

**DINÁMICAS, COEXISTENCIA Y ARMONIZACIÓN, ENTRE LA JURISDICCIÓN
ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN TORNO A LA
MUTILACION GENITAL FEMENINA**



**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**

SAAGIA FELAFEL KLINGER MARTINEZ

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de

Magíster en Derecho Procesal Penal

Director

EYDER BOLÍVAR MOJICA

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
Bogotá D.C., Noviembre de 2020**

DINÁMICAS, COEXISTENCIA Y ARMONIZACIÓN, ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN TORNO A LA MUTILACION GENITAL FEMENINA

RESUMEN

La mutilación genital femenina (MGF) es una practica considerada en algunos grupos indígenas como propia de una cosmovisión que los identifica, sin embargo, esta conducta pese a que tiene diversas justificaciones dentro de la comunidad causa múltiples consecuencias que pueden llegar incluso a la muerte. Por eso fue preciso identificar los lineamientos juridico- penales y normatividad vigente que permite conocer si aún existiendo un conflicto de competencias estas dos jurisdicciones pueden lograr una armonia.

Palabras Clave: Indígena, Autonomía, jurisdicción, pueblos , comunidades, cosmovisión, diversidad cultural, competencias, sanción.

ABSTRACT

Female genital mutilation is a practice considered in some indigenous groups as a worldview that identifies them, however, this behavior despite having various justifications within the community causes multiple consequences that can even lead to death. That is why it was necessary to identify the legal-criminal guidelines and current regulations already established that allow us to know if there is still a conflict of powers, these two jurisdictions can achieve harmony.

Key Words: Indigenous, Autonomy, jurisdiction, peoples, communities, worldview, cultural diversity, competences, sanction.

INTRODUCCIÓN

Las mujeres indígenas en Colombia juegan un papel muy importante, ya que representan una riqueza cultural e histórica, sus prácticas hacen que los grupos se perpetúen en el tiempo y sigan constituyéndose como un patrimonio cultural de la Nación (Constitución Política de 1991, art. 72), sin embargo, en el año 2007 se conoció el caso de tres niñas recién nacidas que sufrieron infección luego de ser sometidas a la ablación, lo que puso en evidencia la existencia de esa práctica en la tribu indígena Embera Chamí en Colombia.

La ablación ha sido denominada por los organismos internacionales como Mutilación Genital Femenina (MGF). De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (2020) esta *“comprende todos los procedimientos que, de forma intencional y por motivos no médicos, alteran o lesionan los órganos genitales femeninos”*. Este procedimiento tiene variadas justificaciones en los diversos grupos humanos en los que se practica, desde razones culturales, sexuales-reproductivas hasta ritual de paso a la vida adulta, por lo que en general, es considerado como parte de la diversidad cultural y étnica del grupo tribal.

En Colombia, esta práctica es considerada ancestral, sin embargo, se desconoce el número de mujeres sometidas a la misma pues es *“una conducta correspondiente a una*

práctica ancestral del pueblo Embera Chamí, dentro de su cosmovisión propia” (Corporación Contigo Mujer, 2009).

Este procedimiento cuyo origen no ha sido determinado en Colombia, tiene que ver con costumbres mitológicas, así quedó evidenciado por los profesores Zuluaga y Granada (1997, p. 48), quienes plantean en su artículo lo siguiente:

(...) De acuerdo con la mitología Embera Chamí, el mundo tiene forma de un huevo muy grande, puesto con la parte más aguda hacia arriba. Dentro de este huevo se encuentran las tierras, que son como platos gigantes y redondos, uno puesto sobre el otro. Nosotros vivimos en la tierra que se encuentra en la mitad, es decir, debajo de nosotros existen otras. Cada uno de los mundos tiene su propio dios. El dios de nuestro mundo es Caragabí, dios creador y fundador. El universo, a saber, el conjunto de los mundos, es muy pesado y es por ello que solo Caragabí lo puede sostener en tres dedos de su mano. Caragabí se cansa con cierta periodicidad y entonces pasa el universo a la otra mano, produciéndose, cada vez que esto ocurre, un “temblor de tierra”. Por lo que de acuerdo a lo manifestado por estos autores tanto hombres como mujeres deben colaborar para que no se produzcan ciertos desequilibrios en el mundo, tales como, evitando gritar fuerte, tirar piedras, pero sobre todo, evitar que la mujer se mueva durante la realización del coito; Algunos miembros de la comunidad Chamí manifiestan sobre las razones por las cuales la mujer debe permanecer “quieta” cuando realiza el acto sexual, estos no pudieron dar una explicación, solo limitan a decir “esa es costumbre de comunidad.”¹

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La Mutilación Genital Femenina, se realiza en el grupo indígena Embera Chamí y tiene como fundamento evitar el rechazo por parte de los hombres dentro de la comunidad, prevenir el crecimiento desproporcionado del clítoris, eliminar el origen de excitación buscando con esto asegurar la fidelidad de la mujer en el matrimonio y eliminar el movimiento de la mujer al momento del acto sexual. En materia de las consecuencias, es innegable que se trata de un procedimiento que trae consigo diversos problemas físicos y de salud, los cuales pueden causar esterilidad en la mujer y privándola del pleno goce y ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos (UNICEF, 2004). Dentro de los problemas físicos se presentan sangrados y la pérdida del placer además de los problemas psicológicos que conlleva. Dicha situación abrió el debate en el escenario internacional, y en especial en organizaciones protectoras de DDHH, en cuanto al respeto a la diversidad cultural y étnica del grupo tribal, así como sus prácticas.

Esta práctica también es considerada y resistida por parte de diversos organismos internacionales por ser una violación de los DDHH de las mujeres y niñas sometidas a ella. Algunos de estos organismos y manifiestos abiertamente opositores a sus consecuencias se encuentran: la Declaración Universal de los DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

¹ La ablación del clítoris y su fundamento mítico. En revista de ciencias humanas vol. 4 No. 11 marzo 1997 pp. 48

la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (la cual enfatiza que se deben garantizar leyes que la prohíban) y finalmente la Convención sobre los Derechos del Niño (la cual ha instado por la adopción de medidas tendientes a “*abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños*”) (Organización de las Naciones Unidas, 1989, art. 24.3). Cabe resaltar que este procedimiento ha llegado a ser considerado nocivo y hasta constitutivo de violencia de género.

No obstante, hay quienes defienden la práctica cultural, argumentando de qué se trata de un origen ancestral, el cual está arraigado en tradiciones y costumbres de diversos grupos humanos que la practican. En Colombia las justificaciones de esta práctica, estarían relacionadas con el reconocimiento que hace la Constitución Política de la diversidad socio cultural, siendo la MGF una manifestación de la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

La pregunta de investigación que orientó esta investigación se refiere a si ¿la coexistencia de las jurisdicciones especial indígena y ordinaria constituye una garantía para las mujeres indígenas víctimas de ablación?

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Con la presente investigación se analizará si frente al tema de la mutilación genital femenina hay una coexistencia entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria a fin de proteger los derechos de las víctimas de esta práctica.

En ese sentido, es relevante establecer en qué momento la jurisdicción ordinaria a través de sus mecanismos judiciales e instrumentos jurídico- penales intervienen en las decisiones propias de la jurisdicción Especial Indígena a fin de constituirse como garantía para las mujeres y niñas sometidas a esta práctica.

OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL

Determinar las dinámicas que existen entre las jurisdicciones especial indígena y ordinaria, y cómo esta interacción, resulta ser una garantía para las mujeres indígenas víctimas de la ablación.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

Contextualizar la MGF en términos diferenciales entre la perspectiva de DDHH en el marco de la legislación Penal Colombiana y la diversidad sociocultural en el marco de la cultura indígena.

Establecer los criterios definidos por la Corte Constitucional colombiana para dirimir los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y el sistema jurídico ordinario.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Los métodos que hicieron posible el desarrollo de este trabajo fueron el método analítico, ya que facilitó el reconocimiento de la doctrina propia del tema, así como la jurisprudencia y la norma, tanto en lo nacional como en lo internacional; el método de análisis sistemático, el cual permitió el análisis de las normas derivadas de distintas fuentes con el fin de buscar la reconstrucción coherente de conjuntos normativos como son los del derecho propio indígena en contraste con las normas de la jurisdicción ordinaria, dicho método también permitió la observancia de las sentencias que resuelven los conflictos de competencia entre jurisdicciones, lo cual implica, reconducirlas a principios de justificación comunes, estas decisiones judiciales fueron en asuntos penales, los cuales fueron vitales para la presente investigación, ya que, gracias a ellas se constituyeron parámetros esenciales que permitieron aplicarlos a otros casos que involucraron a miembros de la jurisdicción indígena en lo relativo a la MGF (Courtis, 2016, p. 148); finalmente, es crítica, ya que pone en duda que la jurisdicción indígena y ordinaria sean excluyentes entre sí.

La presente investigación responde a la metodología cualitativa toda vez que a través de una revisión documental se revisó normatividad, jurisprudencia y doctrina. En consecuencia, se enfocó en un análisis jurídico que responde al problema de investigación y planteamiento de objetivos. Objetivos que se ejecutaron en el desarrollo de la investigación y llegaron a unas conclusiones.

1. DINÁMICAS ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN TORNO A LA MUTILACION GENITAL FEMENINA

La ablación es una práctica o ritual que consiste en la extirpación de una parte o de la totalidad de los genitales externos femeninos. En tanto esta aún vigente, la discusión que la circunscribe versa en torno a la pugna entre una visión que reprocha la práctica como violación de los Derechos Humanos de las mujeres y niñas y la postura que la argumenta como parte de costumbres ancestrales que encuentran su reconocimiento constitucional como parte de la autodeterminación de los pueblos indígenas (Estarita, 2010).

Antes de abordar el tratamiento de la ablación genital femenina en el ámbito del derecho penal, es conveniente hacer una aproximación teórica que profundice sobre la dualidad que tensa el puente entre el tratamiento universal que se da a la política internacional en términos de los DDHH y el manejo -si se quiere más local- que atañe al reconocimiento de la diversidad sociocultural en Colombia y que implica la aceptación de prácticas culturales y ancestrales.

En razón de ello, este capítulo hará referencia por una parte a concepciones que presentan alternativas de relación intercultural con pretensiones de universalización para el manejo de unos estándares en la normatividad, confrontados con posturas que

propenden por la defensa de la diversidad y la diferenciación, las cuales finalmente confluyen hacia un mismo entendimiento. La dinámica entre estas posiciones, descubre el tratamiento operativo que el Estado colombiano le da a esta situación, en búsqueda de ofrecer plenas garantías para las mujeres indígenas a quienes les ha sido practicada la ablación.

La postura que se opone de manera más férrea a la ablación, es aquella que la considera como una práctica que menoscaba la dignidad de quienes son víctimas de ella, y en ese sentido es violatoria del mandato universal y holístico de los DDHH. Esta postura se sustenta en autores como Isabela Agatón, quien considera que la vigencia de este tipo de prácticas son una muestra fehaciente de la pervivencia del ejercicio de “dominación, sujeción y sometimiento” hacia las mujeres, lo que se traduce en una discriminación de género. A la luz de este pensamiento, las culturas indígenas que practican la mutilación genital femenina conservan y sustentan rasgos patriarcales de dominio y predominancia sobre la mujer, su sexualidad -y por ende su cuerpo- a través de la defensa de la tradición histórica. No obstante, para Agatón así como para otras corrientes argumentativas incluso cercanas al feminismo, tan solo someter la discusión a la premisa de la tradición es una falacia que nubla la capacidad de analizar esta práctica con la gravedad que repercute tanto a nivel específico para las víctimas (en términos de los efectos irreparables que tiene para sus cuerpos y su mentes), así como a nivel estructural (en términos de la lucha contemporánea por principios de igualdad y dignidad de las mujeres). (Agatón, p. 7, 2009)

Desde esta perspectiva la lucha contra la mutilación genital femenina hace parte de la búsqueda recurrente por transformar las representaciones sociales que persisten en la cultura indígena, así como también en la cultura occidental, y con las cuales “se limita la libertad y la autonomía de las mujeres sobre su cuerpo dado que la cultura continúa delegando en otras y otros el control de la sexualidad” (González, p. 176, 2011). Incluso pueden establecerse similitudes entre principios de la cultura indígena como la “autodeterminación de los pueblos”, con consideraciones de autodeterminación sobre el cuerpo y sobre la sexualidad, sobre los cuales se puede disrumpir con tradiciones como la mutilación genital femenina sin resentir valores propios y más aún contribuir con el bienestar de la comunidad en consonancia con la cosmovisión indígena. La labor de los organismos gubernamentales, al menos en lo que refiere al abordaje inmediato de esta problemática, implica siempre el reconocimiento de unos parámetros mínimos a considerar desde la perspectiva de derechos fundamentales:

En ese sentido la mutilación genital femenina no puede considerarse como una práctica justificada y por tanto lícita amparada en ninguna causa de justificación que canalice de esa manera la diferencia cultural. No cabe pues, apreciar el ejercicio legítimo de un derecho sobre la base del derecho a la libertad ideológica y de creencias de los padres que mutilan a sus hijas menores de edad. (Torres Fernández, p. 14, 2008)

En este escenario, el deber del Estado colombiano como garante de derechos para todos, es reivindicar los derechos de la cultura minoritaria para su protección, pero siempre, buscando afectar en la menor medida posible los derechos de las mayorías. Esto es la aplicación a escala del principio de la prevalencia del bien común sobre el bien particular, donde se entiende la priorización de la mayoría como el *común* y la minoría como el *particular*.

La forma en que esto se aterriza a situaciones concretas como la ablación es un desafío al que Kymlicka (1996, pp. 221-223) denomina “reto del pluralismo cultural”, a sabiendas que en países como Colombia hay una “ciudadanía multicultural” que comparte un mismo territorio y una misma soberanía y en ese sentido, el proceso de estructuración del concepto de justicia implica la confrontación de las libertades del individuo y los derechos de grupo de las minorías nacionales, entendidos bajo el manto de cobertura de instancias internacionales que dictan unos marcos generales bajo los cuales es inmanente atenerse.

Según este autor, los grupos minoritarios buscan mantener su cultura por lo que reclaman espacio y libertad para desarrollar sus costumbres ancestrales y así desenvolverse con autonomía, aunque los procesos de globalización en que se han visto inmersos han logrado modificar su estilo de vida y resentir así, dicha autodeterminación. Por lo tanto, estas culturas minoritarias aspiran que les sea devuelto tanto su territorio como ganar espacio de poder político y de esta manera ejercer el gobierno de sí mismos.

Según la *teoría liberal de los derechos de las minorías*, Kymlicka (1996, pp. 221-223) aduce que el Estado, consciente de la disparidad cultural, otorga derechos a las minorías, pero desde los criterios heredados del liberalismo occidental, dando margen para que puedan desenvolverse con relativa libertad y autodeterminación, al tiempo que se les impone obligaciones dentro del ámbito de respeto por los valores occidentales. Dicho de otro modo, se limita el principio de autodeterminación dentro de cánones internacionales, connotando así la inferioridad jerárquica de las costumbres nativas o ancestrales.

Siguiendo este razonamiento, las comunidades indígenas -como cultura minoritaria en el espectro multicultural colombiano- deberán, a su turno, sujetarse al reconocimiento de las garantías individuales y libertades que les confiere el Estado incluso si dicho sometimiento implica reestructurar sus costumbres ancestrales. Siendo así, la autodeterminación siempre encontrara limite en aquello que la cultura occidental considere que resulta aceptable², con lo cual, desde luego, la diversidad cultural también encuentra una frontera. La ilusión de las libertades pretendidas se difumina finalmente por la influencia de preceptos occidentales, los cuales resultan siendo aprehendidos externamente.

No obstante, el proceso de intervención de prácticas como la ablación no debe ser abruptamente invasivo, sino que debe responder a dinámicas y enfoques de acoplamiento que reconozcan el origen de las costumbres y su valor endógeno según la cosmovisión indígena particular, a pesar que su comportamiento no contemple aspectos de la cultura liberal. No es una cuestión sobre imponer, sino, sobre visibilizar las situaciones que serían injustas de soportar para cualquier persona, pertenezca o no a grupo cultural, y enseñando los problemas para la salud y el desarrollo no solo como mujer, sino, como ser humano que enfrentaría la mujer sometida a dicha práctica. (Kymlicka, 1996, pp. 163, 168 y 221).

² Lo cual tiene a su vez consideraciones tanto morales como jurisprudenciales en términos de la consolidación de una moral colectiva y la pena sobre lo que la contraviene. Dicho proceso amerita un ejercicio investigativo profundo, pero no es la razón de ser de este escrito, razón por lo cual se sirve únicamente de enunciarlo.

Por consiguiente, los derechos colectivos de la minoría en el marco de su territorio y gobierno deben cohabitar con los derechos de todas las demás personas. La supresión de los derechos colectivos de estos grupos no es el mecanismo idóneo para responder a las prácticas no aceptadas por el grupo mayoritario. El dialogo se presenta, como el camino para que se conozcan las ventajas de acoger los derechos y libertades de manera paulatina con el apoyo de herramientas que sean suministradas para la adopción de derechos liberales de manera progresiva. El apremio con que esto se lleve a cabo estará sujeto a varios aspectos, entre ellos, por ejemplo, la violación de los derechos, el nivel de aceptación al interior del grupo, las limitaciones y la oportunidad de abandonar el grupo, entre otros.

Kymlicka (1996) subraya que, en un escenario como este, no es aceptable la aplicación restrictiva de la fuerza sobre estas comunidades por parte del Estado en representación de la sociedad mayoritaria, porque existe un vacío de legitimidad en tal acto pese a que las políticas del otro sean consideradas injustas, pues debe apreciarse la posibilidad de afectar una cultura minoritaria (pp. 167-169).

Partiendo desde otra orilla de análisis, hay una visión contra hegemónica de los DDHH, en la cual es imperante desligarlos de sus concepciones políticas para una interacción e intercambio cultural a través de diálogos interculturales denominados “hermenéutica diatópica”. Esto implica el precepto del cual toda cultura es susceptible de aprendizaje constante en la medida que ninguna está perfectamente acabada y cada cual tiene cosmovisiones diferentes y concepciones variadas acerca de la verdad. El abordaje es distinto en la medida que, bajo este análisis, los DDHH no se asumen como un discurso que se ejerce verticalmente desde una concepción occidental, sino que se democratiza su razón de ser y se ponen en una correlación horizontal y de doble vía entre culturas mayoritaria y minoritaria, donde ambas pueden aprender partiendo de la experiencia de la otra (Santos, 2002 pp. 59 -62).

Dichos diálogos interculturales, se orientan a propiciar en la mayor medida posible, un conocimiento mutuo que les permite saberse incompletas, de manera que este entendimiento multicultural en materia de DDHH, permitirá que los dialogantes asuman que sus verdades no son las únicas y en ese sentido se cuestionen sobre sus preceptos. Sobre la base de ese cuestionamiento interno, se cimienta y se posibilita una política conjunta de DDHH. (Santos, 2002 pp. 69-70).

Por lo anterior, pensar en la universalidad es poco probable, aun partiendo de la referencia de culturas incompletas, donde se puede considerar que los DDHH tienen un origen local determinado por las necesidades y el reconocimiento de *sí*, fundado comparativamente en los *otros*. La importancia del aporte de este autor a la discusión, radica en ultimas, en la idea de conferirle el mismo valor a los DDHH vistos desde la perspectiva occidental y la visión de otras culturas, por lo que el dialogo y la interacción entre estas se realiza en condiciones iguales y con fundamento en reconocimientos recíprocos, partiendo de conocimientos disimiles y procesos de producción de ese conocimiento también diferentes, pero en ultimas de construcción eminentemente social.

Este conocimiento estimula la disposición para realizar concesiones recíprocas estableciendo necesidades de cada cultura.

En este razonamiento se otorga el mismo nivel de importancia a los derechos humanos y a las libertades de occidente, que a las concepciones y cosmogonías de culturas minoritarias y contra hegemónicas, con lo cual controvierte la universalidad y jerarquización de posturas descritas previamente. Además, se le confiere mayor valor a la diversidad y sus construcciones históricas, de manera que la política derechos humanos partiría del dialogo intercultural entre culturas consideradas como iguales. Si bien este autor no trata el tema de la MGF, resulta útil conocer su perspectiva de cara a los derechos humanos.

Otras posturas intermedias señalan que lo más óptimo, es que las culturas minoritarias realicen la adopción de la concepción de los derechos humanos a través de su propia simbología e instituciones para hacerlo de una manera más amigable, en una especie de “traducción intercultural”. Este proceso se trata de la inclusión de los derechos humanos dentro de la baraja de aspectos culturales de las minorías, buscando que sean comprendidos para generar con ello la convicción que se trata de “creencias compartidas”, para conseguir la adaptación de la significación de los derechos humanos a las principales instituciones del grupo. En este escenario, las propias instituciones indígenas adaptarían a sus prácticas el lenguaje de DDHH, extendiéndolo finalmente a todos los miembros y particularmente a sus mujeres y parteras que son las encargadas de la ablación. En últimas, a través del dialogo se realiza un “trasplante” de los derechos humanos al lenguaje y estructura del grupo minoritario (Engle, 2010 pp. 238-239).

Por lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que, el lugar común de las visiones teóricas anteriormente expuestas acerca de la forma en que deben abordarse las culturas minoritarias desde la perspectiva de los derechos humanos, es la no imposición de otra concepción ideológica. Más aún, el dialogo intercultural se muestra como el mecanismo de acercamiento idóneo para una comunicación efectiva, que resulte en la interiorización de derechos liberales en un proceso recíproco, respetuoso de valores ancestrales, pero adaptado las necesidades del ahora, que implican la diversificación en la garantía contra la discriminación, la violencia de género, la protección a la niñez y la vida digna.

La dinámica entre las jurisdicciones especial indígena y la ordinaria en términos de la ablación, ha puesto en evidencia una vez más, que incluso los saberes ancestrales son susceptibles al cambio y a la modernidad, así como los estándares internacionales y los marcos normativos de los regímenes democráticos, se refundan a partir del reconocimiento de la diversidad sociocultural y la riqueza ancestral de los pueblos.

Con el objetivo de profundizar en el manejo específico que ambas jurisdicciones dan al tema, en el siguiente capítulo se esbozara un contexto de cada una de ellas respecto a la ablación, para así, brindar un panorama más concluyente respecto a las afirmaciones de la Corte Constitucional frente al tema.

2. LA MUTILACION GENITAL FEMENINA EN CONTEXTO: DIFERENCIAS ENTRE LA PERSPECTIVA DE DDHH EN EL MARCO DE LA LEGISLACION

PENAL COLOMBIANA Y LA DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL EN EL MARCO DE LA CULTURA INDIGENA

Con el fin de contextualizar la discusión que origina la práctica de la ablación, es conveniente repasar primeramente las declaraciones que organismos internacionales han otorgado al respecto, para así focalizar la situación en Colombia y compararla con el manejo que se da desde la jurisdicción indígena.

2.1. CENSURA DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

De los diversos organismos internacionales que han censurado esta práctica, uno de los primeros en pronunciarse fue la Organización de las Naciones Unidas, ONU a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en donde se consagró en cinco artículos lo que constituye la base para condenar la MGF al considerarla una práctica discriminatoria contra las niñas y mujeres, que atenta contra el goce de sus derechos fundamentales. Dichos artículos son el art. 2 (referido a la discriminación), el art. 3 (respecto del derecho a la vida), el art. 5 (relativo al trato cruel, inhumano o degradante), el art. 12 (que hace referencia a la privacidad) y el art. 25 (que menciona el derecho a un nivel de vida adecuado e incluye la asistencia médica y la protección de la maternidad).

Posteriormente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), en su art. 21 crea el Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (1979); dicho órgano tiene como función efectuar recomendaciones encaminadas a proteger los derechos de las mujeres. Por ejemplo, la Recomendación General No. 14 de 1990 trata sobre la circuncisión femenina y solicita que los Estados partes, ejecuten mecanismos eficaces y apropiados para erradicar la MGF, que se recojan y sistematicen datos básicos sobre esa práctica y que se apoyen en las organizaciones de mujeres que buscan su eliminación.

Por su parte, UNICEF (2007) considera que la MGF, entraña una violación de los derechos humanos de las niñas y mujeres pues afecta su integridad física, mental y en algunos casos su vida, además del derecho que tienen a vivir sin violencia y discriminación. De manera similar, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reprueban la discriminación originada en el sexo, al tiempo que se reconoce como un derecho universal el de salud física y mental en el mayor nivel posible (art. 12).

También la Convención sobre los Derechos del Niño, ha propugnado por la protección contra cualquier abuso o perjuicio, e insta a los miembros para que “no se someta a los niños a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 37a), además demandó la adopción de medidas para “abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños (art. 24.3)”.

En 2008, el Fondo de Población de las Naciones Unidas en Colombia – UNFPA y UNICEF (2017) adelantaron un programa conjunto, que busca erradicar la ablación en 2030 en todo el mundo. En el 2012, la Asamblea General de Naciones Unidas (2012) aprobó la Resolución 67/146 en la que condena la MGF y solicita a los Estados miembros establecer

medidas educativas y de castigo para frenarla, urgiéndolos para que adopten todos los correctivos necesarios incluso a través de leyes que la prohíban, con la finalidad de brindar protección a las mujeres y niñas de "cualquier forma de violencia", bajo el entendido que comporta una vulneración de sus derechos.

Se puede decirse entonces, que los organismo internacionales y multilaterales han sido unánimes en su postura contra la MGF, considerándola nociva y hasta constitutiva de violencia de género, por entrañar una violación a los derechos humanos de mujeres y niñas de muchas partes del mundo, frente a lo cual, Colombia se ha sintonizado formando parte de los instrumentos internacionales que buscan su erradicación. Tan es así, que el fondo UNFPA, ha unido esfuerzos con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Salud y Protección Social y organizaciones indígenas para adelantar la sensibilización respecto del daño que causa a las mujeres (ONIC, 2018).

2.2. LA SITUACIÓN EN COLOMBIA

En lo que atañe al ámbito colombiano, a partir de lo señalado en el art. 93 de la Constitución, en Colombia se reconoce la incorporación al ordenamiento jurídico interno de los tratados y convenios internacionales referidos a derechos humanos, que bajo este entendido forman parte del bloque de constitucionalidad, con lo cual es claro, que ostentan la misma jerarquía que la Constitución y además no son susceptibles de ser suspendidos, ni siquiera en estados de excepción.

Adicionalmente los derechos contemplados en la Constitución y los tratados internacionales, no corresponden a una lista exhaustiva en materia de derechos humanos, por ello, es posible tener en cuenta otros, que son inherentes a la dignidad humana.

En diferentes pronunciamientos, la Corte Constitucional, ha indicado que los derechos de las comunidades indígenas se han desarrollado a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en el Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Corte Constitucional, Sentencias T-704 de 2006; T-514 de 2009; T-376 de 2012 y C-463 de 2014).

Ahora bien, los instrumentos internacionales como son la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, fueron ratificados por el Estado colombiano.

Vistas, así las cosas, y más allá de la discusión entre los derechos a la diversidad cultural de los pueblos indígenas y la vulneración de los derechos humanos de las mujeres y niñas de estos grupos, resulta claro, que el Estado como consecuencia de los diversos tratados suscritos y ratificados, en materia de DDHH, y en particular aquellos que pretenden la eliminación de todas las formas de violencia en contra de la mujer, y la garantía de una vida libre de violencia; ha asumido compromisos originados en los tratados sobre derechos humanos que ha ratificado el país, en virtud de los cuales, debe adoptar medidas que permitan

implementar mecanismos para erradicar dicha práctica ancestral, que forma parte de la identidad cultural del pueblo Embera y observando nuestros propios estándares culturales, lo claro es que, el consenso a nivel mundial apunta a eliminar dicha práctica.

Es preciso señalar que, en las normas constitucionales, la Carta Política de 1991, introdujo dos conceptos que son pertinentes aclarar: diversidad sociocultural y jurisdicción especial indígena, establecidas respectivamente en las siguientes normas (art. 7), donde se reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación. Por su parte, el art. 246 de la Constitución, estableció la Jurisdicción Indígena como una jurisdicción especial, que puede elaborar sus propias normas y procedimientos, con lo cual se le reconoce la autonomía en el campo jurisdiccional y legislativo.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional, ha definido el concepto y el contenido de estas dos figuras, e indicó respecto al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución, lo siguiente:

Supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural (Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993).

Por su otra parte, la consagración legislativa de la jurisdicción indígena, se plantea en la ley Estatutaria de la Administración de Justicia - Ley 270 de 1996 reformada por la Ley 1285 de 2009, que en su art. 12, señala dentro de las jurisdicciones que existen en Colombia, la jurisdicción especial indígena.

La sentencia C-139 de 1996, determinó el alcance de la jurisdicción indígena, así:

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 dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional (Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996).

Ahora bien, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, debe sumarse la garantía de la protección de todas personas residentes en Colombia frente a sus creencias y demás derechos y libertades (art. 2 de la C. N.). Se resalta dicha protección referida a los grupos étnicos, entre los cuales se encuentran los indígenas al señalar que se garantiza “el respeto y desarrollo de su identidad cultural”, en su formación educativa, ello concebido como un derecho (art. 68 C.N.).

No obstante, la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, se ven reflejados en sus leyes y costumbres, sin embargo, los mismos no pueden considerarse absolutos, ya que no pueden ir en contravía de la Constitución y la ley, como lo ha señalado

la Corte Constitucional, ya que las comunidades indígenas no forman una entidad pública ajena a la organización del Estado, en virtud de la unidad nacional, también indico este Tribunal, que existen unas limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena, que hacen parte de un “consenso intercultural” referidos a principios del “ius cogens” y a la facultad de adoptar castigos al interior de estos grupos (Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012).

Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, emitió la Resolución No. 3622 de 2007 por la cual “se aprueba el Marco General, orientaciones de Política Pública y Lineamientos de Atención Diferenciada en Materia de Familia, Infancia y Adolescencia en Grupos Étnicos de Colombia”, en la que reconoce las facultades que tienen las autoridades indígenas, así:

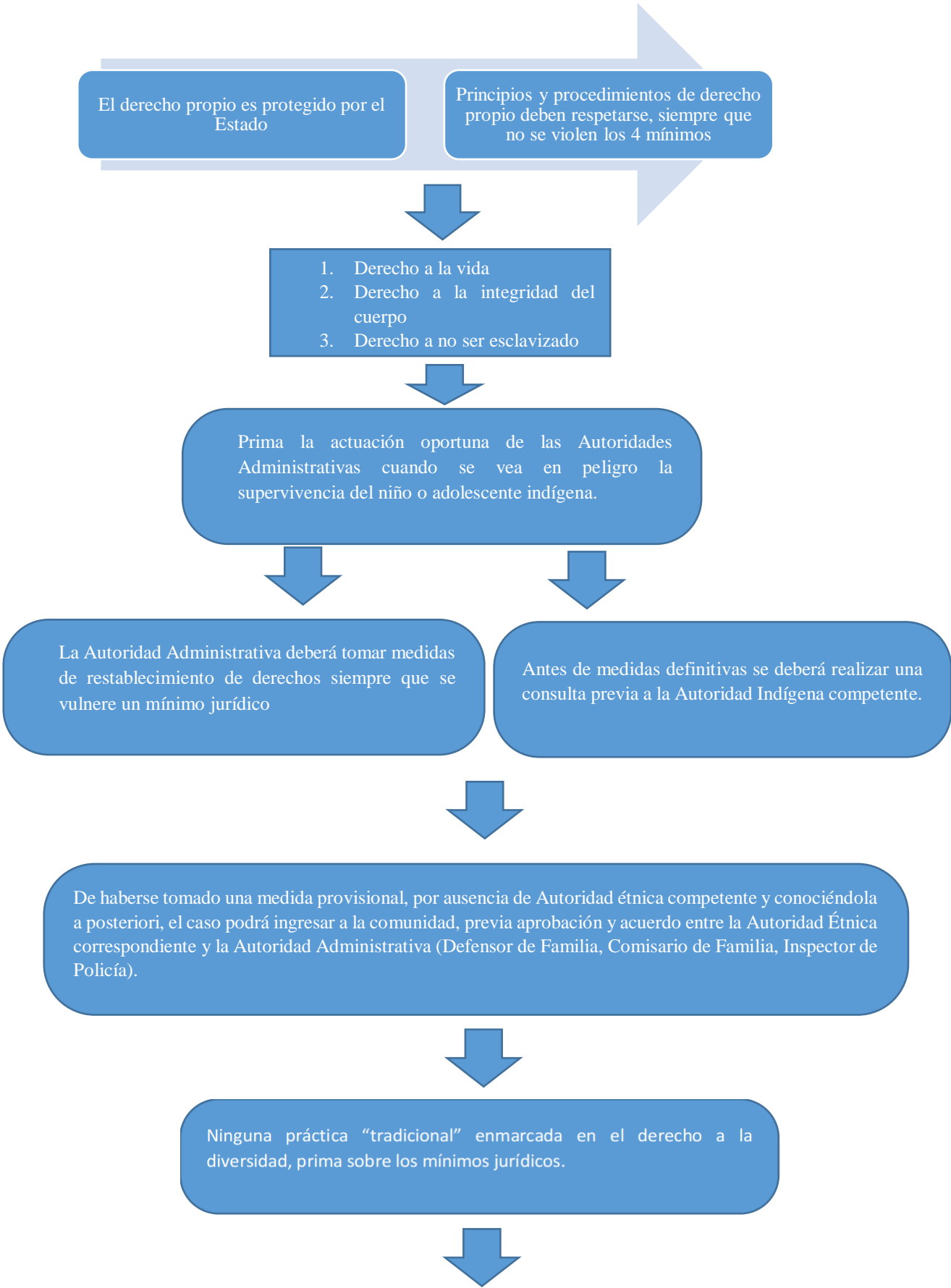
Las Autoridades Indígenas tienen tres facultades en correspondencia con la jurisdicción especial: la facultad de conocer (notio) los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia le corresponden; ello presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones; la competencia para resolver (iudicium) los asuntos sometidos a su consideración y, finalmente; el imperio (imperium) potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales (ICBF, 2007).

Las expresiones latinas Notio, iudicium e imperium, son elementos del termino jurisdicción, entendido como el poder de administrar justicia, el primero hace referencia a la aptitud que tiene el juez para conocer de determinado asunto, de acuerdo con la competencia definida en la ley, el segundo a la potestad que le otorga la ley al juez para dictar una sentencia y el último, como el poder que tiene el juez para hacer cumplir la sentencia.

Adicionalmente, en dicha Resolución se precisa que la jurisdicción indígena debe ser reconocida como tal y que estos elementos forman parte de ella (ICBF, 2007). De similar forma, que los Defensores de Familia deben tener en cuenta aspectos particulares con relación a la competencia de esa jurisdicción, como:

i. La competencia a nivel jurisdiccional de las autoridades indígenas, ii. La constitucionalidad de normas, medidas e intervenciones concretas, iii. El respeto por los derechos fundamentales del sujeto colectivo a veces en tensión con derechos de carácter individual y iv. La validez y legalidad de las decisiones (ICBF, 2007).

También se establece en dicho acto administrativo unos lineamientos para la actuación de los Defensores de Familia, Comisario de Familia o el Inspector de Policía, en los siguientes términos:



Cuando el caso se traslade a la Jurisdicción Especial Indígena o a una comunidad afro, raizal o rom, se podrá concertar un proceso de acompañamiento por parte del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría de Familia, Comisaría de Familia o Inspección de Policía para contribuir a garantizar el restablecimiento pleno de los derechos del niño, niña o adolescente indígena.



Si se encuentra una práctica ritual, higiénica, o sancionatoria infractora de un mínimo jurídico este hecho debe evidenciarse como un grave conflicto entre el Estado (que la prohíbe) y un grupo étnico (que la ratifica como propia y le da un significado).

Con ello resulta claro, que se reconoce la existencia de una jurisdicción indígena producto de la diversidad, con autonomía para dictar sus propias normas, autonomía que no resulta absoluta, por el contrario, tiene unos límites que atañen a la integridad personal, a la libertad y al debido proceso en los asuntos que conozcan, al tiempo que se genera la obligación para las autoridades de bienestar familiar de intervenir cuando se encuentre comprometida la vida de un niño, niña o adolescente, adoptando decisiones que busquen restablecer los derechos afectados ante la mínima afectación.

Se evidencia bajo este procedimiento, que cuando se trate de adoptar una decisión definitiva, debe el funcionario consultar a la autoridad indígena correspondiente, incluso desde el momento en que se adopte una medida provisional, debe establecerse este contacto para determinar, si el caso puede ser tratado por el grupo, en cuyo caso puede ser asumido por este, con lo cual se busca que la decisión no se convierta en arbitraria para el colectivo indígena y de esta manera integrar las leyes mayoritarias con las del grupo, dando prioridad a este último, en la adopción de medidas para solucionar la circunstancia que afecta a un menor, brindando siempre un proceso de acompañamiento buscando que al caso se le dé el tratamiento acordado y prestar la ayuda que se requiera.

Como se puede apreciar en el ámbito administrativo, el ICBF desde el año 2007 había adoptado medidas pertinentes para la atención diferenciada a grupos étnicos en lo atinente a la infancia y adolescencia, en donde se indicaba que ninguna práctica o ritual que atente contra el mínimo de derechos de los niños, niñas o adolescentes pertenecientes al grupo, aunque se encuentre amparada en la diversidad cultural del mismo, podía tener prevalencia sobre los derechos reconocidos a estos menores, ello implicaría que prácticas tradicionales como la MGF, por ser violatoria de derechos de las mujeres y niñas deberían ser eliminadas, no siendo posible justificarlas o legitimarlas en su arraigo cultural, ni tampoco por la vía de la diversidad socio-cultural (ICBF, Resolución 3622 de 2007). Se entiende

entonces que tal diversidad, está sometida a los límites que imponen los derechos humanos de mujeres y niñas.

2.2.1. LAS LESIONES Y LA MUERTE DE CARA A LA MGF EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA

Es necesario contextualizar, cómo la MGF podría encuadrarse en los tipos penales establecidos en el régimen penal en Colombia, tal como se realizará a continuación.

En primer lugar, la legislación penal colombiana tipifica el delito de lesiones personales cuando se causa daño físico o en la salud de una persona, consagrándose así: “Art. 111. Lesiones. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.” En este caso la legislación penal sanciona la conducta de la persona que causa, bien sea un daño que afecte físicamente o le genere problemas de salud, a otra.

Además, la MGF bajo la legislación penal puede ser considerada como un daño en el cuerpo de la víctima que afecta su salud, que en muchos casos pone en riesgo su vida y que le ocasiona problemas físicos que le impiden a la mujer el pleno ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, ya que puede llegar incluso a causar esterilidad.

Pero también el daño puede consistir o traer como consecuencia una incapacidad para trabajar o enfermedad entre 1 y 90 días, así:

Art. 112. Incapacidad para trabajar o enfermedad. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años. (...) Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) Si pasare de noventa (90) días, la pena será de dos (2) a cinco (5) años de prisión y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si el procedimiento de la MGF genera, bien sea una enfermedad relacionada y/o incapacidad para trabajar entre 1 y 90 días, quien la realice está expuesto a la imposición de la pena consagrada en este artículo.

Así mismo se sanciona el comportamiento que ocasiona una deformidad física transitoria o permanente, como se indica a continuación:

Art. 113. Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) Si fuere permanente, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

Debido a que la MGF no genera una deformidad física transitoria, sino una deformidad física permanente del órgano reproductivo femenino, la pena aplicable correspondería entre 2 a 7 años y la multa correspondiente.

De similar manera, se encuentra penada la perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, así:

Art. 114. Perturbación funcional. Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a ocho (8) años de prisión y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La MGF le ocasiona problemas físicos a la mujer, que van más allá de una perturbación funcional transitoria de su órgano reproductor, por lo cual, esta norma no se aplicaría en ese caso.

Igualmente se sanciona la perturbación psíquica transitoria, como se indica a continuación:

Art. 115. Perturbación psíquica. Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a nueve (9) años de prisión y multa de veintisiete (27) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La MGF puede generar una perturbación psíquica que está lejos de ser transitoria, si se tiene en cuenta los problemas físicos que le ocasiona a la mujer, por lo que quien lleve a cabo el procedimiento, no se verá inmerso en esta conducta.

Así mismo se encuentra penada la perdida anatómica de un órgano o miembro, de la siguiente manera:

Art. 116. Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de seis (6) a diez (10) años de prisión y multa de veinticinco (25) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.

La MGF le ocasiona problemas físicos a la mujer que le privan del disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos ya que llega a causar esterilidad, delito al que se vería enfrentado el que lleve a cabo dicho procedimiento, dada la perdida anatómica o funcional del órgano reproductor femenino.

En virtud de lo anteriormente enunciado, quien realice la MGF podría verse inmerso en varias conductas punibles al tiempo; para resolver esa situación el Legislador estableció el criterio de la “unidad punitiva” de conformidad con el cual, si se tienen varios de los resultados previstos en los artículos citados, solo se aplicará la pena que corresponda al punible de mayor gravedad, así se encuentra previsto en el art. 117 del Código Penal: “Unidad punitiva. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad”.

Recientemente, la legislación penal se ocupó de sancionar la mutilación genital, en la Ley de Femicidio (Ley 1761 de 2015) al contemplarla como una circunstancia de

agravación punitiva del feminicidio en su artículo 3º, así: “f) Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.” Como puede apreciarse cuando el feminicidio ocurre como consecuencia de la MGF, la conducta se encuentra sancionada. En tal caso, es evidente que la legislación nacional considera que la mutilación genital atenta contra los derechos de las mujeres y se aplica en los casos contemplados en dicha norma.

Lo anterior evidencia, que existen normas en la legislación ordinaria bajo las cuales es posible sancionar la MGF, cuando quiera que su práctica ocasiona una lesión y puede llegar a causar la muerte. Vale la pena trazar la misma ruta para el caso de la jurisdicción indígena y por esa vía, el siguiente capítulo realizará el mismo análisis en relación con el derecho que les compete.

2.3. TRATAMIENTO QUE DESDE EL DERECHO PROPIO LA JURISDICCIÓN INDÍGENA DA A LA PRÁCTICA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

En lo que tiene que ver con la caracterización del pueblo indígena, el autor Gómez (2014, p. 64) en el acápite de oralidad y la justicia, señala que los pueblos indígenas conocen el significado de “derecho indígena”, sin embargo, utilizan otras acepciones para referirse a él como “derecho propio” es el caso de los Guambianos y los Nasa (derecho propio o interno), y se trata de un derecho que les pertenece por tratarse de concepciones propias a nivel cultural; y lo conciben así, a pesar que muchas sanciones no son originarias de su cultura, y fueron heredadas de la época colonial como el cepo, el fuste o el trabajo forzado. Esta es una afirmación de la cultura, que les permite ejercer una justicia que llaman propia y distinta de la del Estado y cuenta con autonomía política también, para realizarla sin la influencia del Estado.

Otros pueblos como los Kogi, Ikus, Wiwas, Cubeos, Tucano, Tule, Bora, Sicuani, Desano, entre otros, llaman a este derecho propio como “ley de origen o derecho mayor”, con lo que buscan significar que se trata de leyes que siempre han existido. Por su parte, pueblos de la Amazonia y la Orinoquía, lo definen como “ley de origen o leyes de la Madre Tierra”, para identificarlas como leyes de la naturaleza y forman parte de sus relaciones.

A pesar de las diferentes concepciones antes vistas y las acepciones culturales, estos pueblos tienen en común, que sus formas de justicia son orales. La oralidad posibilita que la justicia indígena de los diferentes grupos a través de la lengua hablada socialmente, traten las situaciones que se presentan, con lo cual se exalta la sociedad y la contribución en la vida comunitaria, que es la base de la justicia indígena.

Para ellos, lo que más interesa es el ideal de permanecer juntos antes que la defensa de sus normas o la sanción por su transgresión, lo que se evidencia de la comunicación y participación, ya que sus relaciones se basan en la obligación de permanecer juntos y tratar de que el transgresor se reintegre al entorno cultural, acudiendo a los conocimientos y tradiciones en los espacios de los juicios. Esto va estructurando la tradición oral que orienta la vida de la comunidad, para las presentes y futuras generaciones (Gómez, 2014, p. 64).

La reintegración al entorno del transgresor, es la principal intención del grupo, teniendo en cuenta que, sanciones que impliquen separaciones o privaciones de la libertad durante un largo tiempo y que alejen a la persona del colectivo, no forma parte de la tradición en las justicias de estos grupos. Han llegado a incorporar esta privación de la libertad dentro de sus costumbres, a consecuencia de la sujeción a las leyes estatales. La prelación que se da a la reintegración sobre la disgregación, es evitar que en el agresor y la comunidad se pierda el interés en la vida en comunidad. En el escenario de comunidad indígena frente a un infractor, se presenta un rechazo y al tiempo una actitud de comprensión de cara a la trasgresión cultural y la solución o sanción que comporta una pronta reintegración a la comunidad, todo ello muestra una justicia “dialogada, intersubjetiva y plurigestionada diferente a la ley escrita” (Gómez, 2014, p. 64).

En la justicia indígena, el hecho se edifica a través del lenguaje hablado para interpretarlo, debatirlo y tratarlo de acuerdo con otros sucesos de la tradición oral, mientras que el hecho en el derecho estatal, es asignado a la construcción, interpretación y sanción con sujeción a un código escrito (Gómez, 2014, p. 65).

En lo que tiene que ver con la justicia indígena, como se advierte, tiene un ordenamiento en el que se privilegia la tradición oral, por lo que es extraño encontrar normas escritas y mucho menos cuerpos normativos escritos codificados.

Al tratarse de un sistema tradicional y ante la necesidad de establecer las normas de convivencia, se originó el Reglamento regional del Chocó para ejercer control en los territorios indígenas, denominada Organización regional Embera Wounaan - Orewa, en 1998 y se trata de un documento que contiene las normas que rigen a las comunidades indígenas del Chocó, para dar a conocer el sistema de gobierno y justicia de esas comunidades (Departamento del Chocó, 1998).

En este reglamento se precisa, como partiendo de la relación que tienen los pueblos indígenas con su entorno: el medio ambiente que los rodea como las montañas, los animales, las plantas, los ríos, desde allí construyen su conocimiento y sistema de creencias, ello genera los principios y normas sobre las que orientan su vivir. Ese sistema de creencias, se ha ido transmitiendo por tradición oral de padres a hijos y de ancianos a jóvenes e hijos y es lo que ellos llaman “derecho interno” y además “tradicional” que refleja las experiencias vividas. (Departamento del Chocó, 1998, p. 3).

En el mismo documento, se indica cómo la justicia parte de la necesidad de resolver los conflictos al interior de las comunidades, sujetándose a dicho reglamento como mecanismo de respeto para la cultura y así fortalecer la organización. Es muy interesante observar, que no se trata de normas en las que la motivación principal sea el castigo, o la venganza; sino, que el elemento fundamental, es precisamente la cultura y el grupo humano, como organización.

Continúa señalando el Reglamento, que entre los problemas que se busca solucionar, están los que catalogan como sociales, que son aquellos relativos a las relaciones entre personas y su sistema de solución es denominado castigo, entre dichos problemas se encuentran “el chisme, el robo, pelea de marido y mujer, gateo de mujer ajena, el abandono

de la mujer embarazada o con hijos, la bigamia, la infidelidad, la violación, el aborto, el daño provocado a otro por un animal, problemas de linderos, las amenazas y peleas”. En lo que tiene que ver con los niños, se tiene consagrado el maltrato a los niños, como se indica a continuación: “Maltrato a los niños: Los padres o adultos que maltraten a los hijos o entenados se castigarán con 15 días de trabajo, pero si continúan con el maltrato se les castigará por un año (Departamento del Chocó, 1998, p. 8).

También se sancionan los problemas de peleas y heridas, así:

Heridas: Se debe hacer pagar la curación y los días que deje de trabajar la persona a causa de la herida. El Cabildo local sólo debe atender las heridas pequeñas, o sea que no pongan en peligro la vida de la persona.

CASTIGO: De 10 días a 1 mes de trabajo en el día y en la noche duerme en el calabozo. Si no tiene dinero para pagar, entonces debe adelantar el trabajo en la finca del herido, todo esto con la vigilancia de los alguaciles. (Departamento del Chocó, 1998, p. 10).

De la siguiente manera sancionan la muerte:

Muerte intencional: Se dan cuando son planeadas. CASTIGO: 20 Años.

Muerte por venganza: Si el muerto era una persona con malos antecedentes, y causó mucho daño con su comportamiento a la familia del que comete la muerte, y la persona que lo hace, no tiene malos antecedentes. CASTIGO: 5 a 10 años (Departamento del Chocó, 1998, p. 12).

Puede verse, que las conductas sancionadas, corresponden a las dinámicas del grupo indígena, pero que, a pesar de ello, encuentran similitudes con la legislación penal colombiana. Si bien, en este derecho indígena se encuentran faltas en contra de las “relaciones entre personas”, allí advertimos conductas que en nuestra legislación responderían a bienes jurídicos como el patrimonio, la integridad personal, la integridad sexual, etc. A su turno, en aquellas conductas que se refieren concretamente a los niños, lo cual se alinea con el derecho mayoritario, en cuanto a los derechos prevalentes de los menores y el reconocimiento de que se trata de sujetos en una situación especial de vulnerabilidad, requieren por ello, una protección especial y reforzada.

La Asociación de cabildos indígenas de Risaralda, ACIR, (2012) en el plan para salvaguardar a los Emberas Chamí, hace un análisis de las características culturales, sociales y de gobernabilidad de los grupos indígenas de ese departamento, en su justicia propia resuelven problemas relacionados con linderos, maltrato a la mujer, violaciones, drogadicción, amenazas, chismes, homicidio y en algunos casos, violencia intrafamiliar. En este orden de ideas y como puede apreciarse, no se contempla una sanción para la MGF.

Luego de analizar el derecho indígena, es claro que no se encuentra sancionada expresamente al interior de las comunidades indígenas la práctica de la MGF, esto es, a pesar de que se han producido manifestaciones que prohíben la MGF en este grupo indígena como se verá enseguida, ello no se reflejó en este derecho compilado.

2.3.1. ¿LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA GARANTIZA LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LA MGF?

En el 2009, la Corte Constitucional emitió el Auto 004 de 2009, en donde señaló que el pueblo Embera se encontraba en riesgo de la extinción no solo física sino cultural, por lo que ordenó que el Estado actuara para mitigar esos riesgos, con ocasión de lo cual diseñó y ejecutó el Proyecto Embera Wera, como plan para salvaguardarla.

Hernández (2015) hace un análisis de los resultados de dicho proyecto, dentro de las conclusiones se indica que hay una creencia con relación a la práctica de la Ablación, según la cual, la mayoría de hombres y mujeres indican que no se puede llevar a cabo como ellos la llaman: “curación”, porque hay una “ley que lo prohíbe y que conlleva ser encarcelado”; también señaló que esta práctica se continúa realizando en algunas veredas. Con ello queda claro, que cuentan con el conocimiento al interior del grupo indígena, acerca de la normativa que prohíbe la práctica de la MGF y que tiene una sanción privativa de la libertad para el que la realice, sin embargo, de similar manera, se observa que este saber, no erradicó su práctica.

Sumado a lo anterior, se concluyó en este trabajo que para algunos de los indígenas ya no es un procedimiento que cura sino una práctica que además de discriminatoria atenta contra los derechos de las niñas y ocasiona la muerte. Sin embargo, en las mujeres se observan dudas todavía frente a la necesidad de realizar este procedimiento desde la cultura Chamí, en aspectos como el crecimiento del clítoris a un tamaño similar al del pene sino se realiza el procedimiento “curación” y de igual manera la incidencia en la infidelidad de la mujer.

El Fondo de Población de las Naciones Unidas - UNFPA y la Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC, en compañía de otras autoridades, viene trabajando en orden a cumplir con los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible, donde se incluye lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y de las niñas, con miras a lograr acabar con las prácticas nocivas para la salud y la vida de las niñas y mujeres, se viene brindando acompañamiento en los procesos que lleva a cabo el pueblo Embera de reflexión y diálogo intercultural, en el que se pretende que se reconozca la práctica de la MGF como nociva y su visibilización como violencia de género (ONIC, 2018).

Lo anterior significa, que hay una preocupación porque los procesos de eliminación de esta práctica, no sean impuestos, sino que estén acompañados de lo que se han denominado diálogos interculturales, en los que estos grupos indígenas puedan informarse acerca de las consecuencias nocivas de manera objetiva, percibiendo los daños que para la salud se derivan de ella. Igualmente, estos diálogos ayudan a que se desmitifiquen los supuestos beneficios derivados de esta práctica ancestral.

La Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC (2018), ha reconocido que la MGF incide directamente sobre la salud y la vida de las mujeres, al tiempo que violenta sus derechos humanos, afectando la supervivencia del pueblo Embera. Aunque esta organización ya se ha pronunciado en este sentido, es predecible que los diversos grupos

Embera establecidos en el país, reciban esta postura, a través de las diversas autoridades indígenas.

La comunidad Embera – Chamí a través de la Resolución 001 de junio de 2009, anuncio que se eliminaría la ablación en la mujer indígena y señaló sanciones a las personas que la practiquen.

En el 2012, en las comunidades indígenas Embera, donde se ha establecido el uso de la práctica, ubicadas en los municipios de Pueblo Rico y Mistrató (Risaralda) y de Trujillo (Valle del Cauca), vienen trabajando comprometidas con terminar con la misma, bajo el convencimiento que la “cultura debe generar vida y no muerte”, por lo que vienen coordinando actividades orientadas en tal sentido, con autoridades como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Salud y Protección Social (ONIC, 2018).

La Organización regional indígena del Valle del Cauca – ORIVAC, en el Corregimiento Naranjal del Municipio de Bolívar Departamento del Valle del Cauca, en el 2017 decidió “mandatar” en el marco de los derechos humanos “la erradicación definitiva a las prácticas de la ablación o mutilación genital femenina (la cultura genera vida y no muerte) en las comunidades indígenas Embera Chamí del Valle del Cauca”, documento firmado el 5 de septiembre en un acuerdo con la Secretaria de Asuntos Étnicos y la Gobernación del Valle, en dicho mandato se indica:

Artículo primero: la Erradicación definitiva a las prácticas de la Ablación (La Cultura Genera Vida no Muerte.

Artículo Segundo: garantizar la pervivencia física y cultural, el goce efectivo de sus derechos y el mejoramiento de sus condiciones de vida de la mujer indígena en su conjunto.

Artículo Tercero: salvaguardar el derecho fundamental de las mujeres y la niñez a la integridad física y psíquica, siendo respetuosos con el arraigo y la tradición.

Artículo Cuarto: adoptar medidas de prevención, erradicación definitiva, mediante las prácticas nocivas que ejercen en la mayoría de las mujeres Embera.

Artículo Quinto: prevalece en cualquier instancia de la familia Embera el principio de responsabilidad, respeto a la mujer y a la niñez, fundamentada a la mujer como generadora de vida.

Artículo Sexto: toda aquella persona que contrarié, viole, desacate los preceptos del mandato, deberá ser sancionada acorde a los estatutos internos legislados por sus propias comunidades.

Artículo Séptimo: las Autoridades indígenas de la Nación Embera reunidas en esta Asamblea, serán las encargadas de promulgar, gestionar y promover un trabajo pedagógico entorno a lo concerniente sobre las decisiones afirmadas en este mandato y su aplicación.

Artículo Octavo: prohíbase la trata de personas, la discriminación y la utilización de la familia Embera, como sinónimo de salvajes, siempre en la conservación del buen nombre y cultura de una nación milenaria (Gobernación del Valle del Cauca, 2017).

De lo anterior, resulta claro que el dialogo intercultural permitió que de las autoridades indígenas del grupo Embera Chamí del Valle del Cauca, surgiera un mandato dirigido a sus comunidades, para modificar la práctica de la Ablación, orientado a erradicarla, reconociendo el derecho al goce efectivo de los derechos de las mujeres indígenas, salvaguardando el derecho fundamental a la integridad física y psíquica de la mujer, al igual que la sanción a quienes contraríen dicho mandato de acuerdo con los estatutos de cada grupo. Resulta de especial importancia, que se disponga de trabajo pedagógico, para dar a conocer esta disposición de sus autoridades.

3. CRITERIOS DEFINIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA PARA DIRIMIR LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y LA JUSTICIA ORDINARIA

El Estado Colombiano reconoce desde la Constitución la diversidad étnica y cultural de la Nación (art 7). El reconocimiento de este principio, como ha señalado la Corte Constitucional, implica “(...) *la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental*” (Sentencias de tutela T-380 de 1994 y C-882 de 2011).

El reconocimiento de este y otros derechos en pro de las comunidades indígenas, implica en muchos casos, el establecimiento de ciertos derechos para el grupo minoritario y particularmente para sus miembros, originados en la pertenencia al mismo, partiendo de la determinación de un territorio propio donde tienen su asiento y sus autoridades.

La diversidad étnica y cultural es reconocida en instrumentos internacionales como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, aprobada por la Asamblea General en la Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992, en donde se indicó que:

Las personas pertenecientes a minorías étnicas tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado o en público, libremente y sin injerencia no discriminación de ningún tipo.

El Estado colombiano reconoce la relación especial que tienen los pueblos indígenas, entre los que se reconocen como originarios, con el medio ambiente, las tierras y los recursos, los que, a su turno, tienen una íntima relación con los valores sociales y religiosos.

La protección de las tierras que habitan, surge del reconocimiento que hace el Estado de la propiedad colectiva sobre sus territorios y la prohibición de su comercialización, con lo que se busca librarlos de la apropiación por parte de terceros. Esta protección, busca reconocer y proteger, la especial relación que los indígenas tienen con el territorio y la cual trasciende la percepción de éste, como lugar de mero asentamiento y se constituye en un elemento vital en la construcción de su cultura.

Ahora bien, desde la Constitución del 91, se contó con la participación de las comunidades indígenas entre los constituyentes y se estableció dentro de los fines esenciales del Estado, facilitar la participación de todas las personas en las decisiones que

incidan en sus vidas, lo cual se extiende a la vida cultural de la Nación (art. 2), esto se afianza, al consagrar en la protección de todas las personas residentes en Colombia, por parte de las autoridades, como la legitimación de sus creencias y demás derechos y libertades.

Se enfatiza dicha protección a los grupos étnicos, entre los cuales se encuentran los indígenas, al señalar que los integrantes de los mismos en su formación, vista desde la óptica educativa, se deben garantizar “*el respeto y desarrollo de su identidad cultural*”, ello concebido como un derecho (art. 68 C.N.).

Desde la órbita constitucional, se reconoció la diversidad étnica y cultural y su protección, a través de la jurisdicción especial indígena, como lo señaló la Corte Constitucional, así:

El reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena. El proceso participativo y pluralista que llevó a la expedición de la Constitución de 1991, en el que intervinieron directamente representantes de las comunidades indígenas, dio lugar al reconocimiento expreso de la diversidad étnica y cultural y a su protección efectiva mediante la creación de una jurisdicción especial indígena. En efecto, el artículo 1 de la Carta consagra el pluralismo como uno de los pilares axiológicos del Estado Social de derecho colombiano, mientras que el artículo 7 afirma que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. El art. 246 de la Constitución Política, por su parte, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional³ (Sentencia C-139 de 1996).

Adicionalmente, dicho artículo, señaló los elementos de la Jurisdicción Indígena, los cuales podrían resumirse así: i. Que pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su territorio; ii. Pueden hacerlo de acuerdo con sus normas y procedimientos; y iii. Que esas normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y la ley.

Ello comporta frente al primer elemento, la existencia de autoridades encargadas de aplicar las normas o reglamentos del derecho propio indígena, siempre dentro del ámbito territorial donde se encuentra asentado el grupo; de cara al segundo elemento, la potestad para elaborar sus propias normas y procedimientos, con lo cual se otorga autonomía en el campo jurisdiccional y legislativo; y por último dichas normas o procedimientos, no pueden ir en contravía de las normas constitucionales y legales. En este último, se garantiza que, a pesar del reconocimiento de esa jurisdicción, el Estado, asegura que sus normas y procedimientos estén alineados con los estándares constitucionales.

También señala que el legislador es el competente, mediante la expedición de una ley, para coordinar la jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

La Corte Constitucional ha indicado, que la jurisdicción indígena tiene autonomía en lo relativo a contar con sus propias autoridades, cuyo ejercicio solo podrá estar limitado

³ Ver también las sentencias: T-254 de 1994; T-001 de 2021 y C-463 de 2014.

por la propia Constitución y la ley, lo cual se hace extensivo a la aplicación de sanciones respecto de sus miembros, como se desprende de la sentencia C-139 de 1996, autonomía que se entiende extensiva a la administración de justicia como se reitera en la sentencia T-048 de 2002.

La sentencia C-139 de 1996, manifestó que la jurisdicción indígena no se encontraba en suspenso, con lo cual es claro que se encuentra funcionando; señaló que la existencia de la ley para coordinar la jurisdicción especial con la justicia ordinaria, no condiciona el ejercicio que pueden desarrollar de su jurisdicción las autoridades indígenas, estableciendo criterios para esa coordinación interjurisdiccional e indicó lo que ha venido desarrollando a través de reglas; al tiempo que precisó la necesidad de contar con dicha ley.

En cuanto al tratamiento de los niños, niñas y adolescentes indígenas, se reconoce el ejercicio de los derechos a partir de sus propios sistemas normativos, siempre que guarden armonía con la Constitución, además precisa que los menores gozaran de los derechos consagrados en la carta magna, en los instrumentos internacionales y en el propio Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 3º, parágrafo segundo, precisa:

En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política. Así mismo se dice en el artículo 13 que: los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización estatal.

Ante la omisión del Congreso en la emisión de la Ley de Coordinación de Justicia entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, les ha correspondido a la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y los demás altos tribunales, fijar los límites entre ambas, en la mayoría de las ocasiones, a través de pronunciamientos por vía de tutela.

En estas decisiones de tutela, se ha puesto de manifiesto que las comunidades indígenas son objeto de derechos fundamentales, pero estos no son equivalentes a la sumatoria de los derechos individuales de sus miembros y que los derechos de las comunidades indígenas, no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos, así lo puso de presente la Corte Constitucional, en sentencia T-380 de 1993. Además, indicó que la acción de tutela es un mecanismo judicial adecuado para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las tradicionales, como para la protección de los derechos de la comunidad.

Respecto a la procedencia de la acción de tutela de los miembros de la comunidad frente a las autoridades indígenas, pueden verse las sentencias T-254 de 1994 y T-979 de 2006. Adicionalmente, acerca de la procedencia de la tutela para la protección de los derechos de las comunidades, es necesario remitirse a la sentencia SU-383 de 2003.

Los derechos, principios y valores de los pueblos indígenas que forman su especial cosmovisión, pueden entrar en conflicto con otros derechos y valores de rango constitucional, de allí, surge entonces la necesidad de solucionarlos, sin sacrificar alguno en exceso. Por lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido unos principios y reglas

que permiten resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, a los cuales se hará referencia a continuación.

Este Tribunal Constitucional estableció una línea jurisprudencial con relación a los criterios para la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas, igualmente, se pronunció respecto de la solución de conflictos entre estos y los derechos de sus miembros individualmente considerados. Nos referimos específicamente a tres fallos, en los que se han reiterado sub reglas desarrolladas por el máximo tribunal constitucional.

Estas sentencias son la T-514 de 2009, en la que se hace una actualización de la jurisprudencia que fue unificada en la decisión SU-510 de 1998 y la sentencia T-617 de 2010, acerca de los aspectos para decidir conflictos de competencia suscitados entre autoridades de la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena, más adelante, en la sentencia C-463 de 2014, se indican los criterios generales de interpretación, que tiene que observar el juez constitucional en los conflictos relativos a la autonomía jurisdiccional indígena, a saber:

1. Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o de minimización de las restricciones a su autonomía”

Según este principio solo son de recibo los condicionamientos a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando se presentan “intereses de superior jerarquía” cuya protección resulte ineludible frente al caso específico; siempre que se trate de medidas “menos gravosas”, vistas las opciones con que se cuenta y de cara a la autonomía. (Corte Constitucional, Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996, T-903 de 2009, T- 601 de 2011, T-530 de 2016 y SU-510 de 1998).

También debe tenerse en cuenta que el examen de estos aspectos ha de realizarse atendiendo las singularidades del grupo indígena de que se trate, esto, implica el reconocimiento de la gran variedad de grupos indígenas que se encuentra asentados en el territorio nacional y en cada uno de ellos se encuentran variantes en cuanto a cultura, tradiciones, ritos, estructura social (Corte Constitucional, Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998).

Partiendo del principio de la diversidad cultural, solo mediante el reconocimiento de una amplia autonomía, es posible hablar de una mayor supervivencia cultural y por tanto, las restricciones deben reducirse a las que resulten necesarias para “salvaguardar intereses de superior jerarquía”. Ahora bien, lo que hace la Corte Constitucional, es equilibrar varios asuntos de raigambre constitucional, teniendo, por un lado, la diversidad étnica y cultural, con todos los derechos derivados de ella y por otra parte, otros derechos fundamentales propios de los grupos humanos no indígenas.

Así, la Corte busca que por un lado se limiten o afecten en la menor medida posible la cultura, las tradiciones y en general, el modo de vida de los indígenas, de manera que solo se intervenga en ellos y se les limite, cuando vayan en contra de intereses superiores de mayor jerarquía. Podemos entender como ejemplo de esta ponderación, que en el caso de que se afecten derechos de los menores, estos prevalecerán, como se señaló en la jurisprudencia constitucional, como derechos prevalentes.

2. Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”.

Según este, es mayor el reconocimiento de la autonomía indígena, cuando se refiere a conflictos que tienen que ver exclusivamente con integrantes del grupo, que cuando tienen que ver con personas o autoridades de dos culturas, en cuyo caso deben tenerse en cuenta los “principios esenciales” de las culturas o autoridades, como lo ha señalado la Corte Constitucional (Sentencia T-496 de 1996, T-903 de 2009 y C-882 de 2011). Este principio pretende preservar la autonomía de los grupos indígenas para solucionar sus conflictos o problemas internos, de acuerdo con sus normas y procedimientos, cuando se trata de asuntos que involucran solo a miembros del grupo.

3. Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”.

Partiendo de la historia de Colombia, esta ha evidenciado diversos grados de afectación de la cultura de las comunidades indígenas, esto ha generado como resultado el deterioro de la sujeción de sus miembros a las decisiones de sus autoridades. Ello hace indispensable que se asegure un “marco normativo” en garantía de la “seguridad jurídica”, de cara a los grupos que preservan sus usos y costumbres, los que deben respetarse, de cara a aquellos que no los mantienen (Sentencia T-254 de 1994, T-903 de 2009 y C-882 de 2011).

Se entiende que la Corte, reconoce que aquellos grupos indígenas que han hecho un esfuerzo mayúsculo por mantener su cultura, a pesar de las interferencias externas que han amenazado su integridad (derivadas del conflicto armado, el desplazamiento, el paramilitarismo etc), deben tener un mayor apoyo del Estado, que aquellos que han sufrido fenómenos de modificación de su cultura, o que han asumido por diversas razones, la cultura mayoritaria.

No obstante, más adelante esta Corporación aclaró dicho alcance para evitar una interpretación no adecuada, que conduzca a ignorar la autonomía de los grupos indígenas con un reducido nivel de conservación de su cultura, contrariando las exigencias constitucionales de:

(...), igualdad entre culturas y no discriminación consagrados en los artículos 70 y 13 de la Constitución Política, señalando que los jueces no pueden interpretarlo como una mayor protección en favor de los grupos indígenas con mayor preservación cultural, sino como un retrato con relación a los usos y costumbres de estos grupos, y que genera como efecto en mayor o menor medida la obligación de “*traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa*” (Sentencia T-514 de 2009).

Cuando en la comunidad existe una gran conservación de sus costumbres, el juez debe optar por una mayor reserva, auxiliándose de las opiniones de expertos que le permitan conocer el derecho propio de la cultura minoritaria, en caso contrario, esta exigencia no es algo indispensable, ya que puede aproximarse de una forma menos estricta, frente a los grupos que han asimilado más, el derecho mayoritario. No obstante, “el grado de conservación cultural”, no debe conducir a desatender las decisiones adoptadas por la comunidad indígena, lo que se hace extensivo, a las que tengan que ver con el rescate de sus tradiciones o incluso, a las que se aparten de algunas de ellas.

De cara a la exigencia de “traducción”, en mayor o menor medida de las normas pertenecientes a la cultura mayoritaria o la minoritaria, no puede dejar de observarse el “diálogo intercultural”, precisando, que el juez de tutela, está obligado a obtener elementos probatorios, que le lleven a tener un mejor conocimiento, acerca de las consecuencias culturales en la decisión del caso. Ello implica, que los casos sometidos al conocimiento del juez, sean evaluados con ese especial enfoque, que le permita comprender las particularidades y cosmovisión de estos grupos.

3.1 Los conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos individuales de sus miembros

Ha señalado la Corte Constitucional, de qué forma se deben resolver los conflictos normativos o las colisiones, en la aplicación de principios, en los casos en donde se aplique la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas. Considera que no resultan admisibles las decisiones de las autoridades indígenas, que vulneren el derecho a la vida, la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, la prohibición de servidumbre y el debido proceso. Las normas que los consagran, deben ser observadas como fronteras que no pueden ser vulneradas por ninguna autoridad, lo cual se hace extensivo a las comunidades indígenas, en ejercicio de sus decisiones jurisdiccionales (Sentencia SU-510 de 1998). En este asunto, los derechos humanos, materializados en normas constitucionales, se erigen como una limitante insuperable, que no pueden ser desconocidos, so pretexto del reconocimiento de la autonomía de la jurisdicción indígena.

El mismo Tribunal señaló con relación a la autonomía en materia normativa y jurisdiccional de los grupos indígenas, que los límites a la manera como se realiza el control al interior, solo pueden ser los que atañen “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre” adicionando a los ya mencionados la prohibición de la esclavitud, derechos sobre los cuales pone de relieve el reconocimiento intercultural y como pertenecientes a los derechos intangibles, reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, que no son susceptibles de ser suspendidos, ni siquiera con ocasión de conflicto armado. Precisando que los derechos fundamentales constituyen “mínimos de convivencia social” y bajo esta perspectiva, deben protegerse de cualquier decisión arbitraria, por parte de las autoridades (Sentencias SU-510 de 1998 y T-349 de 1996).

Es claro que aquí la Corte se alinea con los postulados internacionales en materia de derechos humanos y su materialización en el ámbito nacional, con los derechos fundamentales, como aquellos mínimos indispensables al hombre, ligados a su propia dignidad.

También precisó la Corte, que admite que se establezcan límites frente a la autonomía de las autoridades indígenas, cuando se orienten a prevenir actos arbitrarios que afecten la dignidad humana, cuando señaló lo siguiente:

En segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998).

En un pronunciamiento de 2009, precisó la Corte refiriéndose a la sentencia SU-510 de 1998 con relación a los límites de la autonomía que:

Podría llevar a concluir que los límites a la autonomía están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, en tanto mínimos de convivencia social (Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 2009).

Igualmente, reconoce este Tribunal, que los “derechos núcleo duro”, corresponden de igual manera, a los derechos fundamentales reconocidos así constitucionalmente y que por ello, resulta confuso que se mencione dos tipos de derechos, de un lado los referidos como “lo verdaderamente intolerable desde un consenso intercultural de la mayor amplitud posible” y de otro, los derechos fundamentales que son más amplios presentados como “mínimo de convivencia”.

Agregó que el núcleo duro, es un límite absoluto al ámbito de autonomía que tienen las autoridades indígenas en sus decisiones y que atenten contra derechos como la vida, la integridad personal, la prohibición de tortura o servidumbre, que se encuentran prohibidas constitucionalmente, sin embargo, cuando la afectación recaiga sobre los derechos a la integridad o debido proceso, deben verificarse frente a la cultura específica. Al paso que los derechos fundamentales, son límites que deben verificarse, por medio de la ponderación que debe hacerse en cada caso concreto, cuando se presenta un conflicto entre la autonomía o diversidad cultural y otro derecho fundamental, es decir entre normas constitucionales del mismo rango.

Con el fin de aclarar lo anterior, puso de presente el principio de “*efecto útil*”, respecto del que señaló “debe preferirse una interpretación de los textos normativos que les confiera autonomía semántica y eficacia normativa, frente a una que los considere redundantes o inocuos.” Precizando, que el “*núcleo duro*”, debe ser tenido como una frontera que se encuentra más allá de la autonomía de las comunidades indígenas y de sus decisiones, sin desconocer que, para cada caso, se deben observar los aspectos culturales. De otro lado, los derechos fundamentales deben ser “*ponderados*” en cada caso, como “mínimos de convivencia”.

Respecto de la “ponderación”, señaló la Corte, que toda vez que no existe una jerarquía para verificar los derechos fundamentales reconocidos como individuales y los de la comunidad, deben observarse dependiendo de las circunstancias del caso, mirando los límites de unos y otros y las decisiones anteriores, se convierten en formas para resolver los conflictos.

Adicionalmente, con relación al principio de maximización de la autonomía de las comunidades, en la ponderación, tiene mayor incidencia “peso en abstracto” frente a la autonomía indígena, ello comporta, que solo es válido en cada caso, lo que se hace extensivo a la autonomía jurisdiccional y al desconocimiento de sus derechos fundamentales colectivos, cuando median situaciones que permiten concluir, que la afectación a los demás principios, es profunda.

En este punto es necesario señalar, que la competencia funcional para dirimir conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, esta atribuida al Consejo Superior de la Judicatura, autoridad encargada de solucionar los

conflictos que se suscitan entre distintas jurisdicciones, según lo señalado en el art. 112 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, sin embargo, la Corte Constitucional, ha adoptado decisiones de interpretación en ejercicio de dicha facultad constitucional y además actuando como órgano de cierre, respecto de los derechos reconocidos como constitucionales.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de los derechos de las víctimas al interior de la jurisdicción especial indígena.

A continuación, se hará alusión al criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, con referencia a los derechos de las víctimas en asuntos penales conocidos por la jurisdicción especial indígena, al igual que el principio de legalidad como garantía del debido proceso y limite a la autonomía de esta jurisdicción, ello teniendo en cuenta que los sujetos pasivos de la práctica de la MGF, deben ser considerados como víctimas y quienes la llevan a cabo, pueden verse expuestos a una eventual sanción o pena, atendiendo a la autoridad que conozca del asunto.

En sentencia T-552 de 2003, la Corte Constitucional se refirió a otros aspectos de la jurisdicción especial indígena, relativos al rol de las víctimas en el proceso penal y debido proceso del acusado; se trató de la revisión de una acción de tutela interpuesta por el gobernador del cabildo indígena de Caquiona (etnia yanacona), promovida en contra del Consejo Superior de la Judicatura, señalando que incurrió en una vía de hecho al resolver un conflicto de competencia entre las autoridades tradicionales y la jurisdicción ordinaria, en un caso de homicidio y porte ilegal de armas, en hechos ocurridos dentro del resguardo, donde el agresor y la víctima pertenecían a dicho grupo.

En el curso del proceso penal, el Cabildo del Resguardo Caquiona, reclamaba el envío del proceso, por parte de la jurisdicción ordinaria y de otro lado, el representante de la parte civil y los familiares de la víctima, señalaron su desacuerdo, lo cual puso de relieve los derechos de las víctimas y la necesidad de definir su alcance en el marco de dicha jurisdicción.

Respecto de las víctimas en los asuntos penales, señaló la Corte que como respaldo o garantía, que redunde en la preservación de las culturas indígenas y que al tiempo se convierta, en un aspecto que tenga en cuenta a las víctimas, la cultura indígena debe tener “un mínimo poder de coerción social de las autoridades”, lo cual se traduce en la posibilidad de hacer cumplir sus decisiones.

Con relación a los derechos de las víctimas, cabe recordar que, tanto en el marco nacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que estos se extienden a la verdad, justicia y reparación, pero que, frente a la jurisdicción indígena, este marco debe interpretarse, dentro de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

También de cara a las víctimas, puso de presente en este fallo, que en lo que tiene que ver con el principio de *maximización de la autonomía*, el juez del caso, debe con relación a los derechos de las víctimas, verificar la existencia de una “institucionalidad”, que demuestre que está presente en la construcción de la verdad, de la sanción a la persona responsable y en la reparación de los derechos afectados, lo que haría, que no fuera

necesario revisar al menos de manera previa, si el derecho propio se ajusta a la Constitución. Ello no obsta, para realizar una verificación posterior, según lo señaló la Corte en sentencia T-514 de 2009.

En primera instancia, para verificar esa *institucionalidad*, debe existir la voluntad de la comunidad de aplicar sus normas y procedimientos tradicionales. Así lo expreso la Corte:

Para establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales (...) prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico (Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 2009 y C-463 de 2014).

Adicionalmente y en atención al principio de igualdad, la comunidad indígena debe tener en cuenta, que no puede dejar de solucionar casos similares, sin que en esos casos, haya de por medio razones poderosas.

No obstante, señaló este Alto Tribunal que en casos considerados “como de *“extrema gravedad”* (crímenes de lesa humanidad, violencia sistemática u organizada), o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión o especial vulnerabilidad,” el análisis acerca de la institucionalidad, desde el ámbito de la competencia, debe ser más exigente, para verificar la existencia de las autoridades que cuenten con facultades para llevar a cabo el juzgamiento, al igual que normas y un procedimiento propio y con ello, preservar el principio de legalidad, al tiempo que se garanticen las medidas para proteger a las víctimas.

También se refirió al derecho propio y a la modificación que este puede sufrir por la incorporación de aspectos del derecho mayoritario, ya que este no es estático, al señalar que:

El derecho propio no se limita a la conservación de sistemas ancestrales de regulación social, sino que permite la constante reconfiguración de esas formas jurídicas, el re construcción o la incorporación de elementos del derecho mayoritario, pues esas circunstancias son propias del dinamismo de toda sociedad, y se hallan amparadas también por la autonomía de los pueblos originarios (Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014).

De otro lado, se tiene el principio de legalidad, que en su contexto implica que una persona solo puede ser juzgada conforme a normas previamente establecidas, por autoridades con competencia, de acuerdo con lo previsto en la respectiva sociedad y con acatamiento de los procedimientos que se hayan establecido, previamente para ello.

En cuanto al Principio de Legalidad frente a los grupos indígenas, los límites a su autonomía normativa y jurisdiccional están dados por la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, según lo consagrado en el art. 29 de la Constitución de 1991, en concordancia con el art. 246 de la misma norma, según la cual, el juzgamiento debe realizarse de conformidad con las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, ello comporta, que estos existan al momento del juzgamiento. (Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998 y T-514 de 2009).

Esta exigencia normativa frente a las normas y procedimientos del grupo indígena, no puede extenderse más de lo indispensable para garantizar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades del grupo, sin embargo, ello no comporta decisiones arbitrarias, toda vez que las autoridades están obligadas a actuar como lo han hecho anteriormente, atendiendo a las tradiciones que mantienen la unidad del grupo. De otro lado, esta exigencia no puede llegar al punto de volver estáticas las normas tradicionales, ya que toda cultura en esencia, es dinámica (Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996 y T-552 de 2003).

Ante la aparente incompatibilidad, entre el principio de legalidad y el ejercicio del derecho propio de los grupos indígenas, basado en la tradición oral principalmente, la Corte ha indicado, que, en la jurisdicción especial indígena, el principio de legalidad, se circunscribe a la “predecibilidad o previsibilidad” acerca de las decisiones de las autoridades indígenas, adoptadas desde la tradición de cada comunidad (Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014).

En la sentencia de tutela T-617 de 2010, promovida por el Gobernador y Representante Legal del Cabildo Indígena de Túquerres, contra el Consejo Superior de la Judicatura, por estimar vulnerados los derechos al debido proceso y la diversidad indígena de un miembro de dicha comunidad, por hechos relacionados con un delito de abuso sexual de una menor de 14 años, también miembro de la comunidad. El Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir el conflicto de competencia suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, resolvió en favor de la primera.

Consideró que el Consejo Superior de la Judicatura, afectó los derechos fundamentales de la comunidad a “la autonomía y a la diversidad cultural, así como el derecho al debido proceso y a la diversidad étnica de uno de sus comuneros”, en virtud de lo cual revocó su decisión y ordeno remitir el caso al cabildo, al tiempo que dejó sin efectos, las sentencias emitidas por la jurisdicción ordinaria.

Fuero indígena e inimputabilidad por diversidad cultural

Con el fin de sistematizar los principios y sub-reglas jurisprudenciales que se habían presentado, hizo referencia a las siguientes sentencias:

(i) Sentencias T-496 de 1996, T-728 de 2002, C-370 de 2002 (ii) T-1238 de 2004, relativas al *fuero indígena, la inimputabilidad por diversidad cultural, y el factor territorial*; y (iii) providencia T-552 de 2003: el *factor orgánico o institucional* del fuero indígena y su proyección en la protección del debido proceso del acusado, y los derechos fundamentales de las víctimas; y (iv) precisión sobre el contenido y alcances del *factor objetivo* del fuero indígena.

Luego la Corte, efectuó un análisis de cada elemento. Los aspectos destacables, se presentan a continuación:

En la sentencia T-496 de 1996, la Corte conoció de un conflicto entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, con ocasión de un homicidio ocurrido en el ámbito territorial de una comunidad de la etnia Páez, en una investigación seguida por la fiscalía. En la audiencia pública, el defensor solicitó al juez de conocimiento la aplicación del artículo 96 del decreto ley 100 de 1980 (Código Penal vigente en ese entonces), que consagraba la *declaratoria de inimputabilidad por diversidad cultural y la reintegración del imputado a su medio ambiente cultural*, como medida de seguridad,

cuando la conducta esté determinada por la condición étnica y cultural. Solicitud que el Juez denegó por estimar que el procesado tenía el conocimiento acerca de que el homicidio era una conducta sancionada para la cultura mayoritaria.

Éste pronunciamiento se refirió a dos aspectos: el fuero indígena y la inimputabilidad por diversidad cultural.

Con relación al fuero indígena estableció, que, del reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, surgía el concepto del fuero indígena, al señalar:

Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo (Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996).

Más adelante, la Corte amplió dicho concepto, a saber:

El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...) (Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996 y T-1238 de 2004).

Añadió este Tribunal que, para reconocer el fuero indígena, no era suficiente la identidad indígena, sino que, además:

Debían acreditarse un elemento personal, de acuerdo con el cual “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su comunidad”; y uno geográfico o territorial, “que permite a las comunidades indígenas juzgar conductas cometidas en su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas.

Determinó que la presencia de estos aspectos permitiría el juzgamiento del indígena por las autoridades de su comunidad; no obstante, ante la falta de alguno de ellos, debían observarse otros elementos “la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece” la persona para definir la jurisdicción competente.

En lo que tiene que ver con la visión histórica del indígena en el derecho ordinario, en el que se contemplaba “inimputabilidad por diversidad cultural”, concibiendo la inimputabilidad según esta decisión como “ausencia de conocimiento sobre la ilicitud de un comportamiento, o incapacidad de determinarse de acuerdo con ese conocimiento por motivos de inmadurez psicológica”, al respecto estimó esa Corporación que bajo la óptica de la Constitución de 1991, ante el reconocimiento de la diversidad, esta no puede tenerse en cuenta como algún tipo de “*inmadurez o retraso cultural*,” ya que ello perjudica la dignidad de estas personas, amparadas por la diversidad étnica y cultural.

Como consecuencia, en casos que involucren a miembros del grupo indígena la “*reintegración del imputado a su medio cultural*”, es la medida de seguridad procedente en los casos de inimputabilidad por diversidad cultural, ya que la finalidad legítima es la

“*tutela de la diversidad*”, y no así la curación y la rehabilitación, pues nadie puede esperar la *curación* de la diversidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, si la persona tiene origen indígena y su forma de entender al mundo tuvo incidencia en la conducta, debe asumir el conocimiento del asunto, la comunidad indígena, pues con ello se “activaría” el fuero indígena.

En el pronunciamiento en mención, se hizo referencia también a la sentencia C-370 de 2002, en donde la Corte nuevamente aborda el tema de la inimputabilidad por diversidad cultural, por demanda de inconstitucionalidad, donde se alega la contradicción entre esta y los principios de no discriminación, autonomía jurisdiccional indígena y diversidad cultural. Este tribunal condicionó la exequibilidad de los apartes demandados, teniendo en cuenta que:

i) La inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que, en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002).

Con relación al error de prohibición invencible, como la conducta no es culpable, esta debe analizarse, para determinar si la diversidad cultural o razones asociadas a la identidad de la étnica y la cultural, tuvieron influencia en el hecho.

En cuanto al elemento territorial, en la sentencia T-496 de 1996, se contempló también como parte del fuero. Este aspecto territorial, debe interpretarse, cuando la conducta se ejecute dentro del ámbito territorial de una comunidad indígena, como se desprende del art. 246 de la Constitución, donde se indica, que la comunidad podrá aplicar usos y costumbres en su ámbito territorial.

Sin embargo, no solo debe considerarse territorio el espacio físico, señaló la Corte, sino también desde el ámbito cultural, de manera excepcional, este puede hacerse extensivo, en su efecto, a hechos ocurridos fuera del territorio, dado su alcance cultural, como sería el caso de una comunidad desplazada, que cuente con la institucionalidad, para aplicar al evento específico.

El elemento objetivo del fuero.

La Corte señaló que, visto el elemento objetivo y particularmente respecto del bien jurídico que resulta vulnerado con un hecho delictivo, debe observarse si este resulta de interés para la comunidad indígena o para la sociedad mayoritaria y que para el análisis debe repararse en:

(i) El bien jurídico afectado o su titular pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado o su titular pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad étnica del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria (Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996).

Bajo estos parámetros, en los casos contenidos en el primer apartado (i) será de competencia de la jurisdicción indígena, el segundo (ii) de la jurisdicción ordinaria, pero en el tercer caso (iii) no es resolutorio para establecer la jurisdicción competente el bien jurídico, por lo cual debe acudirse a la verificación de los demás aspectos del evento y los

otros factores tendrán mayor peso, sin embargo, debe repararse, si el caso resulta de “*especial gravedad para el derecho mayoritario*”, lo cual será determinante. Con esto último, resulta claro que el factor objetivo, no es decisivo.

Es importante resaltar, que la Corte Constitucional, llama la atención en que no se puede adoptar una posición generalizada como la expuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto a la incapacidad de las comunidades indígenas, para llevar adelante esta clase de procesos, por cuanto esto conlleva, la imposición de la cultura mayoritaria, desconociendo la protección de la diversidad cultural.

Cuando se presenta una grave afectación de un bien jurídico que constitucionalmente se ha considerado de mayor trascendencia, es fundamental el análisis del aspecto institucional, ya que, de allí, surge la posibilidad de hacer efectivos los derechos de las víctimas, en la medida en que, la comunidad cuenta con el poder de coerción.

Indica este alto tribunal que, dichos criterios deben verificarse de manera “ponderada y razonable” para cada caso. Pero adicionalmente, el juez está obligado a verificar cual determinación respeta de mejor manera la autonomía indígena, el debido proceso para el procesado y los derechos de las víctimas, pero siempre teniendo como punto de referencia, la óptica de la diversidad cultural.

En el fallo T-617 de 2010, la Corte efectuó un compendio de los criterios y reglas derivados de decisiones anteriores, frente al fuero indígena, que deben observarse al momento de pronunciarse frente a un conflicto de competencia, así:

Elemento personal	
Definición: el elemento personal hace alusión a la pertenencia de la persona acusada de un delito o conducta nociva desde el punto de vista social, a una comunidad indígena.	
Sub reglas relevantes:	Criterios de interpretación relevantes:
(S-i) Cuando un indígena cometa un delito de acuerdo con la ley penal (o se trate de una conducta perjudicial socialmente considerada al interior de una cultura indígena), dentro del espacio territorial de su misma comunidad indígena, las autoridades de la comunidad serán competentes para asumir el conocimiento del asunto.	(C-i) La diversidad cultural y valorativa” es un criterio que debe observar el juez, frente al caso que implique a personas pertenecientes a grupos indígenas.
(S-ii) Cuando un indígena incurre en un hecho punible de acuerdo con la ley penal, fuera de territorio de la comunidad de la que forma parte, y el conocimiento del asunto lo asume la justicia ordinaria, en este caso, el juez está obligado a verificar si la persona incurrió en un <i>error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa</i> :	(C-ii) Cuando el indígena incurre en un delito fuera del territorio de la comunidad a la que pertenece, las circunstancias que rodearon el caso puntual resultan de utilidad para establecer la “identidad étnica” de la persona.
(S-ii.1) Si luego del análisis respectivo, la respuesta para el juez de cara a este cuestionamiento es afirmativa, deberá absolver a la persona;	
(S-ii.2) En el evento que el Juzgador encuentre que no se trató de un error invencible, pero que el indígena actuó condicionado por su diversidad étnica, el asunto debe enviarse a las autoridades del grupo indígena al que pertenece, ello en virtud de la interpretación de la	

<p>Corte Constitucional con relación a la <i>inimputabilidad por diversidad cultural</i>.</p> <p>(S-ii.3) Si el operador judicial establece que no se encuentra frente a un error invencible, y que el indígena no estuvo condicionado por “parámetros culturales diversos en su actuar”, en cuyo caso es claro que ha pasado por un proceso de “aculturación”, ello orienta para que el asunto sea asumido por la jurisdicción ordinaria.</p>	
<p>Elemento territorial</p>	
<p>Definición: el elemento territorial debe interpretarse, teniendo en cuenta que el hecho punible o socialmente perjudicial motivo de investigación, haya sucedido dentro del territorio del resguardo.</p>	
<p>Sub reglas relevantes:</p> <p>(S-iii) De acuerdo con el art. 246 de la Constitución Política, las autoridades indígenas cuentan con autonomía jurisdiccional dentro del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenecen. Por tal razón, ante la presencia de un delito de acuerdo con la ley penal (o de una conducta perjudicial socialmente considerada al interior de una cultura indígena), dentro de dicho territorio, esto constituye un requisito necesario, para estimar procedente el fuero.</p>	<p>Criterios de interpretación relevantes:</p> <p>(C-iii) El territorio de las comunidades indígenas no se limita al espacio geográfico donde se encuentra una comunidad indígena. La Constitución ha estimado que, el territorio en este caso, es el “ámbito donde se desenvuelve su cultura”.</p> <p>(C-iv) En tal virtud, de manera excepcional, es posible que el elemento territorial tenga un “efecto expansivo”, ello se traduce, en que a pesar de que un hecho suceda fuera de los linderos geográficos del territorio del grupo, pero “culturalmente puede ser” enviado a la comunidad, resulta recomendable que el juzgamiento se adelante por las autoridades indígenas.</p>
<p>Elemento institucional</p>	
<p>Definición: el elemento institucional (también llamado orgánico) alude a la “existencia de autoridades, usos y costumbres y procedimientos tradicionales en la comunidad”, que permitan deducir: (i) que las autoridades indígenas cuentan con algún “poder de coerción social”; y (ii) que tengan un “concepto <i>genérico</i> de nocividad social”.</p>	
<p>Sub reglas relevantes.</p> <p>(S-v) El juez que deba decidir el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, está obligado a considerar la “existencia de una institucionalidad social y política”, que posibilite garantizar los derechos de las víctimas en la actuación. (S-v.1) El primer aspecto que permite establecer la presencia de esa institucionalidad, es la expresión de la intención por parte del grupo indígena, de llevar a cabo el proceso correspondiente.</p> <p>No obstante, (S-vi) la comprobación entre el “contenido del derecho propio” del grupo indígena y los derechos de los ofendidos, en lo que tiene que ver con su armonización, solo puede verificarse por un control judicial posterior. (S-vi.1) Excepcionalmente, en casos de extrema gravedad o en los que la víctima es objeto de especial protección constitucional, el juez que deba decidir el conflicto, puede adelantar una comprobación más exhaustiva con relación a la validez</p>	<p>Criterios de interpretación relevantes.</p> <p>(C-iv) Atendiendo la jurisprudencia constitucional, los derechos de las víctimas abarcan la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación. El ámbito de lo que estos derechos comprenden cambia de acuerdo con cada cultura.</p> <p>(C-v) El principio de legalidad al interior de la jurisdicción especial indígena, se entiende como “predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales.”</p>

<p>del elemento territorial, para lo cual, podrá recurrir a pruebas técnicas o a la experiencia del resguardo. A pesar de ello, el contenido material del derecho propio, sería ajeno a esta verificación.</p> <p>(S-vii) El derecho del grupo indígena a ejercer la jurisdicción especial indígena tiene un carácter “dispositivo, voluntario u optativo”</p> <p>No obstante, (S-viii) en caso de que un grupo decide asumir un caso para darle tratamiento por parte de la comunidad, no le es posible desistir a asumir el conocimiento en eventos similares, sin que exista una razón atendible, ya que se estaría desconociendo el principio de igualdad.</p> <p>(S-ix) Al interior de la jurisdicción especial indígena, el debido proceso ostenta el alcance de “predecibilidad o previsibilidad” acerca de las actuaciones de sus autoridades y con relación a algunas conductas consideradas socialmente perjudiciales.</p> <p>A pesar de ello (S-ix.2) no es dable reclamar del grupo indígena que demuestre que cuentan con “normas escritas” o “precedentes” para que estén en condiciones de ejercer su “autonomía jurisdiccional”, gracias a que el derecho propio se encuentra en constante transformación. Lo que aquí se requiere, es un “concepto <i>genérico de nocividad social</i>.”</p> <p>(S-x) Riñe con el reconocimiento a la diversidad cultural y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la exigencia en orden a demostrar un “reconocimiento jurídico externo de su existencia”</p>	
<p>Elemento objetivo</p>	
<p>Definición: el elemento objetivo tiene relación con “la naturaleza del bien jurídico tutelado.” Particularmente, si versa sobre un interés del grupo indígena, o de la “sociedad mayoritaria.”</p>	
<p>Sub reglas relevantes:</p> <p>(S-xi) Si el bien jurídico comprometido o el titular del mismo, forma parte únicamente del grupo indígena, el elemento objetivo, aconseja la remisión de la situación a la jurisdicción especial indígena.</p> <p>(S-xii) Si el bien jurídico comprometido, o el titular forma parte exclusivamente de la sociedad mayoritaria el juez enviara el evento a la jurisdicción ordinaria.</p> <p>(S-xiii) En el caso que el bien jurídico comprometido sea de interés tanto para la comunidad de la que forma parte el sujeto activo de la conducta, como para la sociedad mayoritaria, el elemento objetivo no será el determinante en la solución.</p> <p>(S-xiv) En el evento que la conducta sea considerada especialmente perjudicial por la sociedad mayoritaria, de conformidad con la <i>sub regla</i> (S-xv), no es posible decidir, apartar su conocimiento de manera definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juzgador, en su lugar debe adelantar un examen más profundo acerca de la validez del factor institucional, para verificar que el envío a la jurisdicción especial indígena no genere impunidad o situaciones de desamparo para la víctima.</p>	<p>Criterios de interpretación relevantes:</p> <p>(C-vi) En un caso de conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria el juzgador debe observar la naturaleza del bien jurídico comprometido.</p>

De igual manera, dicha sentencia de 2010, precisó que el juez, debe realizar un análisis con relación a todos los criterios y reglas establecidas, con el fin de no afectar la autonomía de las comunidades indígenas y los derechos de las víctimas en el marco de una conducta delictiva (Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010).

Este fallo aclara que los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, no se limitan a temas referidos al ámbito penal, bajo este entendido, esta facultad de solucionar conflictos sociales, debe asumirse extensiva a la solución de conflictos sociales y que la justicia mayoritaria enmarca en asuntos civiles, laborales, políticos o administrativos. En cuyo caso, deben observarse con cuidado los elementos a tener en cuenta porque habrá casos, en donde a título de ejemplo, la protección de la víctima, no sea un factor a observar.

En el mismo pronunciamiento jurisprudencial, la Corte indicó, que en principio corresponde al Consejo Superior de la Judicatura resolver los conflictos de competencia que se susciten entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, ante la inexistencia de una ley de coordinación entre ambas jurisdicciones y que bajo ese entendido, a la Corte le corresponde determinar el alcance del art. 246 Constitucional, en atención al contenido fundamental, que ampara el principio de autonomía de las comunidades indígenas.

También determinó en este fallo, que el Consejo Superior de la Judicatura, realizó una interpretación errónea del art. 246 de la Constitución, según el cual, esta disposición no permite, que casos que tengan que ver con menores de edad, sean asumidos por la jurisdicción indígena.

Precisó la Corte que, sometido el conflicto de competencia a la técnica de ponderación, bajo dicho parámetro, no había certeza que la potencial afectación de los derechos de la menor víctima del delito sexual se presentara, por lo cual, debía tener prevalencia la autonomía de la comunidad y el debido proceso del procesado (Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010).

En otra sentencia de tutela T-196 de 2015, el Gobernador del Cabildo Indígena Colombia, interpuso acción de tutela en contra del Juzgado de conocimiento y la Fiscalía, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de la comunidad que representa a la autonomía, a la jurisdicción especial indígena y al respeto por la diversidad étnica y cultural, teniendo en cuenta que, las autoridades mencionadas promovieron un proceso penal en contra de un miembro de la comunidad, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años agravado, a pesar de que las autoridades tradicionales ya habían condenado a esta persona por estos hechos. Posteriormente, se hizo parte de la referida acción el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta que, asumió el conocimiento del conflicto de competencia. En esta sentencia se precisó que la sentencia T- 617 de 2010, constituye un precedente (Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2015).

En sentencia de tutela de 2012, el gobernador y representante legal del resguardo indígena de Nuestra Señora Candelaria de la Montaña, promovió acción de tutela en contra

del Consejo Superior de la Judicatura, a efectos de proteger los Derechos Fundamentales a la defensa, al debido proceso, a la igualdad, a la diversidad étnica y a la jurisdicción indígena y de un integrante de la comunidad, quien estaba siendo procesado por un delito sexual en menor de 14 años, también perteneciente a la comunidad. La autoridad mayoritaria asignó la competencia a la justicia ordinaria (Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012).

Recuerda la Corte, que no puede hablarse de protección del menor de edad, desconociendo la diversidad cultural del mismo, por cuanto ese menor es gestor de su cultura, es un promotor y quien puede conservar la misma. Es por ello que, al momento de asignar la competencia cuando se encuentre de por medio la protección de la integridad sexual de los menores, que constituye una constante lucha del Estado, el juzgador no puede fundar en ello su decisión, para darle prevalencia en el conocimiento a la cultura mayoritaria (Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2012).

El Tribunal Constitucional, trae a colación las reglas y criterios previstos en la sentencia T-617 de 2010 como precedente, concluyó que la comunidad tenía autoridades instituidas, que en aplicación del derecho propio podían aplicarlo al caso, por tal razón, no se encontraban en riesgo, el debido proceso ni los derechos de la menor víctima. Finalmente, se tuteló el derecho a la autonomía jurisdiccional de la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010).

La línea jurisprudencial se afianzó con la sentencia T-921 de 2013, promovida por un miembro de un resguardo indígena Embera Chamí, procesado por la jurisdicción ordinaria por un delito sexual, donde la víctima era un menor de 14 años de la misma comunidad, el caso era reclamado por las autoridades ancestrales y el Consejo Superior de la Judicatura decidió el conflicto de competencia en favor de la justicia ordinaria. Por su parte, la Corte constitucional al conocer de una acción de tutela instaurada contra dicha decisión, tuteló los derechos fundamentales y decidió que el caso se remitiera a las autoridades tradicionales del Resguardo Indígena, entregando al acusado a dicha jurisdicción, dando aplicación a los criterios señalados por la Corte Constitucional.

Acerca del principio de interés superior del niño indígena, existen una serie de normas internacionales, nacionales y administrativas, que permiten concluir, que cuando se trate de un proceso que lo involucre, se deben proteger sus derechos individuales y colectivos a su identidad étnica y cultural, por lo que de entrada, la jurisdicción competente para resolver los conflictos que se susciten sería la indígena, donde debe tener prevalencia el interés de los niños en virtud del principio “pro infans”. Sin embargo, si la propia jurisdicción indígena vulnera los derechos del menor, estos pueden ser reivindicados a través de la acción de tutela, ya que conservan sus derechos individuales que no pueden ser vulnerados por la colectividad. Reconoce la Corte Constitucional que, existe una normatividad mixta para la defensa de los derechos de los menores indígenas. (Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2012).

En la sentencia C-463 de 2014, originada en demanda de inconstitucionalidad con relación al art. 11 de la Ley 89 de 1890, que otorga la competencia a los alcaldes y gobernadores para solucionar los conflictos que surjan entre los miembros de una

comunidad indígena y entre estos y el cabildo, se declaró la inexecutable de la norma. En esta decisión, se recogen la mayoría de los pronunciamientos mencionados con antelación, entre ellos referidos al fuero, la jurisdicción especial indígena, los conflictos de competencia y los derechos de las víctimas.

Los derechos de las víctimas forman parte del debido proceso de acuerdo con el derecho internacional y la Constitución Nacional, dentro de los que se encuentran el derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición, los que deben ser entendidos desde la óptica de la diversidad cultural, teniendo en cuenta, que no siempre la pena de prisión, es un mecanismo adecuado para ello, a pesar de que para la cultura mayoritaria así lo sea, adicionalmente debe observarse que estas autoridades permiten la armonización de las relaciones entre las familias, como parte de la solución de sus conflictos.

Del estudio de la línea jurisprudencial se extrajo que, en varias decisiones del Consejo Superior de la Judicatura donde se resolvían conflictos de competencia por delitos sexuales donde las víctimas son menores de 14 años y a pesar de que la jurisdicción indígena reclamaba competencia para conocer de los casos, el Consejo Superior de la Judicatura, le asignó la competencia a la justicia ordinaria, dejando de lado otras consideraciones y centrándose en el interés superior del menor previsto en la Constitución, pero adicionalmente, desconociendo los precedentes de la Corte Constitucional.

También se ha señalado que, en caso de un conflicto sometido a conocimiento de las autoridades indígenas, está limitado al respeto por los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos y al debido proceso, que son de mayor peso, que la diversidad étnica y cultural y sobre lo que existe un consenso intercultural.

Como puede apreciarse, la Corte ha establecido una serie de principios y reglas para resolver los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la justicia indígena. No obstante, en diversos pronunciamientos referidos a conflictos de competencia, ha resaltado este alto tribunal, la necesidad de que el Congreso emita la Ley de Coordinación de Justicia entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, lo cual no ha sucedido hasta el momento, ello en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 246 constitucional.

CONCLUSIONES

Dicha investigación, tuvo como objetivo fundamental, conocer si existe una armonía entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, en asuntos que involucran directamente la dignidad humana, como es la mutilación genital femenina.

Tanto a nivel nacional como internacionalmente, la MGF, ha sido reprochada no solo porque evita el pleno goce y disfrute de los derechos sexuales y reproductivos en las mujeres a quienes se les practica, sino que puede generar graves enfermedades e incluso la muerte, por otro lado, para los pueblos indígenas que aún realizan dicha práctica, es de suma

importancia, ya que genera fidelidad en la mujer en el matrimonio y evita el crecimiento del clítoris, posturas que van de acuerdo a la cosmovisión y cultura propia de estos pueblos.

Si bien, el Estado colombiano a través de la Corte Constitucional, reconoce la diversidad cultural de estos pueblos, plantea una serie de elementos que esta jurisdicción indígena debe tener en cuenta como son: ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, hacerlo de acuerdo a sus normas y procedimientos y que estos no sean contrarios a la constitución y a la Ley, resaltando además la importancia de que exista una ley que coordine estas dos jurisdicciones.

Por lo tanto, en la jurisdicción ordinaria y particularmente en la legislación penal la MGF, es considerada como un daño en el cuerpo de la víctima que afecta su salud, y en muchos casos pone en riesgo su vida y que le ocasiona problemas físicos que le impiden a la mujer el pleno ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, con secuelas permanentes, con lo cual se considera que quienes realizan esta práctica pueden estar incurso en delitos que van desde lesiones personales llegando hasta el homicidio, incluso se ha dispuesto como una circunstancia de agravación frente al feminicidio, ello evidencia el esfuerzo de la justicia ordinaria por sancionar dicha conducta.

De otro lado, y teniendo en cuenta que la autonomía y la autodeterminación de los pueblos indígenas no pueden considerarse absolutos y no pueden ir en contra de la constitución y la ley. Genera limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena, ya que forma parte de un consenso intercultural. En ese marco las autoridades de las comunidades indígenas donde se ha realizado la práctica la MGF en ejercicio de su derecho interno tradicional han emitido diversas decisiones en las que han dispuesto la erradicación definitiva de las prácticas de la ablación o mutilación genital femenina en las comunidades indígenas Embera Chamí, al tiempo que han señalado que quienes vulneren dichos preceptos serán sancionados de acuerdo con los estatutos internos de las comunidades, sin embargo, no se conoce el tipo de sanción. Esto evidencia que existe la posibilidad de sancionar a quienes incurran en dicha práctica dentro de las comunidades indígenas.

Visto lo anterior, resulta claro que tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción especial indígena vienen implementado preceptos que buscan sancionar la práctica de la MGF lo cual constituye una garantía para las víctimas de dicho procedimiento, no obstante, al presentarse un conflicto de competencia entre estas jurisdicciones para conocer de un asunto que vincule a un miembro de un grupo indígena con dicha práctica, es posible aplicar una serie de criterios que permitan definir dicho conflicto, con ello se muestran las jurisdicciones como complementarias.

Como la ley que coordine la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena no ha sido implementada por el legislador, actualmente se viene aplicando una serie de reglas que permiten dirimir los conflictos de competencias presentados entre estas dos jurisdicciones al momento del juzgamiento de un miembro de un grupo indígena ante un delito o una conducta nociva desde el punto de vista social para la comunidad como sería el caso de la MGF, observando aspectos como la inimputabilidad por diversidad cultural, la cual refiere, que esta no se deriva de una incapacidad, sino, de una cosmovisión diferente y que en casos de error invencible de prohibición, proviene de esa diversidad cultural, por lo

tanto, la persona debe ser declarada absuelta más no inimputable y el fuero indígena, el cual refiere que es el derecho a ser juzgado de acuerdo a sus normas, procedimientos y dentro de su territorio; al faltar alguno de estos elementos, deben revisarse aspectos como la conciencia étnica que tiene y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Finalmente, frente a este punto, se refiere el elemento objetivo del fuero, que no es otra cosa, que observar si el bien jurídico que resulta vulnerado por un hecho delictivo, resulta de relevancia, ya sea para la jurisdicción ordinaria o indígena.

Ahora bien, además de estos criterios, deben verificarse de manera ponderada y razonable otros criterios, como son el elemento personal, territorial y el institucional, fundamentales para dirimir un conflicto de competencias que se produzca en estas dos jurisdicciones, en donde prevalecerá la autonomía de las comunidades indígenas y los derechos de las víctimas.

La mutilación genital femenina en la actualidad, no solo es una conducta reprochada por la cultura de occidente (como los grupos indígenas denominan al exterior), sino que es una conducta que organizaciones como la ONIC y grupos indígenas actualmente luchan contra su erradicación, estas y otras conductas afectan derechos fundamentales y la dignidad humana, además van en contra de la Constitución y la ley, lo que genera como consecuencia, que el Estado Colombiano deba implementar parámetros previamente establecidos, a fin de que se protejan no solo los derechos a las víctimas, sino que se preserve la cultura de estos pueblos y así constituir una armonía entre estas dos jurisdicciones.

BIBLIOGRAFIA

Agatón, Isabel. (2009). *Mutilación Genital Femenina en Colombia: trato cruel, inhumano y degradante*. Revista Unimar, 5(3), 7- 9.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1979). *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1990). *Recomendación General No. 14*.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Resolución 47/135 de 18 de diciembre. Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/minorities.aspx#:~:text=1.->
,Las%20personas%20pertenecientes%20a%20minor%C3%ADas%20nacionales%20o%20%C3%A9tnicas%20religiosas%20y,en%20p%C3%ABlico%20libremente%20y%20sin

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Resolución 67/146. Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina*.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Asociación de cabildos indígenas de Risaralda. (2012). *Plan para salvaguardar a los Emberas Chamí*.

Congreso de la República de Colombia. (1980). *Decreto ley 100 de 23 de enero de 1980*.

Congreso de la República de Colombia. (1980). *Ley 89 de 25 de noviembre de 1980*.

Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley 270 de 07 de marzo de 1996*.

Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 24 de julio de 2000*.

Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1098 de 08 de noviembre de 2006*.

Congreso de la República de Colombia. (2009). *Ley 1285 de 22 de enero de 2009*.

Congreso de la República de Colombia. (2015). *Ley 1761 de 06 de julio de 2015*.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sala Tercera de Revisión. *Sentencia T-254 de 30 de mayo*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sala Sexta de Revisión. *Sentencia T-380 de 31 de agosto*. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-139 de 09 de abril*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sala Cuarta de Revisión. *Sentencia T-349 de 08 de agosto*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sala Cuarta de Revisión. *Sentencia T-496 de 26 de septiembre*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sala Plena. *Sentencia SU-510 de 18 de septiembre*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sala Octava de Revisión. *Sentencia T-048 de 31 de enero*. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sala Plena. *Sentencia C-370 de 14 de mayo*. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sala Cuarta de Revisión. *Sentencia T-728 de 05 de septiembre*. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sala Plena. *Sentencia SU-383 de 13 de mayo*. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-552 de 10 de julio*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-1238 de 12 de diciembre*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sala Plena. *Sentencia T-704 de 22 de agosto*. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sala Segunda de Revisión. *Sentencia T-979 de 27 de noviembre*. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sala Segunda de Revisión. *Auto 004 de 26 de enero*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sala Tercera de Revisión. *Sentencia T-514 de 30 de julio*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sala Tercera de Revisión. *Sentencia T-903 de 04 de diciembre*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sala Novena de Revisión. *Sentencia T-617 de 05 de agosto*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2011) Sala Quinta de Revisión. *Sentencia C-601 de 10 de agosto*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (2011) Sala Plena. *Sentencia C-882 de 23 de noviembre*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sala Tercera de Revisión. *Sentencia T-001 de 11 de enero*. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sala Tercera de Revisión. *Sentencia T-002 de 11 de enero*. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sala Primera de Revisión. *Sentencia C-376 de 18 de mayo*. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sala Novena de Revisión. *Sentencia T-921 de 05 de diciembre*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sala Plena. *Sentencia C-463 de 09 de julio*. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sala Primera de Revisión. *Sentencia C-196 de 17 de abril*. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sala Novena de Revisión. *Sentencia T-530 de 27 de septiembre*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Comunidad Embera – Chamí. (2009). Resolución 001 de junio de 2009.

Corporación Contigo Mujer. (2009). *La ablación en las niñas Embera*. Disponible en: <http://corporacioncontigomujer.blogspot.com/2009/01/la-ablacion-en-las-ninas-embera.html>.

Courtis, Christian. (2016). *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. Dialnet. ISBN 84-8164-862-0

Departamento del Chocó. (1998). *Reglamento regional del Choco para ejercer control en los territorios indígenas organización regional Embera Wounaan - Orewa*.

Engle, Sally. (2010). *Derechos humanos y violencia de género: El derecho internacional en el mundo de la justicia local*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes.

Estarita, Sergio. (2010). *Ablación en Colombia, ¿derechos humanos o autodeterminación de los pueblos indígenas?* Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Universidad Pontificia Bolivariana.

Gobernación del Valle del Cauca. (2017). *Día de la mujer indígena y firma del mandato por sus autoridades*. Disponible en: https://www.valledelcauca.gov.co/eticos/publicaciones/39232/da_de_la_mujer_indgena_y_firma_del_mandato_por_sus_autoridades/

Gomez, Herinaldy. (2014). *Caracterización de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas de la región andina de Colombia*. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia.

Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/5977758/1.++Version+para+imprimir+Libro+Caracterizacion++sistemas+juridicos++13+-12+de+2014.pdf/b6c519a8-72d2-4780-a297-3460834ead3e>

González, Raquel. (2011). *La ablación genital femenina en comunidades emberá chamí*. *Cadernos Pagu*, (37), 163-183. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332011000200006>

Hernández, Fallon. (2015). *Ablación genital femenina (agf): el proyecto emberá wera y su efecto en la comunidad Embera Chamí de los municipios de Mistrató y Pueblo rico en Risaralda (2007-2014)*.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF. (2007). *Resolución No. 3622 de 2007*.

Kymlicka, Will. (1996). *Ciudadanía Multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Primera edición. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996.

Organización Internacional del Trabajo, OIT. (1989). *Convenio 169*.

Organización Mundial de la Salud. (2020). *Mutilación genital femenina*. Disponible en <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>

Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC. (2018). *Sumar esfuerzos y actuar: la clave para poner fin a la mutilación genital femenina en Colombia*. Disponible en <https://www.onic.org.co/noticias/70-destacadas/2292-sumar-esfuerzos-y-actuar-la-clave-para-poner-fin-a-la-mutilacion-genital-femenina-en-colombia>

Santos, Boaventura de Sousa. (2002). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. Bogotá: El Otro Derecho No. 28, julio.

Torres Fernández, Elena. (2008). *La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. (Ejemplar dedicado a: Textos del Seminario "Mutilación Genital Femenina: aplicación del derecho y desarrollo de buenas prácticas en su prevención" (Valencia, 30 y 31 de octubre de 2008)). Disponible en: <https://www.uv.es/CEFD/17/torres.pdf>

UNICEF. (2004). *Hoja de datos: mutilación/excisión genital femenina*. Disponible en <http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/genitalfemenina.pdf>.

UNICEF. (2007). *Protección contra el maltrato, la explotación y la violencia*. Disponible en https://www.unicef.org/spanish/progressforchildren/2007n6/index_41847.htm

UNICEF. (2017). *Mutilación genital femenina*. Disponible en <https://www.unicef.org/es/protection/mutilacion-genital-femenina>

Zuluaga, Víctor y Granada, Patricia. (1997). *La ablación del clítoris y su fundamento mítico*.
Revista de Ciencias Humanas. Vol. 4 No. 11 marzo 1997.