figura garante y proteccionista, de los derechos humanos y de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de la jurisdicción especial indígena?, ¿Existe responsabilidad patrimonial del Estado por omitir expedir la Ley de Coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional, por los daños ocasionados a las niñas pertenecientes a la comunidad indígena Embera Chamí por la práctica de la ablación?

Palabras clave: Multiculturalismo, Derechos fundamentales, Conflicto constitucional, Pluralidad normativa, Jurisdicción, Ablación, Tolerancia.

ABSTRACT

In observance of the Constitution of Colombia 1991, there have recognized some native indigenous people prerogatives in laws. These laws manifest from multiple legal, national and international scenarios the necessity of always looking for the defense and survival of the remaining indigenous culture in the country. This starting point gives indigenous communities sovereignty, socio-economic development, and freedom of political, legislative and judicial condition. The system have respect and cosmological practices inherent to their culture and heritage, only if they are not contrary to the provisions by national ordinary law. Under this idea of autonomy is possible to analyze the possible liability of the State for legislative inaccuracy by the lack of a law of coordination between the special Indigenous jurisdiction and the National Jurisdiction as seen on a specific case of the practice of female circumcision on living birth Women practiced by the Embera Chami Community. This article is the product of the project entitled, "Coordination of indigenous courts with ordinary jurisdiction and female genital mutilation: a study from a gender perspective" developed within the research group of gender, children and crime. This project has raise questions such as the real role of the state as guarantor of women rights in Colombia and What is the protectionist impact figure, human rights and the rights of children and adolescents in special indigenous jurisdiction? Will there be liability of the State for failing to issue the Coordination Act special indigenous jurisdiction and national jurisdiction, for damages caused to girls belonging to the Embera Chami indigenous community by the practice of ablation?
Keywords: Multiculturalism, Fundamental Rights, Constitutional Conflict, Plurality rules, Jurisdiction, Ablation Tolerance.

En Colombia, la reforma Constitucional de 1991 se convirtió en una plataforma idealista al reconocimiento de la diversidad étnica y cultura (Constitución Política de Colombia, 1991), producto de todo un proceso de lucha por parte de las minorías que condensa la etnicidad del país en una etapa social y política asumida en crisis de gobernabilidad. De los aportes más importantes que se destacan de esta reforma constitucional se tiene todo lo concerniente al tema de los derechos humanos como derechos diferenciados, o derechos de las minorías (Will, 2007). La ampliación del ejercicio democrático dentro de un Estado Social de Derecho multicultural, sesgado en una génesis heterogéneo que poco a poco ha sido ratificado e intervenido en su exégesis por la Corte Constitucional como principio de derecho e institucionalizándolo como toda una cultura jurídica pacífica, tolerante e interviniente con voz y voto:

...La diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido por la mayoría, tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias, con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías (Corte Constitucional, 1992)

Esta extensión del concepto de ciudadanía, ha logrado dotar finalmente toda una política de gobierno bajo el

principio de universalidad, receptor único de los derechos reconocidos e individualizados; este determinador no sólo regula el ejercicio legislativo, sino que prohíbe, obliga y sanciona todo contenido contrario o antijurídico a los derechos sociales, evitando la generación de antinomias (Ferrajoli, L. 2009). Al respecto y a manera de cita, ha sido asumida esta posición jurídica de manera sana y reiterada por la Corte Constitucional en sentencias C-154/1996, T-574/1996, T-205/1997, C-598/1977, C-1114/2001, C-314/204, T-654/2004 y C-355/2006, profundizando el carácter constitucional derechos humanos y el regimimiento de la multiculturalidad colombiana.

A manera de epítome, se descurre a lo largo de la Carta los siguientes exámenes: artículo 7, reconocimiento y de la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana; artículo 70, reconocimiento de la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país; y, finalmente, artículo 246, principio de la autonomía normativa y judicial (Constitución Política de Colombia, 1991)

Sin embargo, no es de menoscabo compadecer que pese a lo anterior, el reconocimiento multicultural de las diferentes sociedades que conforman toda una extensión territorial, ha servido de tapiz oscuro que esconde violencia y transgresión de derechos inherentes al ser humano, los integrantes de su comunidad por lo general mujeres, niños, niñas y adolescentes. En este sentido el informe del Secretario General de Naciones Unidas, "Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer" de 2006, arguye que

“(…) un desafío particularmente problemático consiste en la eliminación de las actitudes socioculturales discriminatorias y de las desigualdades económicas que refuerzan el lugar subordinado que ocupan las mujeres en la sociedad. La violencia masculina contra la mujer es generada por las actitudes socioculturales y las culturas de violencia en todas las partes del mundo, y en especial por las normas relativas al control de la reproducción y de la sexualidad de la mujer. Además, la violencia contra la mujer se entrecruza con otros factores, como la raza y la clase, y con otras formas de violencia, en particular los conflictos étnicos”. “(…) En algunos contextos, las fuerzas políticas organizadas, en particular las distintas formas de “fundamentalismo” cultural o religioso, han ejercido presión sobre los gobiernos para revertir los adelantos logrados en lo tocante a los derechos de la mujer ” (Organización de Naciones Unidas, 2006).

Pensar en cultura hoy en día no es sinónimo de universalidad positiva o benefactora, legítima o tolerante, discurre paralelamente como una rémora de conformismo social en la incorporación de un supuesto respeto jurisdiccional y consuetudinario.

En Colombia -y para el caso sujeto de análisis-, la condición de la mujer, la población infantil y adolescente indígena, debe analizarse como todo un cuerpo geométrico de caras planas con multiplicidad de vértices contextuales, que difieren desde la misma identificación de variados prototipos de sociedad indígena. La violación de sus derechos, se evidencian o tipifican según la comunidad a la cual pertenecen (Pallitto, C 2004, p 165-173). Aquí el papel protagónico de la cultura como hilo conductor de violencia se justifica en el comportamiento frecuente de tradiciones y los valores religiosos.

...El infanticidio de las niñas y la selección prenatal del sexo, el matrimonio precoz, la violencia relacionada con la dote, la ablación o mutilación genital femenina, los crímenes contra la mujer cometidos en nombre del “honor” y el maltrato de las viudas, en particular la incitación a que las viudas se suiciden, son formas de violencia contra la mujer a las que se considera prácticas tradicionales nocivas, y pueden involucrar tanto a la familia como a la comunidad. (Organización de Naciones Unidas 2006, págs. 45 y 46).

No es contrariada la necesidad de expandir escenarios libres para la expresión cultural, simbólica y espiritual en Colombia y en el mundo. De hecho se considera que corresponde a una garantía de pluralidad para la integra-

ción entre las sociedades y el fortalecimiento de interacción entre las mismas. Es reprehensible descartar el suelo de tradiciones que dan nacimiento a la concepción filosófica del hombre, sin embargo, no es baladí que dentro del sistema jurídico democrático que cobija el país, es menester entender los límites que esa libertad conlleva, más aún cuando se rebosa el cauce de la ilegitimidad y la ilegalidad en el comportamiento inhumano de estas premisas identitarias.

Generalidades sobre la ablación y otras manifestaciones de mutilación sexual

“La mutilación / excisión genital femenina, comprende todos los procedimientos quirúrgicos que conllevan la ablación parcial o total del aparato genital externo, u otro tipo de lesiones, en los órganos genitales de la mujer por razones culturales o no terapéuticas de otro tipo” (Declaración conjunta de la OMS/FNUAP/UNICEF, 1997, p3)

La Ablación o Mutilación Genital Femenina (A/MGF) es una praxis ínfimamente conocida en Colombia. Pese al conocimiento internacional de su práctica, siempre se ha consumado dentro de un espectro externo no nacionalizado hasta hace tres años. Organizaciones No Gubernamentales (ONG), la globalización, los medios de comunicación, los flujos migratorios, entre otros canales de información, han auxiliado el conocimiento masivo de este precepto cultural así como la formación crítica inaceptable de la misma, denominándola como una conculcación violenta de la integridad física y psicosexual de la mujer y la población infantil y adolescente.

Las Naciones Unidas, estableció en 1995 cuatro tipos de A/MGF (Kaplan, A.; López, A. 2010)

Tipo I. La circuncisión, también llamada clitoridectomía (del griego, *incisión*), implica la eliminación del prepucio clitorídeo, generalmente conservando el clítoris. En la cultura islámica, se conoce como *sunna* (tradición) y suele equipararse a la circuncisión masculina.

Tipo II. La escisión, también conocida como clitoridectomía (del griego, *corte*), implica la resección parcial o total del clítoris y puede incluir el corte de los labios mayores y menores.

Tipo III. La infibulación (o circuncisión faraónica) consiste en el estrechamiento o sellado de la abertura vaginal mediante el corte y recolocación de los labios menores, y a veces también de los labios mayores, con o sin resección del clítoris. Se dejan dos pequeños orificios para la salida de orina y sangre

menstrual. La infibulación, deriva del latín *fibula* (pinza).

Tipo IV. Todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, la incisión, el raspado, la cauterización o la introducción de sustancias corrosivas en la zona genital.

La práctica de la A/MGF se sustenta bajo los siguientes preceptos (UNICEF, 2004)

Psicosexual: Para disminuir el deseo sexual en la mujer, mantener la castidad y la virginidad antes del matrimonio y la fidelidad durante el matrimonio, y aumentar el placer sexual del hombre.

Sociológica: Como forma de identificación con la herencia cultural, la iniciación de las niñas a la edad adulta, la integración social y la preservación de la cohesión social.

Higiénica y estética: En algunas sociedades, se considera que los genitales externos de la mujer son poco limpios y antiestéticos, y por tanto se eliminan para promover la higiene y proporcionar un atractivo estético.

Religiosa: La mutilación/escisión genital femenina se practica en varias comunidades bajo la creencia equivocada de que lo exigen ciertas religiones.

De otro tipo: Para mejorar la fecundidad y promover la supervivencia infantil.

Se calcula que el total de mujeres vivas hoy en día que han sido sometidas a la A/MGF en África varían entre 100 millones y 130 millones. Alrededor de 26 millones han sido sometidas a la infibulación, la forma más grave de mutilación/escisión genital femenina. Estas prácticas se han registrado en por lo menos 28 países de África, en varios grupos de Asia meridional y oriental y entre algunos emigrantes de Europa, América del Norte y Australia que provienen de estos países y regiones.

Consecuencias médicas de la práctica de la ablación

La resección y daño del tejido genital femenino normal y sano, interfiere con la función natural del organismo femenino. Entre sus complicaciones inmediatas se encuentran el dolor intenso, choque, hemorragia, tétanos, sepsis, retención de orina, llagas abiertas en la región genital y lesiones de los tejidos genitales vecinos (Kaplan, A.; López, A. 2010; Kaplan, et al 2006, P. 123)

- Infecciones vesicales y urinarias recurrentes.
- Quistes, crecimiento excesivo de tejido de cicatrización; infecciones del tracto urinario.
- Esterilidad.
- Aumento del riesgo de complicaciones del parto y muerte del recién nacido.
- Necesidad de nuevas intervenciones quirúrgicas, por ejemplo cuando el procedimiento de sellado o estrechamiento de la abertura vaginal (tipo 3 mencionado anteriormente) se debe corregir quirúrgicamente para permitir las relaciones sexuales y el parto. A veces se vuelve a cerrar nuevamente, incluso después de haber dado a luz, con lo que la mujer se ve sometida a aperturas y cierres sucesivos, aumentándose los riesgos inmediatos y a largo plazo.
- La mutilación/escisión genital femenina causa un daño irreparable. Puede conducir a la muerte debido a un síncope hemorrágico, un síncope neurogénico como resultado del dolor y del trauma y/o una grave e insuperable infección y septicemia.
- Por lo general es de carácter traumático.
- Incapacidad para sanar; formación de abscesos.
- Cicatrices de neuroma; dolor durante la actividad sexual; un aumento en la susceptibilidad ante el VIH/SIDA, la hepatitis y otras enfermedades transmitidas por la sangre.
- Infecciones del tracto reproductivo.
- Enfermedades inflamatorias de la pelvis.
- Menstruación dolorosa; obstrucción crónica del tracto urinario/piedras en la vejiga.
- Incontinencia urinaria; parto obstruido y un aumento en el riesgo de hemorragia e infección durante el parto.

Contexto cultural de la práctica de la ablación

Es constituida la A/MGF como práctica tradicional originada por diferentes factores mitológicos que la legitiman para beneficios de índole sexual y reproductiva. Aspectos como la fertilidad, la purificación, la honorabilidad familiar, la muerte, la infidelidad, la estética, son argumentos frecuentemente razonados por las comunidades que la

practican en el mundo. En algunos grupos se trata de justificar como un precepto religioso del Islam, sin embargo, el hecho de que no se practique por la inmensa mayoría de fieles de esa religión, aboga por su caracterización como una práctica ancestral de origen africano desvinculada de un origen religioso (Casado, 2002. P. 419).

Ya se ha referenciado que la cultura está conformada por valores, prácticas y relaciones de poder subsistidas en la cotidianidad de las personas y sus comunidades (Raday, F. 2003), constituyéndose en muchos casos como la fuente de diversas manifestaciones de violencia en los integrantes de su comunidad, para la presente investigación, en las mujeres, niñas y adolescentes indígenas. Esta relación entre cultura y violencia es vislumbrada desde el nuevo conocimiento a través del análisis del contexto histórico y geográfico que permea cada población, sin hesitación alguna, lejos de una condición estática, cerrada y homogénea debido a la evolución preexistente en el multiculturalismo y la evolución del hombre como sociedad.

Es así como a lo largo de todo este proceso de desarrollo social, se han configurado espacios de lucha sobre la verdadera identidad que reclaman las víctimas de cada una de estas comunidades indígenas ante la imposición legitimaria allegada por cabezas políticas, gremiales o comunitarias (Potgieter, 2005) En tenores nacionales e internacionales, se han impugnado todo un compendio normativo y costumbrista apego al relativismo cultural en pro de los derechos humanos de las mujeres, todo un desafío por parte de la minoría de las minorías transgredidas, “agudizado a causa de las políticas adoptadas a partir del 11 de septiembre de 2001 por numerosos grupos y sociedades que se sienten amenazadas y sitiadas.

Diversas manifestaciones del feminicidio en expresión no sólo física sino psicológica, son ilustrativas entre las normas culturales como muestra de la subordinación de las mujeres. La materialización de focos de transgresión sexual indígena como la imposición de la castidad forzada, la ablación entre otras mutilaciones sexuales, el acceso carnal violento, la comercialización de mujeres y niñas, y demás marcos de tipicidad, son unas de las multiformes expresiones de vilipendio sobre el género.

En la población indígena colombiana, al igual que en otras manifestaciones culturales a nivel mundial, la mutilación sexual en la mujer representa la transición física y psicológica de la edad infantil a la adulta, cuya significación se verticaliza en el comienzo del papel sexuado de la mujer, siendo ésta la pareja idónea del varón para conformar lo que se conoce como familia, en función de la reproducción y coexistencia de una comunidad. Sin embargo, la práctica reiterada de esta actividad ritualística,

conmemora toda una soterrada finalidad de control de la sexualidad femenina que traspasa las razones culturales y la traslada a una clara subordinación dentro del conflicto multicultural acaecido (Velasco, J. 2001.P.300)

Esta premisa de interés general, ha venido defendiéndose en escenarios de defensa y salvaguarda de la dignidad personal, como principio humanístico consolidado en los diferentes ordenamientos jurídicos como común denominador, dentro de las políticas estatales, no ajeno al caso colombiano.

...No es lícita la asimilación impuesta a los extranjeros, pues ello iría contra el derecho del ser humano a su propia identidad étnica y cultural. Aunque esa identidad –ha de subrayarse también- no ha de construirse con elementos que lesionen la convivencia, basada en el respeto a la ley democrática y a los legítimos derechos del resto de los ciudadanos, sean de la nacionalidad que sean, pues todo ello forma, como advierte nuestra Constitución, parte fundamental «del orden político y de la paz social (Herretero, 2003, P. 261)

Al respecto, las Naciones Unidas expresa que

(...) las mujeres están expuestas a la violencia por su sexualidad femenina (resultante entre otras cosas en la violación y en la mutilación genital femenina); por su relación con el hombre (violencia en el hogar, muertes debido a la dote, sati) o porque pertenecen a un grupo social en el que se usa la violencia contra ella para humillar a todo el grupo (violaciones durante conflictos armados o luchas étnicas). Las mujeres están expuestas a la violencia en la familia (malos tratos, abuso sexual de niñas, violencia relacionada con la dote, incesto, privación de alimentos, violación conyugal, mutilación genital femenina), a la violencia en la comunidad (violaciones, abusos y acosos sexuales, trata de mujeres, prostitución forzada) y a violencia del Estado (mujeres detenidas y violaciones en tiempo de conflictos armados).” (mujer, 1994)

Aunque la perspectiva actual concibe la A/MGF como una práctica tradicional inhumana y sanguinaria, cuyo precio es insuperablemente injustificado frente al resguardo de los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes, sólo hasta hace algunas décadas se considera como una manifestación violenta sobre las mujeres. Razonamientos culturales y la inferioridad supuesta que subyace sobre la mujer, consolidaban las cortinas de humo para menoscabar el peligro inminente y el maltrato sobresaliente al cual se encuentran sometidas estos miembros comunitarios.

Lo expuesto se determina así:

Aspectos Sociales: se refieren a ella como un rito de iniciación de las niñas a la edad adulta, un paso para la integración en la comunidad, y para el sostén de la cohesión e identidad social del grupo. Este argumento pierde fuerza cuando, según la OMS, hoy día se ha reducido la media de edad para la realización de esta práctica, y todo apunta a evitar complicaciones legales en contextos cada vez más restrictivos y punitivos con la A/MGF, así como minimizar la resistencia de las niñas.

- **Aspectos Sexuales:** este tipo de argumentos se centran en la necesidad de asegurar el control de la sexualidad de las mujeres, de forma que se cerciore su virginidad y fidelidad, ligada al honor familiar. Por otro lado, algunas etnias creen que una mujer mutilada incrementa el placer sexual masculino.
- **Aspectos relativos a la Salud:** en algunas regiones se cree que las mujeres mutiladas son más fértiles, y que la mutilación mejora y facilita el parto, mientras que otros opinan que, si durante el parto el bebé toca el clítoris, puede morir.
- **Aspectos higiénicos:** algunos pueblos consideran a las mujeres no mutiladas impuras, y se les prohíbe la manipulación de alimentos y bebidas.
- **Aspectos Estéticos:** También existen argumentos que consideran los genitales femeninos faltos de belleza, y otros afirman que pueden crecer excesivamente poniendo en peligro al propio pene masculino al que fagocitarían.
- **Motivos religiosos:** En general, y de manera especial en Occidente, se equipara la A/MGF con el Islam, bajo la falsa creencia de que es un precepto religioso. Sin embargo, es practicada entre la población musulmana, cristiana y judía así como por animistas, lo cual descarta cualquier asignación religiosa.

Caso Colombiano: Ablación de las niñas de la Tribu Embera Chamí

El veintidós (22) de Marzo del año dos mil siete (2007) se conoció en Colombia, que a unas ocho mil (8000) mujeres de la etnia Embera Chamí se les habían cortado el clítoris, lo que resultó ser una práctica de mutilación sexual femenina frecuente en esa comunidad (Diario, El Tiempo Marzo 22 de 2007). Al momento de conocerse la noticia se registraban tres (3) casos de infecciones de niñas a causa de operaciones realizadas por parteras en condiciones higiénicas precarias.

Existen relatos históricos y antropológicos que muestran la práctica de ablación del clítoris en las etnias Paeces y Embera-chamís, pero que se creían desAparecidas desde el siglo XVIII. La etnia Embera Chamí se encuentra ubicada en el Departamento de Risaralda, específicamente cerca del alto río San Juan en los municipios de Pueblo Rico y Mistrató, los cuales practican la mutilación genital femenina (MGF) ó ablación del clítoris. Colombia, es el único país de América en el cual se ha identificado esta práctica milenaria como una costumbre de la etnia ya mencionada; sin embargo, alrededor del mundo la mutilación sexual femenina es realizada en países como Burkina Faso, Ghana, Kenya, Nigeria, Senegal, Sudán, Etiopía, Egipto, Somalia, Malí, Camerún, Costa de Marfil, Djibuti, España, Italia, Francia y Reino Unido.

Según la Organización Mundial de la Salud esta práctica consiste en la extirpación total o parcial del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris) o su alteración por motivos culturales u otras razones de índole no médicas, la cual a simple vista pareciera ser legítima ante la necesidad de la comunidad para que la mujer adopte un comportamiento sexual adecuado, vinculándose esos procedimientos con la virginidad prematrimonial y la fidelidad matrimonial, sin embargo el historiador Zuluaga afirma que:

...se trata de un tema sagrado que se basa en la creencia de que una de las maneras para evitar el fin del mundo (pues se le podría caer de las manos a su dios karabi), las mujeres deben evitar moverse durante el acto sexual, lo cual se garantiza extirpando su clítoris con una cuchilla o una puntilla caliente. (Diario, El Tiempo Marzo 22 de 2007).

Necesario es señalar que en Colombia, como producto de todo un proceso fundado en razones históricas, jurídicas y políticas se ha reconocido la diversidad étnica y multicultural de la Nación; efectivamente la Constitución Nacional de mil novecientos noventa y uno (1991), en su artículo séptimo (7º), imparte un mandato a la sociedad y al Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, el cual al ser analizado en armonía con el artículo doscientos cuarenta y seis (246) (Constitución Política de Colombia, 1991) superior pone en evidencia una tensión entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional.

El multiculturalismo y la pluriétnicidad como modelo base de las adecuaciones y transformaciones de los Estados nacionales de hoy, significa una ruptura con el viejo paradigma fundamento estatal basado en la estratificación socio-racial que posibilitó durante mucho tiempo la

invisibilización de amplios sectores de la población caracterizados por su diversidad étnica y cultural. Ese pensamiento de la diversidad cultural y étnica, como opuesto a la consolidación de la unidad nacional, tuvo su origen en la política colonial impuesta por la metrópoli española que procuró asegurar la unidad de sus colonias promoviendo una difusión generalizada de los valores católicos y el aprendizaje del castellano entre las poblaciones americanas y entre la población negra traída del África.

La ruptura, con ese modelo de Estado monocultural ha significado a los pueblos indígenas latinoamericanos en particular su reconocimiento como sujetos de derechos colectivos, a partir de los siguientes tres pilares que sustentan las relaciones entre los Estados de hoy y estos pueblos: El reconocimiento a sus propias formas de gobierno, el derecho al territorio y el ejercicio de formas de jurisdicción propias.

Bajo esa premisa, conviene señalar que la misma Constitución Política de Colombia ordenó al legislador la realización de una Ley de Coordinación que armonizara las dos jurisdicciones a efectos de evitar lesiones al ordenamiento jurídico dogmático superior, esto es, los derechos fundamentales presentes en toda actuación judicial o administrativa, e inclusive en los usos y costumbres que se desarrollan bajo el principio de la diversidad étnica y cultural (Corte Constitucional Colombiana, 1994).

Conocer la mencionada práctica que se realiza a las niñas Embera al nacer, generó una gran discusión entre las comunidades indígenas y aquellos que no están de acuerdo con ella. Efectivamente por un lado las comunidades indígenas agrupadas en La ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia) han manifestado la defensa de esta práctica, argumentando que “se trata de una conducta correspondiente a una práctica ancestral del pueblo embera chamí, dentro de su cosmovisión propia” (Corporación Contigo Mujer, 2011). Esta organización insistió en la defensa del derecho a la autonomía étnica que tienen los pueblos indígenas, y afirman que la ablación del clítoris es una práctica cultural ancestral la cual es muy sagrada dentro de la comunidad Embera.

En su momento el gobierno nacional dijo desconocer la realización de prácticas de extirpación del clítoris en comunidades indígenas del país y que podía tratarse de una costumbre clandestina, aunque admitió que existen relatos históricos y antropológicos que muestran la práctica de ablación del clítoris en las etnias Paeces y Embera-chamís, pero que se creían desaparecidas desde el siglo XVIII. La división especializada en asuntos étnicos del ministerio del Interior, debía realizar una investigación en la zona de los embera-chamí para tratar de determinar

si la costumbre se había mantenido oculta o había resurgido en los últimos días y dependiendo de ese estudio se tomaría una decisión por parte del Estado, pues consideró, que la jurisdicción especial indígena consagrada en la Constitución tiene sus limitaciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Igualmente la Onic dijo que las autoridades indígenas del Pueblo Embera Chamí también realizarían su investigación para en el marco de su sistema de Justicia propia, aplicar las normas, procedimientos e instancias establecidas por sus estructuras de gobierno y de autoridad frente a estos casos.

La procuradora de Pueblo Rico (Risaralda), Aracely Ocampo considera la ablación del clítoris a las niñas del pueblo Embera como un acto de maltrato contra la mujer, una forma de violencia que vulnera sus más elementales derechos.

Por otro lado, el Juez Promiscuo Municipal de Pueblo Rico – Risaralda, Doctor Mariano De Jesús Arcila Alzate, que en su momento conoció por la remisión que de las fichas epidemiológicas hiciera la Inspección de Policía y la Personería de Pueblo Rico, Risaralda, del caso de las tres (3) niñas a las que se les practicó la ablación, y con base en el numeral uno (1) del artículo cuarto (4) de la ley doscientos noventa y cuatro (294) de mil novecientos noventa y seis (1996), que ordena asumir conocimiento de los casos de violencia intrafamiliar, entre otros, al juez municipal. Sin embargo, en el parágrafo dos (2) del mismo artículo se prevé que en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas, el competente para conocer de ellos es la respectiva autoridad indígena en desarrollo de la jurisdicción especial prevista por la Constitución Nacional en el artículo doscientos cuarenta y seis (246), no obstante, la jurisdicción indígena no tiene facultades para asumir el conocimiento de ésta clase de desconocimiento de derechos humanos, por no operar esa jurisdicción como manifestación de la autonomía étnica en casos en los cuales se excluyen los mínimos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para que prime la autonomía indígena y en consecuencia es al juzgado a quien corresponde determinar las medidas de protección si fueran procedentes; en este caso el Doctor Arcila Alzate resuelve abstenerse de decretar medidas de protección familiar a la luz de la Ley de violencia Intrafamiliar por cuanto a la mutilación a que fueron sometidas las menores no es asunto que pueda conocerse y desatarse con base a la legislación penal y de protección familiar (2008.). Todo lo anterior evidencia como se ha indicado ya, un divorcio, una tensión, entre las dos jurisdicciones, por una parte la validez por así decirlo de la práctica de la ablación del clítoris al interior

de la cultura indígena Embera Chamí (defensa que hace la ONIC), y por otra el reconocimiento de una nación libre y soberana que consagró para todos sus habitantes un catálogo de derechos fundamentales entre los cuales se encuentran: el derecho a la salud (art. 49 C.P.), en conexidad con el derecho a la vida (art. 11C.P.), a la dignidad humana (art. 1° C.P.), la prevalencia de los derechos de los niños, derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad, a la integridad física y psicológica, situación esta que generaría una responsabilidad del estado por omisión legislativa, debido a que no ha regulado desde mil novecientos noventa y uno (1991) hasta hoy, la coordinación de las dos jurisdicciones y para el caso que nos interesa, en lo que se relaciona a la salva guarda de los derechos fundamentales de las niñas y mujeres emberas frente a la práctica mencionada.

Colombia, es el único país de América en el cual se ha identificado la práctica de la ablación como una costumbre de la etnia Embera Chamí, sin embargo, alrededor del mundo la mutilación sexual femenina es realizada en los países como Burkina Faso, Ghana, Kenya, Nigeria, Senegal, Sudán, Etiopía, Egipto, Somalia, Malí, Camerún, Costa de Marfil, Djibuti, España, Italia, Francia y Reino Unido; debemos aclarar que en los países europeos, se presentaron casos aislados de africanos residentes en Europa que llevaban a cabo dicha práctica en esos países.

La noticia de la práctica de la ablación en Colombia, se dio a conocer con el caso de tres niñas indígenas de la comunidad Embera – Chamí, ubicada en el municipio de Pueblo Rico (Risarcaldá), una de ellas de 17 días de edad, y las otras dos menores indígenas de 16 días de edad respectivamente, con presunto maltrato ocasionado mediante el procedimiento de la ablación realizada por parteras en condiciones higiénicas precarias, lo que resulta ser una práctica de mutilación sexual femenina frecuente en esa comunidad (Diario El Tiempo, Marzo 22 de 2007).

Corolario de lo anterior, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del artículo doscientos cuarenta y seis (246) de la Constitución Política en los siguientes términos:

...El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la Ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros

elementos, conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos, constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional (Corte Constitucional Colombiana, 1996)

En la misma sentencia la Corte también expresa:

...Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la Ley es un deber de todos los nacionales en general (Constitución Política artículos 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

Ahora bien, frente a este caso de vacío legislativo en el que se ha reglamentado los límites de la jurisdicción especial indígena por vía jurisprudencial con la obligatoriedad de un precedente que en ocasiones usurpaba funciones legislativas y de acuerdo con lo expresado por el Doctor Diego Eduardo López Medina quien en su obra "El Derecho de los Jueces" manifiesta que: "

...Esta percepción originó un serio "contra-ataque" por parte del Congreso (Ley Estatutaria de Administración de Justicia, 270/96) en el que se buscaba recapturar el monopolio congresional sobre la creación del derecho y el sistema de fuentes (Lopez Medina, 2002, pág. 48); fue precisamente en este contexto que se emite la Ley 270 de 1996, considerando que la Constitución Política está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, y dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla, es así que en su artículo sesenta y cinco (65) contempla la responsabilidad del Estado (Ley 270 Artículo 65, 1996), por el daño antijurídico causado en este caso a las niñas por la omisión del Estado legislador que conlleva un defectuoso funcionamiento de la jurisdicción, dando desarrollo al artículo noventa (90) superior. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Al iniciar el siglo XXI, la Organización de Naciones Unidas aprobó el 21 de noviembre de 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño se reconocen la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, de acuerdo con la definición de antijuridicidad y para el caso que se analiza, se puede afirmar que la omisión del legislador de expedir una ley de coordinación entre las jurisdicciones especial indígena y la ordinaria, que ha generado situaciones propicias de conductas que causan daño irreversibles en las niñas de la comunidad Embera, implica una Responsabilidad por parte del Estado.

Se trata de una Responsabilidad del Estado Legislador por Omisión, tal como se define en la obra del Dr. Juan Pablo Sarmiento Erazo: "(...) Por ello partimos del entendimiento de la omisión legislativa inconstitucional como "aquél silencio legislativo (o aquella regulación legislativa incompleta o parcial) que produce consecuencias no queridas por la Constitución, y por tanto puede considerarse que es objeto de prohibición constitucional". (Sarmiento Erazo, 2010)

Hechas las precisiones del caso, es indiscutible la responsabilidad patrimonial del Estado legislador que debe ser declarada por la jurisdicción contenciosa administrativa con reconocimiento integral de los sistemas jurídicos de reparación, por los derechos que las niñas Embera dejaron de disfrutar y aquellos que no han podido ejercer por la omisión de la Ley de Coordinación entre las jurisdicciones especial indígena y nacional.

La Constitución Colombiana de 1991 establece en su artículo 90 que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas...", figura fiadora y garante que recae sobre la cabeza administrativa para contrarrestar todo perjuicio acaecido sobre el particular, por los actos o silencios legislativos que dan paso a la improvisación normativa en el resguardo del bienestar de la comunidad.

Este cimiento jurídico constitucional que instituye un largo alcance involucrando al legislador como fuente de responsabilidad estatal ya sea por omisión o por hecho, se concibe bajo criterios de la irresponsabilidad absoluta entendiendo que la ley siendo el altavoz soberano del pueblo no es operante consolidarla como punto de partida de la obligación estatal de reparar los perjuicios y menoscabos causados a un particular. Laferrière -citado en la Sentencia C-038, de fecha 1 de febrero de 2006 -expresa que es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas

no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por la ley (...) De todo lo que precede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción. El reconocimiento y pago de las eventuales lesiones patrimoniales causadas por una disposición legislativa estarían supeditados a la voluntad del legislador y a que este normativamente, admitiera tal posibilidad.

Conclusiones

Desde el punto de vista moral, existe responsabilidad de reparación ante la infracción de un deber ético; premisa articulada al marco jurídico, se fundamenta la obligatoriedad de reparación en la existencia de un perjuicio cuyo origen reposa en el sistema normativo. Esta regla general de responsabilidad advierte entonces sobre el Estado, la vigilancia sobre actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la administración, así como su obligatoriedad de compensación sobre quien la mala praxis pública ha contravenido, deteriorado o puesto en peligro sus derechos. Colombia siendo un Estado Social de Derecho, cuya razón de ser se resume en la intermediación, garantía y protección de sus asociados, se plantea entonces a sí mismo, como la directriz responsable que asume las consecuencias de las fallas antijurídicas causadas por el hecho de la ley o en su defecto por la ausencia de la misma. (Bascañan, 1997)

Colofón de lo anteriormente expuesto, es menester aclarar la relación intrínseca que existe entre el control de constitucionalidad y el reconocimiento de la responsabilidad del legislador, entendiendo que la primera disposición no constituye requisito sine qua non para la determinación o no de responsabilidad. Arguye la Corte Constitucional en Sentencia C-038 de 2006 que "la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma".

Ahora bien para el caso sujeto de análisis en la presente investigación, es necesario vislumbrar el alcance de esta premisa constitucional y su aplicabilidad en situaciones de violación de derechos humanos cuando el sistema normativo es frágil y oscuro en el resguardo de los mismos. En América Latina se registra un promedio de más de 600 pueblos indígenas, cuya riqueza cultural y territorial se ha convertido en un invaluable social debatido en las naciones donde se encuentran constituidos. Pese a esta lucha continua a lo largo de los años de su evolución y supervivencia, las poblaciones indígenas han logrado disminuir la exclusión preexistente contrariando situaciones de pobreza, precariedad de educación, entre otros factores que deterioran la dignidad de sus poblaciones. Poco a poco han ido desligando su posición subordinada frente

a los diferentes regímenes políticos y religiosos sobreimpuestos en las diferentes etapas históricas sociales. Sin embargo, es de interés analizar hasta dónde su soberanía e independencia jurisdiccional, es tan individual como para pasar por alto prácticas propias de su cultura que transgreden de manera directa derechos inherentes al ser humano. La ablación femenina, mutilación acogida por la población indígena Embera Chamí, no sólo lesiona el órgano sexual de la mujer sino que desmembra consigo la estabilidad emocional y psicológica de la menor nacida; situación que sin hesitación alguna atropella la dignidad de las niñas, adolescentes y mujeres de su comunidad y se ha visto resguardada por el olvido legislativo.



Referencias

- Ahumada Ruiz, M (2002) Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales. *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Volume 2. España.
- Casado, V. (2002) La mutilación genital femenina como forma de violación de los derechos humanos. *Género y derechos humanos*. Coord. A. García Inda, E. Lombardo. Zaragoza.
- Corporación Contigo Mujer. (2009) Erradiquemos la ablación de Colombia y de la tierra. Consultado el 23 de junio de 2011. Disponible en: <http://corporacioncontigomujer.blogspot.com/2009/01/la-ablacion-en-las-ninas-embera.html>
- Diario, El Tiempo Marzo 22 de 2007. Disponible en: http://www.eltiempo.com/tiempoimpreso/edicionimpresa/nacion/2007-03-23/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR-3488755.htm
- Chanock, M. (2000) "Culture and Human Rights: Orientalising, Occidentalising and Authenticity", in Mamdani, M., ed., *Beyond Rights Talk and Culture* (New York, St. Martin's Press)
- Ferrajoli, L (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, S.A. Madrid.
- Herrero Herrero, C. (2003) Migración de extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva criminológica. *Actualidad Penal*, nº 9, 2003
- Jaramillo, E. (2007) La mutilación de clítoris a niñas emberas: un debate necesario. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/opinion/1877>
- Kaplan, A. et al (2006) "Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria". En *revista Atención Primaria*, nº 38, 2006.
- Kaplan, A.; López, A. (2010) Mapa de las Mutilación Genitales Femenina. Barcelona. Serveis de Publicacions. España, Universidad Autónoma de Barcelona
- Kymlicka Will. (2007) *Multicultural Odysseys*. Oxford. Oxford University Press
- Laferrière, E. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Vol. II. Paris, 1888. p. 12, citado por la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-038, de fecha 1 de febrero de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Marrugo, N (2009) Las mutilaciones sexuales de las niñas indígenas Embera Chami, el multiculturalismo y los derechos fundamentales. *Revista Justicia Juris*. Volumen 8. Octubre de 2009

- Organización de Naciones Unidas (2006). Sexagésimo primer período de sesiones Tema 60 a) de la lista provisional. Adelanto de la mujer: Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe de Secretario General. 6 de julio de 2006. Disponible en: <http://www.eclac.org/mujer/noticias/paginas/1/27401/InformeSecreGeneral.pdf>
- Pallitto, C (2004) Relationship between intimate partner violence and unintended pregnancy: Analysis of a national sample from Colombia. *International Family Planning Perspectives*, vol. 30, N° 4 (December 2004)
- Potgieter, C. (2005) Gender, culture and rights: challenges and approaches of three Chapter 9 Institutions”, *Gender, Culture and Rights, Agenda Special Focus*, vol. 115
- Raday, F. (2003) *Cultura, religion y género*. I.CON, vol. 1, N° 4
- República de Colombia, Constitución política Colombiana de 1991
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-605/1992
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-154/1996
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-139/1996
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-205/1997
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-598/1977
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1114/2001
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-314/2004
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-654/2004
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-355/2006
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-038/2006
- Silva Bascuñán, A (1997). Tratado de derecho constitucional. Tomo IV, 2ª edición, Ediciones Jurídica, Santiago de Chile
- UNICEF (2004) Hoja de datos: mutilación/excisión genital femenina, disponible en <http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/genitalfemenina.pdf>
- Velasco Juez, C. (2001) “Mutilación genital femenina”. *Mujeres en el África subsahariana. Antropología, literatura, arte y medicina*. Coord. A. Martín y otros. Barcelona, 2001, p. 300.