



**Universidad
Pontificia
Bolivariana**

**EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE INDÍGENAS
TRANSEXUALES: UNA APROXIMACIÓN AL CASO DE LA TRIBU EMBERÁ
CHAMI**

Autor:

JUAN FELIPE MARTINEZ JARAMILLO

**Directora del trabajo:
CATHALINA SÁNCHEZ ESCOBAR
Doctora en Ciencias Jurídicas**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2020**

Declaración de originalidad.

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

Nombre,

Juan Felipe Martínez Jaramillo
Juan Felipe Martínez Jaramillo.

CC. 1214744693.

SUMARIO.

INTRODUCCIÓN	6
PRIMERA PARTE. Mecanismos de protección de comunidades indígenas	8
CAPITULO I. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	8
CAPITULO II. Constitución Política de Colombia	10
CAPITULO III. Jurisprudencia	11
SEGUNDA PARTE. La interseccionalidad como expresión de discriminación y opresión.....	12
CAPITULO IV. El enfoque interseccional.	12
CAPITULO V. Género y etnia como factor de discriminación y opresión	13
CAPITULO VI. Contexto socio-cultural	15
TERCERA PARTE. Análisis con perspectiva sociojurídica de la situación de la población indígena trans	17
CAPITULO VII. ¿Cuándo se entiende que un mecanismo de protección es eficaz?.....	17
CAPITULO VIII. Qué dice la jurisdicción indígena sobre la diversidad sexual. 19	
CAPITULO IX. ¿Cómo se materializa la teoría de la protección frente a la población vulnerada?	20
CONCLUSIÓN	23
BIBLIOGRAFÍA	25

RESUMEN.

Se trata de un estudio exploratorio, con un enfoque interseccional acerca de la situación humanitario de un grupo de indígenas transexuales, pertenecientes a la tribu indígena Embera Chami, que decidieron rebelarse contra las prácticas, reglas y costumbres entabladas en su comunidad, con el fin de reivindicar sus derechos, y desarrollar sin limitaciones ni castigos su sexualidad.

En el que se pretende responder sobre ¿la eficacia de los mecanismos de protección consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, respecto a este grupo de indígenas transexuales?, la metodología aplicada es de corte cualitativo, por tal motivo, el trabajo de investigación va a estar encaminado a hacer un análisis de discurso, sobre la situación de derechos humanos de estos indígenas transexuales Emberá Chamí y sobre la teoría de la eficacia de las normas jurídicas.

El punto de partida de la investigación es un enfoque interdisciplinar; por una parte, la sociología jurídica, por otra, vamos a complementar este estudio con un enfoque interseccional, para el final concluir si tales mecanismos de protección son o no eficaces.

PALABRAS CLAVE.

Interseccionalidad, sistemas de opresión, género, etnia, mecanismos de protección, pluralismo jurídico.

ABSTRACT.

It is an exploratory study, with an intersectional focus on the humanitarian situation of a group of indigenous transsexuals, belonging to the Embera Chami indigenous tribe, who decided to rebel against the practices, rules and customs established in their community, in order to claim their rights, and develop their sexuality without limitations or punishment.

In which it is intended to answer about the effectiveness of the protection mechanisms enshrined in international human rights law, with respect to this group of indigenous transsexuals ?, the applied methodology is qualitative, for this reason, the research work It will be aimed at making a discourse analysis on the human rights situation of these indigenous Emberá Chami transsexuals and on the theory of the effectiveness of legal norms.

The starting point of the research is an interdisciplinary approach; On the one hand, legal sociology, on the other, we are going to complement this study with an intersectional approach, in order to conclude whether such protection mechanisms are effective or not.

KEY WORD.

Intersectionality, systems of oppression, gender, ethnic groups, protective mechanisms, legal pluralism.

INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años, un grupo de indígenas trans Embera Chami, escaparon de su comunidad para vivir como mujeres, por esa razón, deciden migrar hacia el municipio de Santuario- Risaralda, el cual centra su explotación económica en el cultivo de café, la ganadería y la agricultura. Algunos de estos indígenas se asientan en fincas cafeteras, en donde se les somete continuamente a extensas jornadas de trabajo, a cambio de una miserable remuneración, y otros indígenas, recurren a prácticas mucho más degradantes, pero mejor remuneradas; como la prostitución.

Lo curioso de la situación, es que son los mismos indígenas de su comunidad quienes acuden a sus servicios sexuales, para emborracharlos, tomarles fotografías y así ridiculizarlos y degradarlos delante de su comunidad, quienes a través de su guardia han emprendido una búsqueda exhaustiva con el único fin de reintegrarlos a la colectividad, flagelarlos durante varias horas en el cepo con el exclusivo propósito de transformarlos en “nuevos hombres” (Umaña Mejía, 2017)

Y es que, una vez llega el sábado no esperan para maquillarse, ponerse sus abalorios, vestirse como mujer, pasearse por la plaza del pueblo y tomarse sus tragos, el problema es que se calientan con facilidad ante cualquier comentario que obedezca a razones de género y etnia.

En el pueblo tratan de evitar que los indígenas se emborrachen demasiado porque arman escándalo, es un pacto tácito entre las autoridades y los dueños de las cantinas que poco a poco se fue también extendiendo a las fincas para poner orden (Tobello Mayans, 2018).

La intolerancia y el irrespeto hacia la diversidad sexual, por parte de esta comunidad indígena Embera Chami es de tal magnitud, que una de sus prácticas más frecuentes, y que se manifiesta como una especie de rechazo a la

homosexualidad, es la mutilación sexual femenina (ablación); “al considerar el clítoris de la mujer como un órgano masculino atrofiado o defectuosos” (González Henao, 2011).

Ante esta situación, el presente trabajo pretende establecer qué tan eficaces han sido los mecanismos de protección consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), frente a estos indígenas transexuales que se encuentran en vulnerabilidad manifiesta. Para ello, se hará una investigación con enfoque cualitativo, valiéndose de la jurisprudencia, la doctrina, y normas del derecho internacional, así como del análisis documental. A partir de un análisis socio-jurídico sobre la eficacia de los mecanismos de protección del derecho internacional, en particular, el convenio 169 de la OIT, se pretende demostrar cómo el género converge con otras identidades, y cómo esos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegios; todo ello, desde la perspectiva de la autonomía de los pueblos indígenas para dirimir sus controversias.

En este sentido, primero se describirán los mecanismos de protección consagrados en el derecho internacional, así como el reconocimiento constitucional y jurisprudencial que se ha hecho de ellos, para después explicar en qué consiste el enfoque interseccional, y por último, abordar un estudio socio-jurídico sobre la eficacia de la norma.

PRIMERA PARTE. Mecanismos de protección de comunidades indígenas

CAPÍTULO I. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Se trata de una convención adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989 y se constituye en el principal instrumento sobre derechos de los pueblos indígenas. Este convenio fue ratificado por el Estado Colombiano por medio de la Ley 21 de 1991.

El Convenio núm. 169 tiene dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio (Organización Internacional del Trabajo, 1991).

Tratándose de los mecanismos de protección especial, previstos y regulados dentro del articulado del convenio, en esta investigación nos vamos a centrar específicamente, en los puntos que se describen a continuación: Políticas Generales, Contrataciones y Condiciones de empleo, y por último, la Seguridad Social y Salud, para después, en los capítulos subsiguientes; abordar el estudio socio-jurídico de la norma de cara a la situación humanitaria de la población vulnerable.

Políticas Generales.

El ámbito de aplicación del presente convenio se restringe solamente a pueblos tribales e indígenas; pueblos que, en principio “deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación” (Organización Internacional del Trabajo, 1991). Por su parte, los gobiernos están en la obligación de implementar acciones coordinadas y sistemáticas, con miras a proteger los derechos de estos pueblos, para así garantizar el respeto de su integridad.

Artículo 2 inciso 2; Esas acciones deberán incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida. (Organización Internacional del Trabajo, 1991)

Contrataciones y condiciones de empleo.

El convenio 169, consagra la obligación que tienen los gobiernos para adoptar las medidas especiales, tendientes a garantizar a los trabajadores pertenecientes a estos pueblos (tribales o indígenas), una protección en materia de contratación y empleo. En este sentido, el artículo 20 inciso 3 establece que estas medidas deberán garantizar para todos los trabajadores indígenas, la misma protección que la ley y la práctica le concedan a cualquier trabajador; que las condiciones de trabajo no sean discriminatorias y que no atenten contra su salud y/o integridad; que gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y los protejan contra el hostigamiento sexual (Organización Internacional del Trabajo, 1991, artículo 20).

Seguridad Social y Salud.

Los regímenes que actualmente existen en materia de seguridad social, deberán extenderse a los pueblos indígenas sin discriminación alguna. Ello quiere decir, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 25 inciso 1, que los pueblos indígenas deben contar con servicios de salud adecuados, ya sean proporcionados por el Estado o facilitados por éste para que los presten ellos mismos, “a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental” (Organización Internacional del Trabajo, 1991, art. 25).

Del mismo modo, se sugiere que los servicios de salud se organicen a nivel comunitario, es decir, que se gestionen de manera cooperativa entre los pueblos indígenas, teniendo en cuenta “sus condiciones económicas, geográficas, sociales, y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales” (Organización Internacional del Trabajo, 1991, artículo 25).

CAPÍTULO II. Constitución Política de Colombia

Nuestra Constitución Política en su artículo 246, reconoce la autonomía de los pueblos indígenas, “para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito nacional” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 246). En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-397/16; determinó cuatro elementos fundamentales que delimitan el ejercicio de la jurisdicción especial indígena:

1. Facultad de las comunidades de establecer autoridades jurisdiccionales propias.
2. La potestad de disponer de sus propias normas y procedimientos.
3. Sujeción de los elementos anteriores a la Constitución y la ley.
4. Competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. (Corte Constitucional, MP Gabriel Eduardo Mendoza, 2016)

Dada la concurrencia de los requisitos que han sido expuesto con anterioridad, las autoridades indígenas podrán ejercer sin limitación alguna, funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios. Ahora bien, gracias al reconocimiento Constitucional que se les ha otorgado a estas comunidades indígenas, resulta pertinente, abordar el concepto, de lo que jurídicamente se conoce con el nombre de pluralismo jurídico, y que entenderemos como; “aquella situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en un mismo campo social” (Nieto, 2009, págs. 63-69).

Así: un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico cuando el soberano controla distintos sistemas de derecho que regulan el comportamiento de

diferentes grupos de la población que proceden de etnias, religiones, nacionalidades, o geografías distintas y cuando todos estos regímenes jurídicos paralelos dependen del sistema jurídico estatal (Nieto, 2009, págs. 63-69).

En un momento de la historia, en occidente se llegó a considerar que el Estado totalitarista, “era la máxima expresión de positivismo” (Bobbio, 1995), máxime que no reconocía otro ordenamiento jurídico distinto al Estatal. En Italia, el debate giraba entorno a si era “lícito” hablar de ordenamientos jurídicos en referencia a grupos organizados cuando no se trataba del Estado.

El pluralismo jurídico, se encuentra en parte relacionado con el pluralismo cultural; en relación con aquellas sociedades que pasaron por procesos de colonización, como es el caso de nuestro país, procesos que resultaron muchísimo más complejo y deficientes, en tanto y en cuanto, dentro del territorio se hallaban distintas culturas con sus respectivas prácticas jurídicas o costumbre en derecho:

Donde se observan, por ejemplo, en zonas rurales, prácticas de regulaciones o convivencias tradicionales de las diferentes comunidades indígenas, los colectivos afrocolombianos que son diversos en su interior, con sus respectivas tradiciones y parámetros en el aspecto jurídico, y no homogéneos como se pretende desde su reconocimiento cultural, legal y constitucional (Llano, 2012).

CAPÍTULO III. Jurisprudencia

A partir de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, se ha desarrollado toda una línea jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, reconociendo una serie de derechos que asisten a los pueblos indígenas. A continuación, se procede a hacer una breve mención sobre algunos de estos fallos:

Las sentencias T-567/92 y T-405/93 trataron la propiedad colectiva, en lo que respecta al derecho a la titulación y a los límites al derecho de exclusión, respectivamente. De este último se destaca que, aunque los resguardos

indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables, el Estado puede pactar convenios y tratados internacionales con otros entes gubernamentales para mantener el orden público, vigilar el narcotráfico y proteger a todos los residentes (Corte Constitucional, MP Jose Gregorio Hernandez Galindo, 1992) .

En la Sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional establece que;

Las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, derivado del derecho a la vida. De igual manera, manifiesta que la cultura de las comunidades corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido, y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo, conduciría a la desestabilización y a la eventual extinción de dichas comunidades (Corte Constitucional, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, 1993).

SEGUNDA PARTE. La interseccionalidad como expresión de discriminación y opresión.

CAPÍTULO IV. El enfoque interseccional.

El enfoque interseccional se entenderá como una herramienta que nos sirve para estudiar la manera en que el género se cruza con otras identidades, y cómo estos cruces van a contribuir a experiencias únicas de opresión y privilegios. Es una teoría feminista, que parte de la premisa “de que las personas viven múltiples identidades formadas por varias capas” (AWID, 2004), las cuales se derivan de las relaciones sociales, la historia y las estructuras de poder.

Los seres humanos a lo largo de nuestra historia, vamos entablando diversas relaciones con más de un individuo y/o comunidad, y muchas de esas relaciones que experimentamos, terminan por traducirse en experiencias de opresión y privilegios, como quiera que al final son esas experiencias las que van formando nuestro carácter.

En el ejemplo de los indígenas Embera Chamí, lo primero que debemos tener en cuenta es la raza o etnia, y lo segundo, es la categoría de la sexualidad (partiendo de que son transexuales), entonces, a partir del cruce entre ambas categorías, el enfoque interseccional lo que pretende es, abordar la forma en que el racismo, el patriarcado, la opresión de clase, y en general otros sistemas de discriminación, van creando desigualdades que estructuran y definen la posición de estos sujetos.

El enfoque interseccional implica también poner al centro del análisis las discriminaciones debido a que la discriminación es una construcción social. Esto se debe al hecho que la intersección de diferentes características puede generar discriminación/efectos negativos o privilegios/beneficios en la persona, dependiendo de cómo la sociedad en la que ella vive privilegie ciertos grupos y categorías sobre otros (Unidad para la atención y reparación integral de víctimas, 2017).

En lo que respecta al concepto de discriminación estructural, lo entenderemos como “desigualdades de hecho o de derecho, que se presentan de manera reiterada hacia grupo vulnerables” (Unidad para la atención y reparación integral de víctimas, 2017), es importante entender este concepto por cuanto, los hechos victimizantes se circunscriben en contexto particulares y complejos, en donde la discriminación se manifiesta de manera diferente a la población.

CAPÍTULO V. Género y etnia como factor de discriminación y opresión

Ahora bien, cada individuo puede verse identificado con determinado grupo, por el solo hecho de compartir con ese grupo características comunes o similares, “ello hace que la persona desarrolle su propia individualidad” (Hernandez Artigas, 2018), entendida como un proceso social y cultural, a través del cual el individuo se desarrolla y proyecta, y al mismo tiempo va forjando su propio proyecto de vida, dadas las condiciones sociales, económicas, y culturales que lo van rodeando a lo largo de su existir.

Dentro de cada grupo social, es común encontrarnos con el “agente dominador”, es decir, aquel que se encarga de manipular y ejercer control sobre el grupo, a través de una serie de valores, normas y estereotipos, que en últimas, someten a los individuos a desigualdades sociales e injusticias. Para entender un poco mejor, en este punto nos vamos a centrar específicamente en dos categorías transversales: la sexualidad y la etnia, a partir de dos perspectivas de opresión, la explotación y marginación.

Explotación.

Los pueblos indígenas son una población a la que continuamente se les ha venido limitando cualquier posibilidad de acceso a un empleo digno. Es por ello que tienen que recurrir a prácticas menos convencionales, donde han encontrado una especie de “refugio” y una “posibilidad” para salir de ese estado de indefensión, y así desarrollar a pleno su proyecto de vida. En el caso que nos ocupa, son las fincas cafeteras, ese rincón donde se refugian este grupo de indígenas trans, en donde se les somete a extensas jornadas de trabajo a través de la recolección de café, a cambio de una mínima remuneración, que apenas les alcanza para satisfacer sus necesidades.

Algunos, no lo consideran un trabajo digno, por eso es que al ver tan marginada cualquier otra posibilidad de empleo, recurren a prácticas sexuales, que en últimas terminan por ser más humillantes, y que son mucho más perniciosas para su salud e integridad.

Marginación.

Toda vez que se trata de un grupo que no es aceptado justamente en la sociedad, por presentar rasgos y características que no se ajustan a los estereotipos generalizados en la sociedad capitalista, estos indígenas trans no anhelan otra cosa más que llegue el fin de semana, para vestirse, maquillarse, y desfilarse por la plaza del pueblo, sentarse a tomarse sus tragos, pero el problema es que en muchos de estos establecimientos se les tiene prohibida la entrada, por que según dicen, “son muy agresivos y arman mucho problema con facilidad”,

pero lo que ignoran, es que son las mismas personas que recurren esos lugares, quienes se encargan de discriminarlos y oprimirlos con sus comentarios sexistas y machistas.

De la mano de la marginación, va ligado el concepto de imperialismo cultural, el cual se basa en un modelo de conducta o patrón predeterminado, que básicamente “se encarga de transmitirle a la sociedad una serie de estereotipos que deben obedecer y seguir, mientras el resto de culturas terminan por ser menospreciadas y apartadas por ser consideradas negativas” (Hernandez Artigas).

CAPÍTULO VI. Contexto socio-cultural

Los indígenas Emberá, son denominados hombres de río, lingüísticamente pertenecen a la familia conocida como Chocó llamados así por los colonizadores españoles. A nivel interno, el Emberá tiene particularidades dialécticas, diferencias que radican en ciertos sonidos, vocabulario y construcciones dramáticas, pero entendiéndose entre uno y otro.

Por su asentamiento disperso y su espíritu nómada no se les localiza en un área del país, se encuentran ubicados en distintas regiones, tales como Chocó, Antioquia, Risaralda, Quindío, Caldas, Cauca, Córdoba, Putumayo, Caquetá, Meta, Santander, Valle del Cauca y Nariño, aunque por la situación del desplazamiento forzado y su desarraigo ancestral del cual han sido víctimas en los últimos 20 años, se encuentran dispersos en diferentes departamentos de Colombia por fuera de su territorio tradicional.

Su economía se basa en la agricultura, caza, pesca y la recolección, con una reciente introducción de los hombres al trabajo asalariado. “Son considerados como el pueblo indígena con mayor dispersión territorial en Colombia pero con menor densidad poblacional sobre los territorios de ocupa” (Uribe Sanchez).

A pesar del proceso de desarraigo que han vivido los Emberá a través de la historia, esta comunidad aún conserva algunos elementos propios, como su idioma, su cosmovisión basada en el jaibanismo y su gobierno.

Los Chami habitan en los municipios de Mistrató y Pueblo Rico, desde el cerro de Caramanta, al norte, hasta el cerro de Tatamá, al sur, en la zona noroccidental del departamento de Risaralda. Su territorio se ha transformado a través de la historia de acuerdo con las dinámicas internas y los diferentes procesos de conquista, en donde han tenido periodos de explotación y violencia. Estos procesos han influido en sus prácticas culturales. La conquista y colonización de los territorios Emberá en los últimos cinco siglos ha influido de manera impactante la cultura y forma de vida de la comunidad, convirtiendo a los Emberá en una sociedad quebrantada. (Uribe Sanchez).

Es un pueblo muy conservador en lo que tiene que ver con sus costumbres y tradiciones, “para el pueblo indígena no está permitido que el hombre esté con otro hombre y que una mujer esté con otra mujer. Eso está en contra de la madre naturaleza” (Casañas, 2018). Así mismo, se dice que miembros de la Guardia Indígena del departamento de Risaralda planean operativos para capturar a las indígenas trans que todos los fines de semana desfilan por la plaza, con el exclusivo objetivo de “convertirlos de nuevo en hombres”.

Se habla de dos castigos, uno es la permanencia en el cepo y varias horas de trabajo comunitario, y dos, la comunidad está pidiendo expulsar a este tipo de individuos para evitar que sigan haciendo daño y que este daño vaya en aumento. Por su parte, miembros de la consejería del Consejo Regional Indígena de Risaralda (CRIC), explican que la comida es una de las razones por las que se está registrando aumento de indígenas trans e insisten en la necesidad de recuperar las comidas tradicionales para que eso no siga pasando (Casañas, 2018).

Alba, mujer emberá, cuenta que su hijo nació así. “La hija mayor mía dijo que él va a quedar gay porque tiene cuerpo como de mujer”.

diez años le gustó vestirse con prendas femeninas; cuando creció, “no le dimos (más) alimentación, lo echamos de la casa”. Tuvo suerte y se salvó de los castigos. Lo usual para un indígena gay es que la comunidad lo amarre y le den fuerte hasta que le “sangra el cuerpo”, para curarlo de lo que perciben como un castigo de dios. Algunos han llegado a suicidarse (Rubio, 2018).

Los indígenas trans, al no pertenecer a una comunidad focalizada, carecen de atención en salud, situación que preocupa a las autoridades porque en el último año se han aumentado los casos de VIH sida en la región.

El hecho de ser una persona trans, pobre, indígena y desarraigada de su pueblo las pone en unas condiciones mucho más difíciles, porque las violencias se incrementan a medida que esta persona está en contextos de vulneración o en esos contextos que socialmente las personas no ven como aceptable, agradable o bonito (Casañas, 2018).

TERCERA PARTE. Análisis con perspectiva sociojurídica de la situación de la población indígena trans

CAPITULO VII. ¿Cuándo se entiende que un mecanismo de protección es eficaz?.

Antes de entrar en el estudio de la eficacia de los mecanismos de protección, es oportuno abordar el estudio de la eficacia de las normas, este juicio no surge de relacionar normas entre sí, sino de relacionar la norma jurídica con la conducta de sus destinatarios.

Ahora bien, en este punto habría que preguntarse ¿desde cuando se predica la eficacia de las normas jurídicas? La regla general es que la norma jurídica comience a ser eficaz, desde el momento en que existe en el ordenamiento jurídico, pero bien sabemos que todo regla tiene una excepción, puede ser que

sea la misma norma jurídica la que establezca a partir de qué momento empieza a producir plenos efectos, o puede que haya otra norma la que lo disponga cuando va entra a regir dentro del ordenamiento jurídico, es decir, a ser vinculante o obligatoria.

Por eficacia sociológica, entenderemos el fenómeno jurídico, que resulta de comparar el contenido de las normas jurídicas con la conducta de sus destinatarios y funcionarios públicos. “La norma jurídica (para nuestro caso el mecanismo de protección) será sociológicamente eficaz cuando los destinatarios de ella, adaptan su conducta a lo prescrito por ella” (Solano Velez, 2016)

No se debería reducir su eficacia sólo en aquellos supuestos en que, los destinatarios adaptan su conducta a lo que de la norma jurídica emana, bien puede ocurrir que la norma jurídica sea sociológicamente eficaz y políticamente ineficaz, esto es, “ pese a que los destinatarios de la norma adecúen su conducta a lo por ella prescrito, esta no logre el cometido que pretendió alcanzarse con su establecimiento” (Solano Velez, 2016). Si ello ocurre se produce el fenómeno de la llamada “eficacia simbólica del derecho”.

Algunos teóricos del derecho, hablan de eficacia sociológica en primer grado, cuando los destinatarios de la norma adecuan su conducta, y eficacia subsidiaria o en segundo grado, es cuando habiéndose incumplido la norma por los destinatarios, el servidor público impone la respectiva consecuencia jurídica.

Ahora bien, aterrizando la teoría a nuestro campo de estudio, es evidente que a los mecanismos de protección regulados en el Convenio 169 de la OIT, no se les ha dado aplicación práctica con relación a este grupo de indígenas transexuales, como quiera que el Convenio le hace un llamado a los Estado miembros, a adecuar su legislación nacional y desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo

a las disposiciones contenidas en el convenio, y aún no ha habido una respuesta clara, oportuna, y protectora por parte del Estado, máxime si no se da una solución efectiva a la situación humanitaria de estos indígenas transexuales, pues todavía siguen siendo discriminados, explotados y ultrajados.

Por esa razón, cuando los destinatarios de la norma no adecúan su conducta a lo de ella emana y no se imponen las respectivas consecuencias jurídicas, sale a luz el fenómeno de la ineficacia sociológica.

CAPITULO VIII. Qué dice la jurisdicción indígena sobre la diversidad sexual.

Sobre el tema de diversidad sexual en indígenas, y en particular, el tema de la transexualidad como categoría transversal, es muy poco conocida, al tratarse de un tema que históricamente ha sido objeto de censura homofóbica. Si nos remitimos a los tiempos de los conquistadores españoles, y su marcada influencia respecto de la religión católica, al considerar la homosexualidad como un pecado, al ser una práctica prohibida y sancionada desde los primeros tiempos de la conquista.

Es importante subrayar que, aunque el tema de los indígenas y la diversidad sexual no aparece en la producción antropológica dentro de la comunidad Embera Chami, existe un contexto social y académico, respecto de una comunidad indígena, que se ubica en territorio Colombiano y Panameño, que ha creado las condiciones para los primeros estudios de indígenas trans, así como las primeras acciones organizativas en el campo de los pueblos indígenas.

En la comunidad indígena Kuna, la homosexualidad es tolerada por las autoridades Kuna, aunque este tema se maneja con discreción para evitar choques con las enseñanzas tradicionales kuna. “La percepción de que somos aceptadas por la mayoría de los miembros de la familia y la comunidad kuna se basa, en que los kuna son grupo étnico minoritario, todos los miembros debemos ser útiles a la comunidad” (Solís, 2010).

Los indígenas Kunas transgéneros, se les educa para que realicen toda clase de actividades domésticas, entre ellas, coser molas, adornos y prendas de vestir tradicionalmente confeccionadas por mujeres kuna, se les permite tener una entrada económica y contribuir así con el sostenimiento de la familia, lo que los hace sentirse como miembros útiles y activos de la comunidad. Al mismo tiempo que se les educadas para ser socialmente mujeres, también se les inculca de forma indirecta que en sus practicas y relaciones sexuales desempeñemos el rol receptivo, por lo que muchos jóvenes inician su vida sexual con ellas (Solís, 2010).

La situación se complica porque varias de ellas, además de trabajar en las fincas cafeteras, ejercen la prostitución y lo hacen a su manera, sin preservativo. “Las comunidades indígenas embera chamí no tienen el uso del condón como una de sus costumbres sexuales... se evita para no poner barreras al nacimiento de nuevos integrantes de las familias indígenas”. Lo paradójico, alucinante, es que los mismos indígenas que las persiguen son clientes suyos. “Los emborrachan, tienen relaciones sexuales con ellos y luego les toman fotos, los degradan, los ridiculizan”. (Rubio, 2018).

De lo anterior, es posible evidenciar, que en la tribu Embera Chami, el respeto hacia la diversidad sexual es ninguno, comparado con el caso de los indígenas Kunas, en donde si es posible identificar un cambio en ese paradigma en las relaciones entre personas del mismo sexo, revoluciendo así, toda la concepción que se tiene sobre el tema de la homosexualidad.

CAPITULO IX. ¿Cómo se materializa la teoría de la protección frente a la población vulnerada?

Para entrar en el estudio de los efectos de los mecanismos de protección de indígenas, es decir, los resultados que estos han generado en los últimos años, hay que analizar cómo el Estado Colombiano ha hecho frente a esta situación, desde cada una de las instancias nacionales como internacionales, si ha

seguidos los parámetros y lineamientos que dispone el convenio 169 (OIT) y otros organismos internacionales, como por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o si por el contrario, ha hecho caso omiso a tales recomendaciones, desprotegiendo e incumpliendo los deberes que como Estado le son inherentes y connatural, ante este tipo de población vulnerable.

Respecto a las medidas de protección del Sistema Internacional de Derechos Humanos, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha instado al Estado Colombiano a la adopción de una serie de medidas cautelares provisionales en favor de los pueblos indígenas, por ejemplo, el 25 de febrero de 2010, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 87 familias de la comunidad del Alto Guayabal-Coderocito, del pueblo Embera, en dicha solicitud de medida cautelar se alega que esta comunidad habría sido objeto de actos de violencia que pusieron en riesgo sus vidas e integridad personal.

Pese a este tipo de medidas emitidas, el Estado Colombiano no se ha empoderado en su papel de “protector” de los derechos humanos respecto de las poblaciones más vulnerables, como en efecto lo es esta población de indígenas trans, en la adopción de medidas necesarias para proteger la vida e integridad de los miembros de esta comunidad indígena, o en el desarrollo de programas de reinserción social, donde se promueva la libre circulación y un plan de retorno a su comunidad indígena; sin que haya lugar a discriminaciones y sanciones, en donde se les garantice su participación en cuanto al diseño e implementación de las medidas que se pretendan adoptar.

Por esa razón, se estima que si el Estado Colombiano quiere dar una óptima aplicación a los mecanismos de protección consagrados en el convenio 169 de la OIT, y las medidas cautelares provisionales emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos, debería legislar y desarrollar políticas que están dirigidas particularmente a este tipo de poblaciones, marginadas y olvidadas por

el Estado, en las que se privilegien temas como contratación y condiciones de empleo, como quiera que se les brinde una remuneración equitativa, asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, se les paguen todas las prestaciones sociales, en donde no se les someta a condiciones de trabajo nocivas para la salud.

Como Seguridad Social y Salud, anteriormente estos servicios se prestaban de forma paulatina, pero a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se consagró el principio de universalidad, en donde se pretende que los servicios de Seguridad Social se extiendan en general a toda la población, por eso, debería extender progresivamente a esta población sin discriminación alguna. En donde se les presten servicios de salud, privilegiando sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. así mismo, tiene derecho a que se les asegure que ante cualquier contingencia o accidente que sobrevenga con ocasión del empleo, puedan acceder a los beneficios legales a los que hubiere lugar, y por último, puedan acceder a pensiones en el momento en que cumplan con los requisitos legales para poder acceder a la misma.

Políticas sobre educación, y es que una de los rasgos más característicos del pueblo Embera Chamí, es que al ser un pueblo tan conservador, en lo que concierne a sus costumbres, usos y prácticas, no es un secreto que la mayoría de miembros de esta comunidad, son analfabetas o cuentan con una escasa educación, por esa razón, el Estado colombiano están en la obligación de adoptar medidas para garantizar a estos individuos la posibilidad de adquirir una educación en todos los niveles educativos, en donde se les imparta conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

CONCLUSIÓN

Ante la persistencia de los ataques de violencia y discriminación por parte de la población civil en contra de este grupo de indígenas trans, es evidente que el Estado Colombiano ha sido indiferente de cara a esta situación. Y es que, a pesar de que existen mecanismos internacionales de protección de los pueblos indígenas, que han sido ratificados, el Estado Colombiano presenta un retraso en la adopción y aplicación de mecanismos jurídicos que mitiguen los efectos nocivos de la situación opresora y discriminatoria de la cual son víctimas.

Por mandato constitucional, el Estado tiene el deber de velar por la protección de los derechos de las minorías indígenas. Así mismo, “el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por acción o omisión de las autoridades públicas” (Constitución Política, 1991), por ello, ante cualquier escenario de posible afectación a los derechos y libertades de las minorías indígenas, el Estado tiene el deber de emprender aquellas medidas paliativas o acciones legales tendientes a aminorar los efectos nocivos de esa situación, pues es una carga que los pueblos indígenas no tienen porque soportar. En últimas, si el Estado es ineficiente y no logra superar ese estado de cosas inconstitucional, al desarrollar políticas y estrategias que salvaguarden los derechos de estos sujetos, será responsable patrimonialmente por la afectación que sobrevenga ante cualquier hipótesis en que se vea afectada su integridad, dignidad, y su estabilidad cultural.

Claro ejemplo que demuestra la falta de compromiso y actuación por parte del Estado en la estructura, planeación e implementación de programas y políticas de atención a personas en situación de vulnerabilidad, es mediante la sentencia T-025/04 (Sentencia T-025, 2004), se declaró el “estado de cosas inconstitucional”, en donde se demostró la violación sistemática y reiterada de los derechos fundamentales de la población desplazada y en especial de algunos sectores sociales; pero especialmente la violación flagrante de los derechos que

demostraba las fallas en la estructura del estado al diseñar sus políticas de atención a las personas desplazadas.

Dice la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que para superar el Estado de Cosas Inconstitucional, que se refleja en la situación humanitaria de los indígenas transexuales Embera Chami, y que se caracteriza por la vulneración masiva y generalizada de derechos y la omisión estatal en el cumplimiento de sus obligaciones, entre estas la de expedir medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos, se requiere, la intervención de varias entidades, la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones , y un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

Finalmente, concluimos en esta investigación que la eficacia de los mecanismos de protección consagrados en el derecho internacional, particularmente en lo que concierne a la situación vivida por los indígenas transexuales Embera Chamí del departamento de Risaralda – Santuario, ha sido insuficiente, debido a la falta de compromiso, diligencia y actuación por parte del Estado Colombiano. Al día de hoy, el olvido y la violación de los derechos humanos de estas minorías todavía persisten. Por eso, para evitar que esta situación se siga prolongando se requiere actuación urgente por parte del Estado, un ejemplo, podría ser la adopción de medidas provisionales dirigidas hacia este tipo de población vulnerable, en las que se privilegien programas de salud, trabajo, educación, o en el desarrollo de políticas y programas de reinserción social, cultura, y multiculturalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AWID. (9 de Agosto de 2004). *Derechos de las mujeres y cambio económico*.
Obtenido de Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica:
https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf
- Bobbio, N. (1995). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*.
- Butler, J. (1990). *El género en disputa* .
- Casañas, J. (22 de Febrero de 2018). *El Espectador*. Obtenido de Indígenas trans, las rebeldes de santuario:
<https://www.elespectador.com/noticias/nacional/indigenas-trans-las-rebeldes-de-santuario/>
- Constitución Política . (1991). *Artículo 90*.
- Constitucion Política de Colombia. (1991). 31^a. Bogotá D.C.: LEGIS.
- Constitucional, C. (s.f.). Sentencia T-567/92 .
- Corte Constitucional. (s.f.). Sentencia T-652/98.
- Corte Constitucional, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. (1993). Sentencia T-380.
- Corte Constitucional, MP Gabriel Eduardo Mendoza. (29 de julio de 2016). Sentencia T-397.
- Corte Constitucional, MP Jose Gregorio Hernandez Galindo. (23 de Octubre de 1992). Sentencia T- 567.
- González Henao, R. (2011). La ablación genital femenina en comunidades emberá chamí. *Cadernos Pagu*, 37, 163-183.
- Hernandez Artigas, A. (2018). Opresión e interseccionalidad. *Dilemata*(26), 275-284.
- Llano, J. (2012). Teoría del derecho y pluralismo jurídico. *Criterio Jurídico*, 12(1), 191-214.
- Nieto, E. (2009). Pluralismo jurídico ¿moda o realidad? *Foro Jurídico*, 63-69.
- Núñez, N. M. (s.f.). *Multiculturalismo, derechos humanos y derechos de los indígenas en Colombia*.

- Organización Internacional del Trabajo. (1991). *Convenio 169*. Ginebra.
- Rubio, M. (7 de marzo de 2018). *El espectador*. Obtenido de Mujeres trans, niñas y justicia indígenas:
<https://www.elespectador.com/opinion/mujeres-trans-ninas-y-justicia-indigenas-columna-743227/>
- Rueda Carvajal, C. E. (s.f.). El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia .
- Sentencia T-025 (2004).
- Solano Velez, H. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Solís, N. (12 de Junio de 2010). *Aula Intercultural*. Obtenido de Diversidad sexual en pueblos indígenas:
<https://aulaintercultural.org/2010/06/12/diversidad-sexual-en-pueblos-indigenas/>
- Tobello Mayans, A. (10 de 03 de 2018). Así viven las indígenas transgénero en Colombia . *univision*.
- Umaña Mejía, F. (24 de octubre de 2017). *El Tiempo*. Obtenido de El pueblo donde reciben a los indígenas trans desterrados:
<https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/indigenas-embera-en-risaralda-que-se-declaran-homosexuales-144024>
- Unidad para la atención y reparación integral de víctimas. (2017). *Enfoque diferencial e interseccional*. Bogotá: Unidad para la atención y reparación integral de víctimas y Max Planck Foundation for International Peace and The Rule of Law.
- Uribe Sanchez, E. (s.f.). Comunidad Embera chami "transculturación".