

**Privación de la libertad de mujeres en periodo de
gestación en la jurisdicción indígena ecuatoriana**

**Deprivation of liberty of pregnant women
in the Ecuadorian indigenous jurisdiction**

Manuel Hernan Cayo-Vega

Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Manabí - Ecuador
cayo.92@hotmail.com

doi.org/10.33386/593dp.2022.1-1.968

RESUMEN

La Constitución del Ecuador ampara los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en consecuencia, las autoridades indígenas gozan de competencia y jurisdicción para solucionar conflictos internos con base en su derecho propio y tradiciones ancestrales, por ende, el objeto de esta investigación consiste en el análisis de ciertas prácticas ancestrales en contra de las mujeres indígenas durante el periodo de gestación como violación a sus derechos fundamentales.

Estas prácticas son de naturaleza punitiva e inadmisibles en un Estado Constitucional, los derechos inherentes a toda persona humana como la libertad, la igualdad, no discriminación por la condición de ser mujer y el interés superior del niño debe primar sobre los derechos colectivos de tales comunidades sin alterar la armonía y su convivencia comunitaria. Si las mujeres indígenas se sienten afectadas por las decisiones de las autoridades comunitarias deben recurrir a la máxima instancia de control Constitucional que en este caso es la Corte Constitucional del Ecuador.

Palabras clave: justicia indígena; prácticas ancestrales; derechos fundamentales; interés superior del niño; protección especial de las mujeres en periodo de gestación

Cómo citar este artículo:

APA:

Cayo-Vega, M., (2022). Privación de la libertad de mujeres en periodo de gestación en la jurisdicción indígena ecuatoriana. 593 Digital Publisher CEIT, 7(1-1), 496-509. <https://doi.org/10.33386/593dp.2022.1-1.968>

Descargar para Mendeley y Zotero

ABSTRACT

The Constitution of Ecuador protects the collective rights of indigenous people, consequently the indigenous authorities enjoy competence and jurisdiction to solve internal conflicts based on their own law and ancestral traditions, consequently the object of this research consists of the analysis of certain ancestral practices against indigenous women during the gestation period as a violation of their fundamental rights considering International Human Rights law.

These practices are punitive in nature and inadmissible in a Constitutional State of rights and justice, the immanent rights of every human person such as freedom, equality, non-discrimination due to the condition of being a woman and the best interests of the child must take precedence over rights collectives of such communities without altering the harmony and their communal coexistence. If indigenous women feel affected by the decisions of the indigenous authorities, they must go to the highest instance of Constitutional control, which in this case is the Constitutional Court of Ecuador.

Keywords: indigenous justice; ancestral practices; fundamental rights; best interests of the child; special protection of women in pregnancy

Introducción

Los pueblos originarios de América, incluso antes de la conquista española, coexistieron en sus territorios con sus propias organizaciones,¹ jerárquicas y modos de ejercer justicia. No se puede dar mayor ponderación histórica al sistema judicial monista de occidente, pues hacerlo implicaría desconocer y borrar de la historia la diversidad y riqueza cultural de estos pueblos. Su *modus vivendi*,² era de tal configuración que con el paso del tiempo las comunidades indígenas a diferencia de la justicia ordinaria, procuraban mantener la unidad comunitaria con un enfoque distinto de hacer justicia, no se sancionaba para excluir al miembro, por el contrario se castigaba para purificarlo y reinsertar de forma inmediata a su colectivo para mantener viva la unidad comunitaria base de toda su organización.

Walsh sitúa en un periodo inferior a dos décadas el reconocimiento de la diversidad en América del Sur y fruto de esto es que las constituciones latinoamericanas consagran el derecho a la identidad cultural o el derecho colectivo a la jurisdicción indígena,³ sin embargo, esos mismos textos constituciones han reconocido que el límite de esta jurisdicción son los derechos fundamentales del individuo.

El avance más significativo dentro del marco jurídico para estos pueblos históricamente excluidos lo hace la Constitución del año 2008, desde su preámbulo la carta política apela a la sabiduría ancestral de todas las culturas que enriquecen al Ecuador,⁴ y dedica una sección a la Jurisdicción Indígena y enfatiza que el Estado debe garantizar que las decisiones de la misma sean respetadas por las instituciones y autoridades;⁵ en lo que se refiere a los instrumentos internacionales este derecho de los pueblos indígenas está contemplado en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Este artículo hace énfasis en el análisis de las sentencias de las Cortes Constitucionales de Ecuador y Colombia, plantea que frente a

ciertas prácticas ancestrales en las comunidades indígenas aplicadas en las sanciones de naturaleza penal a mujeres indígenas y en especial si se encuentran en periodo de gestación, en un Estado Constitucional que reconoce la diversidad cultural, los derechos fundamentales constitucionales,⁶ de las mujeres indígenas como la libertad, la salud, no ser discriminada por su condición de mujer y el interés superior del niño debe primar sobre los derechos colectivos comunitarios, sin que esto signifique alterar la armonía comunitaria.

En consecuencia, mi pregunta de investigación es la siguiente ¿Cuál es el límite al ejercicio de la potestad punitiva de la jurisdicción indígena cuando se aplica sobre mujeres embarazadas? Para ello, a continuación, voy a desarrollar las siguientes ideas: la jurisdicción indígena en Ecuador. Constitución y leyes; la privación de la libertad de mujeres en periodo de gestación dentro de la jurisdicción indígena y Jurisprudencia de la corte constitucional ecuatoriana en materia de privación de la libertad de mujeres en periodo gestación dentro de la jurisdicción indígena.

La jurisdicción indígena en Ecuador. Constitución y leyes

Históricamente el Ecuador ha sido cuna de culturas indígenas: los Incas, los Kitu Karas, los Cañaris y los Huancavilcas. Estas civilizaciones enriquecieron con sus conocimientos en arqueología, ciencia médica y agronomía; estos pueblos mantuvieron su propio sistema político, económico y cultural. Durante siglos resolvieron sus conflictos internos con base en sus tradiciones culturales transmitidas de manera oral a sus descendientes, esto les permitió vivir en paz en su comunidad y en armonía con la naturaleza o pacha mama.

La conquista española significó un conflicto con las costumbres, ideologías y normas jurídicas consuetudinarias que mantuvieron hasta entonces los pueblos originarios. Los europeos imponían su propio sistema por medio de la violencia, la opresión, exclusión y racismo que habría de durar siglos llegando casi al exterminio de una raza que después de 500 años de lucha se resiste a desaparecer. En este largo periodo los españoles aprendieron y mantuvieron las costumbres y tradiciones de los pueblos originarios:

“Desde una perspectiva histórica y a manera de referencia, de acuerdo con la certificación conferida por la directora ejecutiva del Archivo Nacional, que consta a foja 288 del expediente, el entonces Rey de España comunicó al presidente y oidores de la Real Audiencia de Quito que:

Presidente y Oidores de la nuestra Audiencia Real que reside en la ciudad de San Francisco de la Provincia del Quito nos somos informados que los indios naturales de esa provincia del Quito no son gobernados por las leyes y provisiones nuestras sobre ellos dadas sino por las de estos Reinos siendo diversa la república y el gobierno de donde se sigue los enseñan a pleitear en los negocios y de usurpar las haciendas ajenas con autoridad y justicia y se les pervierte su gobierno quitándoles de la sujeción de sus caciques y señores naturales y porque como sabéis tenéis orden precisa de

que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustas”.

En igual línea de pensamiento el referido texto ilustró la necesidad de establecer una cédula en los siguientes términos:

“De no hacerse así demás de seguirse tanto daño de los indios no somos des servido y nuestra voluntad es para que mejor se acierte se os declare y abierta más en particular la orden que en ello haréis detener y para hacedlo es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en el tiempo de su gentilidad en todo el término de vuestro gobierno os mandamos que luego que recibáis esta nuestra cédula ayais información de ello muy en particular lo cual enviaréis al Nuestro Consejo de las Indias para que en él vista se provea lo que convenga fecha en Badajoz a 23 de septiembre de mil quinientos y ochenta años Yo el Rey”.⁷

Frente a la colisión de normas, culturas y principios entre los pueblos originarios y los europeos, el Rey de España reconoció la autonomía de las competencias indígenas e instó a que sus regidores y oidores apliquen procedimientos judiciales con miramientos del derecho indígena; este reconocimiento es un hito, lo cual es una clarísima muestra de que el derecho indígena precede a la conquista y la organización del Ecuador como República; para poder mantener el orden e implantar de forma paulatina el sistema jurídico monista era necesario que los españoles adoptaran el sistema de los pueblos indígenas.

Los españoles aprendieron mucho de los Romanos y, fue éste el sistema que utilizaron con los pueblos conquistados; es decir, “frente al temor de las sublevaciones lo que hicieron fue conceder la práctica de su derecho consuetudinario”⁸, de este modo apaciguaban rebeliones; y se garantizaba la continuidad del derecho comunitario como sucede hasta hoy. La práctica de este derecho consuetudinario no se ha reducido al sistema escrito, se ha transmitido de manera oral de generación en generación, esta

es la principal diferencia entre el derecho estatal y el comunitario.

En igual línea de pensamiento Reig ha precisado lo siguiente;

“El reconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas se evidenció a la permanencia y uso de patrones de comportamiento que respondían a su idiosincrasia, además en el marco jurídico se permitió la ejecución de su derecho en determinadas circunstancias siempre que estas prácticas no atentaran contra los principios de la religión cristiana”⁹.

Entonces no se puede negar y borrar de la historia la diversidad étnica y cultural que han venido practicando las comunidades indígenas a lo largo de la historia, puesto que su existencia como se ha dicho precede a la Constitución del Ecuador como Estado, lo nuevo y novedoso es el reconocimiento e incorporación en textos normativos de la existencia de estos pueblos.

La característica principal de los pueblos indígenas, hasta ahora poco entendida, es su cosmovisión y su filosofía de vida; su *modus vivendi* es la armonía con la naturaleza y con los miembros de la comunidad. Estas dos circunstancias son medulares para el normal desarrollo comunitario. Para Hidalgo, este principio es un valor de vida y no un programa político:

“El *sumak kawsay* puede ser definido como forma de vida en armonía con la naturaleza y con otros seres humanos. Esta es la idea que está implícita en las citadas constituciones. Idea que parte de una concepción de la vida deseable inspirada en la cultura de los pueblos indígenas, quechuas y aymaras especialmente, y que se apoya en los principios de equidad social y sostenibilidad ambiental”¹⁰

Para los pueblos indígenas este principio del buen vivir es una filosofía de vida y no una estrategia política. Nuestra Constitución del año 2008 incorpora este término: “Desde entonces las acciones gubernamentales, como la explotación petrolera y la agroindustria, están enfocadas en

el Buen Vivir”¹¹. Este buen vivir no debe ser entendido de manera aislada y propio de las comunidades indígenas, sino como una filosofía de vida global parecida a la desarrollada por la ONU.

Por un lado, el *sumak kawsay* es una filosofía de vida comunitaria en armonía con sus miembros y, por otro, muy arraigado a este término encontramos el vocablo *Pacha mama* o madre tierra, para la cosmovisión indígena el territorio no es un medio aislado y lucrativo, sino un elemento esencial donde se genera la vida y el sustento para la comunidad. “Así, para los pueblos indígenas, el territorio constituye un elemento de carácter material como espiritual, indispensable para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras”¹². De lo cual podemos concluir que la filosofía de los pueblos indígenas es su convivir armónico con sus semejantes y con la madre tierra, su justicia es eminentemente restaurativa y curativa para reinsertar al individuo a su entorno.

La filosofía del buen vivir en armonía con la *pacha mama* es adoptada en la constitución del Ecuador. Su preámbulo señala: “... Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”¹³. Entonces, para practicar esta filosofía de vida es imprescindible un encuentro de mutuo respeto entre pueblos y una consideración a la madre naturaleza no como objeto de extracción y explotación, sino como un elemento esencial para poder ejercitar el buen vivir.

Un paso importante para varios países de América y en especial para el Ecuador sería la ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT (1989), “este cuerpo normativo jugó un rol fundamental para la adopción de sistemas jurídicos pluralistas en Latinoamérica, puesto que reconoció a los distintos pueblos indígenas prerrogativas que

durante mucho tiempo fueron ignoradas”.¹⁴ Los países Latinoamericanos signatarios de aquel Convenio son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

La consecuencia medular de esta ratificación se traduce en que los estados signatarios: “... se comprometieron a cambiar su sistema constitucional de tal manera que les permita la inclusión de las prácticas y tradiciones indígenas dentro del marco del sistema jurisdiccional nacional”.¹⁵

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en el nuevo paradigma Constitucional ha venido a significar un marco emancipatorio y se afianza en la afirmación de que el derecho no emana del poder centralizado, sino, por el contrario, las sociedades que conviven en ella son los originales creadores de normas y costumbres.

La Constitución del año 2008 en su primer artículo reconoce al Estado Ecuatoriano como intercultural y plurinacional; esto implica una transformación profunda en la administración de justicia. La interculturalidad en el ámbito jurídico demandaría, además, que la justicia propicie:

“el análisis de los delitos desde los contextos culturales en los que se cometen, alentando una consideración de las diferencias culturales y una conciliación en torno a ellas y reconociendo las maneras variadas contemporáneas de construir y vivir en comunidad y colectividad”¹⁶.

Similar Criterio es el que mantiene Grijalva“... la interculturalidad enfatiza las relaciones entre distintos y su encuentro respetuoso y fructífero”.¹⁷ Este nuevo paradigma constitucional difiere con el concepto tradicional sistema monista de concebir el derecho, su aplicación y creación de normas desde el estado monista, entonces “... la noción de interculturalidad hace énfasis en las relaciones socioculturales individuales y colectivas entre pueblos indígenas, y especialmente de estos,

con la sociedad mestiza”¹⁸ En consecuencia, la interculturalidad no debe ser entendida como un simple encuentro sin resultados, sino que en el ámbito jurídico debe traducirse también a una justicia intercultural entendiendo las particularidades del otro y garantizar un efectivo goce de los derechos desde un enfoque cultural.

Es precisamente por este enfoque intercultural que las decisiones adoptadas por la jurisdicción indígena serán respetadas,¹⁹ y están sujetas al control de constitucionalidad. En materia de Justicia Indígena la Corte Constitucional de Colombia ha sido el organismo que mayor jurisprudencia ha desarrollado al respecto. En tanto que la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado jurisprudencia en pocos casos; la sentencia que marcó un hito en cuanto a los alcances y límites de la jurisdicción indígena es el denominado “Caso la Cocha”, Sentencia No. 113-14-SEP-CC. Mediante acción extraordinaria de protección presentada en relación con un caso de un asesinato producido en el seno de una comunidad indígena perteneciente al Pueblo Panzaleo de Cotopaxi. La Corte Constitucional emitió una sentencia que dejó sentado precedentes jurisprudenciales. De este fallo podemos destacar dos puntos medulares. 1.- Cuando existe una sanción en la jurisdicción indígena sobre delitos contra la vida no existe doble juzgamiento y se debe sancionar en la justicia ordinaria. 2.- A partir de la expedición de ese fallo, los casos que atenten contra la vida dentro de la jurisdicción indígena deben ser conocidos por jueces ordinarios.

En esta sentencia el juez Constitucional para poder aplicar el principio de interpretación intercultural requirió de la intervención de peritos:

“Por la complejidad del tema y para una mayor comprensión objetiva respecto al derecho propio del pueblo Kichwa Panzaleo, el juez Patricio Pazmiño Freire requirió la colaboración de los expertos Esther Sánchez y Pedro Torres, quienes realizaron los peritajes correspondientes que fueron presentados a la Corte Constitucional de Ecuador para la resolución de la presente causa, y cuyo contenido se desarrolla en esta

sentencia”.²⁰

La intervención de estos peritos permite o facilita el entendimiento de los modos de vida, de los hechos suscitados y las prácticas culturales que mantienen las comunidades indígenas para que el juez ejercite el encuentro intercultural y se traduzca en una acertada resolución.

En la Sentencia No. 134-13—EP/20, la Corte Constitucional analizó el caso de un indígena expulsado de su comunidad por cometer graves afectaciones a los integrantes. Igual que en el caso anterior la corte Constitucional enfatiza la necesidad de examinar este caso a la luz del principio de interculturalidad:

“33. La interculturalidad reconoce el entramado de relaciones que tienen lugar entre las diversas culturas y propicia su convivencia sobre la base de la igualdad sin descaracterizar los elementos que configuran su identidad. En tanto que, la plurinacionalidad reconoce, respeta y articula las diversas formas de organización social, política y jurídicas que deben coexistir, sin jerarquización, bajo un proyecto político común”.²¹

Como se puede advertir la interculturalidad y la plurinacionalidad son los retos del constitucionalismo moderno, estos principios deben ser aplicados en todos los ámbitos como salud, educación, medicina y administración de justicia. Pasar de la mera retórica a un verdadero ejercicio de interculturalidad requiere de un esfuerzo mancomunado tanto de las esferas públicas, colectividades y organizaciones sociales.

En tanto que en la sentencia No. 112-14-JH/21, ha sido en la que mayor énfasis se aplica el principio de plurinacionalidad e interculturalidad, por cuanto en esta se analiza la privación de libertad a las personas indígenas de la nacionalidad Waorani y pueblos de reciente contacto y de forma textual la corte cita:

“26. Cabe señalar que la perspectiva intercultural y dialógica la Corte la entiende, no como una opción sino como una obligación

constitucional, debido al carácter plurinacional e intercultural que la Carta Fundamental establece para el Estado ecuatoriano y sus instituciones”.²²

Podemos concluir que los principios de plurinacionalidad e interculturalidad contemplados en la Carta Fundamental de la República irradian todos los órganos y funciones del Estado permitiendo la inclusión de todas las culturas, pueblos y nacionalidades que habitan el Ecuador; la interculturalidad va más allá permitiendo el encuentro armónico y la convivencia de todos los pueblos en la unidad del Estado.

La privación de la libertad de mujeres en periodo de gestación dentro de la jurisdicción indígena

El derecho a vivir conforme a sus normas y procedimientos propios es un derecho colectivo de las comunidades indígenas reconocido en la Constitución, esto implica que como fuente del derecho se reconozca las prácticas tradicionales ancestrales.

Los estudios practicados en algunas comunidades indígenas de América Latina evidencian que ciertas prácticas culturales contrarían los derechos constitucionales y fundamentales: “Las mujeres no suelen ser autoridades y por lo tanto están excluidas de los espacios formales de poder de las comunidades”²³, esta práctica está muy arraigada a la creencia de que el esposo es el soporte y sostén del hogar y las mujeres dedicadas exclusivamente al cuidado de los niños y la casa, sin lugar a dudas esta práctica colisiona con los principios fundamentales de igualdad entre hombres y mujeres o khariwarmi,²⁴ y los derechos de participación en la toma de decisiones que es decisivo para la convivencia comunitaria. Estas y otras prácticas culturales en un estado constitucional de derechos no pueden ser aceptadas como jurídicas, tanto más si colisionan de manera abierta con los derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido: “Los derechos fundamentales constitucionales

constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”²⁵ entre estos particulares se incluyen las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; es decir, los derechos fundamentales constituyen el límite material al principio de diversidad étnica y cultural.

Como se expuso en líneas anteriores, las mujeres indígenas sufren exclusión en diversos ámbitos dentro de sus comunidades; en cuanto a la aplicación de sanciones, las investigaciones muestran que son más severas las sanciones a las faltas de las mujeres que de los hombres; en las comunidades indígenas cuando el cabildo mediante el proceso de denuncia o Willachina,²⁶ toma conocimiento de un hecho que altera la armonía colectiva, ordena que el involucrado esté privado de su libertad hasta realizar las averiguaciones del caso conocido como Tapuykuna.²⁷

Esta privación indeterminada de libertad tratándose de mujeres y en especial si están en periodo de gestación es contraria a los derechos humanos y derechos constitucionales; tal es el caso acaecido en una comunidad indígena en la provincia de Cotopaxi, la comunidad indígena privó de la libertad a una mujer indígena en periodo de gestación junto con su niña de siete meses de edad aduciendo una deuda, ello pese a que la persona privada de la libertad no tenía pertenencia aquella comunidad, lo cual muestra una clara extralimitación y abuso de la jurisdicción indígena. Durante este encierro no le permitieron ingresar artículos de aseo, le mantuvieron con poca alimentación, le negaron atención médica; tras permanecer seis días privada de su libertad, el último día en los interiores de esta comunidad sufrió aborto no consentido producto de las malas condiciones y poca alimentación en que se encontraba, por cuanto el lugar del encierro apenas contaba con una estera y prácticamente estuvo durmiendo en el suelo.

En el caso mencionado también se vulneró el interés superior del niño, al no garantizar su integridad y no adoptar medidas de seguridad u otras alternativas que garanticen su salud y seguridad, en esta misma línea argumentativa la

Corte Constitucional del Ecuador ha sostenido:

“El principio del interés superior del niño es un principio cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que tiene una consideración primordial al momento de la adopción de todo tipo de medidas, en los ámbitos públicos y privados, que les conciernen, ya que goza incluso de reconocimiento internacional universal y, a través del tiempo, adquirió el carácter de norma de derecho internacional”²⁸

Indistintamente del ámbito donde se susciten conflictos se debe salvaguardar los derechos de los menores, si se pondera derechos colectivos y el interés superior del niño, se trasluce que los derechos colectivos deben ceder por cuanto los menores gozan de protección especial tal como afirma la corte Constitucional:

“53. El interés superior del niño, como principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo”²⁹

En este caso particular las prácticas de diversidad étnica y cultural no tutelan principios fundamentales. Según la Corte Constitucional de Colombia: “Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural”.³⁰ Bajo estas circunstancias la supremacía de la norma Constitucional y los derechos fundamentales priman sobre los derechos colectivos porque se están vulnerando varios derechos conexos.

Uno de los objetivos medulares de las Naciones Unidas es la lucha contra la violencia ejercida en todos los ámbitos en contra de las mujeres, el respeto y protección de su integridad en todas sus dimensiones. En esta misma línea de pensamiento la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que las dimensiones de la integridad comprenden: “integridad física, integridad psíquica o psicológica, integridad moral e integridad sexual”.³¹ En el caso en estudio, al privar de su libertad a una mujer y su hija se habrían vulnerado sus derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales.

La Convención Belem do Pará en su artículo 1 dice “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”³². Es decir, la violencia que sufre una mujer puede venir desde cualquier persona, cualquier ámbito que impida el efectivo goce de sus derechos.

Es preciso resaltar que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en su artículo 1 dispone: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”³³. Dentro de los convenios internacionales se evidencia que la violencia ejercida contra las mujeres es una ofensa a la dignidad humana que menoscaba las capacidades de la mujer y anula su trato justo, igualitario y equitativo en todos los espacios de la sociedad.

En el caso expuesto, *prima facie*, se evidencia graves vulneraciones del derecho a la vida, el derecho a la libertad, derecho a la salud, derecho al libre tránsito, derecho a la comunicación, derecho a la igualdad, el derecho a un trato justo y no discriminatorio. Estas prácticas de privar indeterminadamente a una mujer en periodo de gestación junto a su hija menor de edad colisionan con los principios Constitucionales por cuanto el mínimo jurídico a observarse en la jurisdicción indígena son los derechos fundamentales.

Las personas afectadas en sus derechos fundamentales deben ejercer su derecho a la defensa y en el caso de Ecuador el órgano competente para realizar el control de Constitucionalidad es la Corte Constitucional del

Ecuador, instancia que analiza las actuaciones de la jurisdicción indígena, por cuanto en un estado constitucional de derechos y justicia ninguna norma local tiene primacía sobre la Carta Fundamental.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana en materia de privación de la libertad de mujeres en gestación dentro de la jurisdicción indígena

En nuestra legislación las personas que se encuentran en periodo de gestación están enmarcadas dentro de los grupos de atención prioritaria³⁴, ello hace merecedor de un trato diferenciado y de atención óptima en todos los ámbitos donde se desenvuelva una mujer. Bajo esta misma línea argumentativa la Corte Constitucional del Ecuador sostiene “79. Esta atención especial se direcciona a proteger la salud y la vida de las mujeres durante el embarazo, parto y postparto, y a generar las condiciones adecuadas para su recuperación”³⁵. Esta protección especial se debe garantizar en todos los espacios a fin de que la mujer no sufra vulneración de derechos Constitucionales.

La Corte hace énfasis en cuanto a la atención priorizada que se debe brindar a las personas que pertenezcan a los grupos de atención prioritaria, con mucho énfasis a mujeres, niños y personas con discapacidad así tenemos:

“40. La atención prioritaria significa que entre varias personas o grupos humanos que requieren prestación de servicios, tienen precedencia, entre otros, las mujeres embarazadas y las personas recién nacidas. Estando en situación de requerir el servicio, el prestador, sea público o privado, debe dar antelación a los miembros del grupo prioritario. La prioridad también se puede entender que, entre las condiciones que se necesitan para ofrecer el servicio, se debe atender a la situación que genera la preferencia, que puede ser la edad o el embarazo”³⁶.

Dentro de las atenciones prioritarias que se debe dar a todas las personas es el derecho a la salud; en el caso expuesto, cuando se le privó de la libertad a una mujer con su hija y en periodo

de gestación, se vulneró su derecho a la salud por cuanto este derecho es universal, ni aun en conflictos bélicos se suspende este derecho de ser asistido por un médico. Este derecho es universal y así está contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁷.

La autoridad indígena en el marco de sus competencias debe garantizar la tutela de los derechos reconocidos en la constitución y los tratados internacionales por cuanto las mismas son de directa e inmediata aplicación; el Código Orgánico de la Función Judicial establece que: “No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres³⁸”. De esto se infiere que el ámbito donde se produce la violencia puede ser privado o público, frente a lo cual está llamado a actuar toda la sociedad y más tratándose de autoridades indígenas deben garantizar el efectivo goce de los derechos dentro de su jurisdicción.

Críticas y sugerencias

La privación de la libertad en el proceso penal es de última ratio, nuestra legislación contempla la figura de la prisión preventiva, la misma debe ser fundamentada, cuya finalidad es la comparecencia del procesado al juicio y el cumplimiento de la pena. La justicia indígena es conciliador cuya finalidad es reinsertar a su vida comunitaria al individuo que sufre una desviación de la filosofía del *sumak kaysay*³⁹; entonces, no tiene ningún sentido que las autoridades indígenas priven de su libertad de forma indeterminada a una mujer en periodo de gestación, con una menor de edad, la actuación de la autoridad indígena es completamente contrario de la filosofía del buen vivir; el Convenio 169 de la OIT en su artículo segundo textualmente expresa: “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”⁴⁰, esto en tratándose de la justicia ordinaria; ahora la justicia indígena no debe actuar al margen de este precepto, la autoridad indígena debe garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales y más tratándose de personas que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria.

Por otro lado, si examinamos el procedimiento de la autoridad indígena en el caso de la privación de la libertad a la mujer en periodo de gestación de forma indeterminada, es contraria a las costumbres propias de la justicia indígena, por cuanto la misma es restauradora y purificadora, no sancionatoria con penas privativas de libertad. En la cosmovisión de los pueblos indígenas la infracción es considerada un problema que rompe la armonía comunitaria, para ellos la justicia es concebida como una vía restauradora y no un mecanismo para excluir a sus miembros y menos privarlos de la libertad.

La Constitución del Ecuador ampara la administración de justicia indígena con base en sus tradiciones ancestrales dentro del ámbito territorial donde se producen los hechos; si bien es cierto, en el Ecuador existen 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas, las costumbres, tradiciones, ritos y su manera de relacionarse con la pacha mama o madre naturaleza difieren de comunidad en comunidad y de pueblo en pueblo; por esta razón no se puede hablar de una visión unitaria respecto de las relaciones culturales de los pueblos indígenas en el Ecuador. En consecuencia, la administración de la justicia comunitaria también difiere de comunidad en comunidad, esto en razón de que las prácticas ancestrales varían en cada pueblo indígena.

Cuando la autoridad indígena ordenó la privación de la libertad a una mujer en periodo de gestación pese a que no tenía pertenencia comunitaria, ejerció de manera extralimitada las competencias de administración de justicia indígena; esta persona tenía derecho a su juez natural, estas circunstancias fueron inobservadas. Al respecto el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en sentencia No. 0037/2013, ha sido enfático en señalar: para que la autoridad indígena pueda administrar justicia indígena dentro de su territorio debe cumplir tres presupuestos: ámbito personal, territorial y material. Si no se verifica los presupuestos señalados la autoridad indígena carece de competencia para resolver.

Bajo estas circunstancias, se recomienda a la autoridad indígena que, tratándose de mujeres en periodo de gestación, personas con discapacidad, niños y adultos mayores, se verifique el cumplimiento de los presupuestos de competencia debido a persona, territorio y materia. Debe garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales, por cuanto los mínimos jurídicos a observar y respetar en la aplicación de la justicia comunitaria son los derechos fundamentales, la inviolabilidad de la vida.

Conclusiones

La existencia de las comunidades indígenas es anterior a la conformación del Estado mismo como República; la imposición del sistema Europeo en América latina y el Ecuador significó mantener a los pueblos originarios en la miseria, el racismo y exclusión durante siglos. El sistema monista, centralizado y excluyente, no logra explicar ciertos fenómenos que suceden en la práctica en el seno de las sociedades; el derecho es viviente, apremia y exige respuestas presentes a urgencias presentes también y, la respuesta a esta realidad patente es el pluralismo jurídico.

Con la ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT (1989) y el reconocimiento de los derechos colectivos y justicia indígena en algunas de las constituciones latinoamericanas el destino de los pueblos originarios del Abya Yala⁴¹ tomaría un significado diferente; por primera vez en la historia los pueblos indígenas son reconocidos como sujetos de derechos y las autoridades indígenas gozan de competencia y jurisdicción para solucionar conflictos dentro de su territorio.

Las autoridades de las comunidades indígenas con base en sus tradiciones ancestrales y el derecho propio ejercen funciones jurisdiccionales; empero de aquello cuando se juzgan a mujeres indígenas, se evidencian ciertas prácticas culturales que son contrarias a los derechos fundamentales constitucionales tales como: discriminación a la mujer por su

condición de ser mujer, privación de la libertad de forma indeterminada; a esto también se suma que el interés superior de los niños tampoco son sopesados a la luz de los instrumentos internacionales.

La conclusión a la que arriba el presente artículo es que cuando se juzga a mujeres y en especial si se encuentran en periodo de gestación las autoridades indígenas deben hacerlo en estricta observancia de los derechos y principios que son irrenunciables y tienen mayor ponderación frente a otros derechos tales como: interés superior del niño, derecho a la salud, derecho a la alimentación, derecho a la libertad. Los derechos fundamentales constitucionales, los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales constituyen el mínimo jurídico obligatorio a ser observados por las autoridades indígenas.

Referencias bibliográficas

Aguilar Cavallo Gonzalo, *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, N.º 1, 2008, pág. 226. Citado en Sentencia Corte Constitucional del Ecuador No. 064-15-CEP-CC. Magistrada Ponente Tatiana Ordeñana Sierra.

Carpio Frixone, María Bernarda, *Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?*, p 214. file:///C:/Users/PC%202/Downloads/882-Texto%20del%20art%203%ADculo-2067-1-10-20170503

Código orgánico de la Función Judicial. Art. 343. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo del 2009 última modificación: 22 de mayo del 2015.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de Octubre de 2008.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

- la Mujer “Convención de Belém do Pará” (Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General), Artículo 1.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer-CEDAW. (ONU, 1979), Artículo 1.
- Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, p 36.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia No. T-254/94. Jurisdicción Indígena. Magistrada ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T – 254/94. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados. Magistrado Ponente Ramiro Ávila Santamaría.
- Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 904-12-JP/19. Magistrado ponente Ramiro Ávila Santamaría.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 112-14-JH/21. Magistrado Ponente Agustín Grijalva Jiménez.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 112-14-JH/21. Párrafo 22. Magistrado Ponente Agustín Grijalva Jiménez.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 113-14-SEP-CC. “Caso la Cocha”. Magistrada Ponente Ruth Seni Pinoargote.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 113-14-SEP-CC. “Caso la Cocha”.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 134-13-EP/20. Magistrado Ponente Agustín Grijalva Jiménez.
- Corte constitucional del Ecuador. Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados. Magistrada Ponente Karla Andrade Quevedo.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. Sentencia No. 207-11-JH/20. Magistrado ponente Daniela Salazar Marín.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 25. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Hidalgo Capitán Antonio Luis, Cubillo Guevara, Ana Patricia, *Seis debates abiertos sobre el Sumak Kawsay* (Quito: íconos Revista de Ciencias Sociales, 2014), P.26. (En línea) <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/iconos/article/view/1204/1103>
- Morocho Ajila Segundo, *Sumak Kawsay: ¿Estrategia Política o Filosofía de vida?* (Cuenca Ecuador: Revista De Ciencias Sociales y Humanas Universitas), p 180. (En línea) file:///C:/Users/PC%202/Downloads/1523-Article%20Text-8147-1-10-20170628
- Reig José y Larrea Juan. *Manual de Historia del Derecho en Ecuador* (Quito Ecuador: Editora Jurídica Cevallos, 2016).
- Sánchez Padilla Patricio. *Justicia Indígena en la Región Andina: Especial referencia a la República del Ecuador*. Tesis doctoral (Salamanca, 2018), p 18.
- Vásquez Dominga, *Experiencia de una alcaldesa indígena* citada por Rocío Villanueva Flores, *Constitucionalismo, pluralismo jurídico y Derecho de las Mujeres Indígenas*. Artículo de reflexión. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Revista de Derecho Público No. 32. Enero – Junio de 2014. ISSN 1909-7778.
- Walsh Catherine, *el pluralismo jurídico: el desafío de la interculturalidad* (Rio de Janeiro: Revista Nueva América, 2012), p. 37. (En línea). <http://catherine-walsh>.

blogspot.com/2012/08/el-pluralismo-juridico-el-desafio-de-la.html. Citado por Rocío Villanueva Flores. *La interpretación intercultural en el Estado constitucional*. (Bogotá: Revista de Derecho del Estado, 2015), p295.

Walsh Catherine, *Interculturalidad y decolonidad: perspectivas críticas y políticas (Visao Global, 2012), vol 15, num. 1-2, p.62.*