



Revista Metropolitana de Ciencias
Aplicadas
ISSN: 2661-6521
revista@umet.edu.ec
Universidad Metropolitana
Ecuador

Bourgeat Flores, Pepita Ximena; Morales Navarrete, Martha Alejandra
LA MEDIACIÓN DENTRO DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas, vol. 6, núm. Esp2, octubre, 2023, pp. 133-
141

Universidad Metropolitana
Guayaquil, Ecuador., Ecuador

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=721778126015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

14

LA MEDIACIÓN DENTRO DE LA JUSTICIA INDÍGENA

LA MEDIACIÓN

DENTRO DE LA JUSTICIA INDÍGENA

MEDIATION WITHIN THE INDIGENOUS JUSTICE

Pepita Ximena Bourgeat-Flores¹

E-mail: pepibfdk@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2700-2877>

Martha Alejandra Morales-Navarrete¹

E-mail: marthamorales@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6835-9955>

¹ Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Bourgeat-Flores, P. X., & Morales-Navarrete, M. A. (2023). La mediación dentro de la justicia indígena. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(S2), 133-141.

RESUMEN

De acuerdo con la Constitución en la República del Ecuador, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas están facultados para ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales y su derecho propio. Actualmente, las autoridades de dichas comunidades pueden resolver las diversas controversias internas de conformidad con sus propias leyes y políticas, siempre que no violen la Constitución ni los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El Estado debe asegurar que todos los organismos e instituciones públicas se adhieran a las sentencias de la jurisdicción indígena; con excepción de la materia penal, que tiene un tratamiento diferenciado en justicia ordinaria. Con este enfoque, reconocemos que el Estado no es la única fuente de justicia, siendo aplicable un sistema legal paralelo que respeta las normas de las comunidades nativas. Así pues, surgen alternativas de resolución de conflictos como la mediación, como un método viable para resolver disputas. Debido a su éxito en la protección de las normas y tradiciones culturales de las comunidades indígenas, esta figura sirve como un modelo ilustrativo de diversidad legal. En este trabajo se profundiza en el valor de la mediación como medio para conseguir un pluralismo jurídico que respete los usos y costumbres indígenas.

Palabras clave:

Arbitraje, cosmovisión, justicia indígena, mediación.

ABSTRACT

In accordance with the Constitution in the Republic of Ecuador, indigenous communities, peoples and nationalities are empowered to exercise jurisdictional functions in their territorial scope, in accordance with their ancestral traditions and their own law. Currently, the authorities of these communities can resolve the various internal controversies in accordance with their own laws and policies, as long as they do not violate the Constitution or internationally recognized human rights. The State must ensure that all public agencies and institutions adhere to the rulings of the indigenous jurisdiction; with the exception of criminal matters, which have a differentiated treatment in ordinary justice. With this approach, we recognize that the State is not the only source of justice, being applicable a parallel legal system that respects the norms of the native communities. Thus, conflict resolution alternatives such as mediation emerge as a viable method to resolve disputes. Due to his success in protecting the cultural norms and traditions of indigenous communities, this figure serves as an illustrative model of legal diversity. This paper delves into the value of mediation as a means to achieve legal pluralism that respects indigenous uses and customs.

Keywords:

Arbitration, worldview, indigenous justice, mediation.

INTRODUCCIÓN

Al construir su estructura constitucional, los gobiernos soberanos de América Latina incorporaron corrientes occidentales de teoría jurídica. El derecho indígena, al que se suele denominar “usos y tradiciones” o “administración indígena de justicia”, fue descuidado durante mucho tiempo y tuvo un estatus legal inferior hasta hace muy poco tiempo (Barié, 2008).

Como indica Aragón (2007), existen una serie de lineamientos que caracterizan al derecho indígena. En primer lugar, supone llevar a cabo en la práctica un concepto de justicia que proviene de la cosmovisión, lo cual no es más que el conjunto de creencias, valores y sistemas de conocimiento que articulan la vida social de los grupos indígenas. Entre sus características está la naturaleza oral (a diferencia del derecho estatal, que consta de un código escrito), la orientación cosmológica (que implica incluir a la naturaleza y lo místico como parte de lo jurídico), y el carácter colectivista, ya que el indígena no se concibe como individuo aislado y siempre se tiene en cuenta que pertenece a una cierta comunidad con cultura e identidad propias (Aragón, 2007). Esta colectividad implica que el proceso jurídico es público, y es de destacar también que el ordenamiento jurídico está en permanente adecuación, no es fijo y se adapta a las nuevas circunstancias (Barié, 2008).

En función de lo anterior, dentro del sistema de justicia indígena encontramos la progresiva incorporación de medios alternativos de resolución de conflictos, extraídos de ramas del derecho positivo como es el arbitraje, la negociación, la conciliación y la mediación, que se emplean en situaciones como divorcios, disputas por herencias y propiedad o reembolso de préstamos (Barié, 2008). La pluralidad jurídica implica la aplicación y reconocimiento de estas herramientas en igualdad al derecho estatal, cuyo tratamiento especial daría lugar a una convivencia más justa y democrática para todos los sectores (Aragón, 2007) y así evitar la exclusión y marginación de los pueblos indígenas, cuya lucha ancestral ha generado la gradual conquista e incorporación de derechos en sistemas constitucionales de cada nación, así como en tratados y convenios internacionales.

Sin embargo, el reconocimiento constitucional de esta pluralidad jurídica no se ha llevado a cabo en la práctica en su totalidad en la mayoría de países latinoamericanos, por lo que el objetivo en el marco jurídico de los estados es llegar a esta integración (Barié, 2008).

En este contexto se destaca la importancia de la mediación como herramienta dentro de la Justicia Indígena, que radica en la posibilidad que tienen los pueblos y nacionalidades de acceder a este método alternativo de solución de conflictos dentro de sus comunidades. Con él se respecta su propia idiosincrasia, el derecho que tienen de ser juzgados por sus propias normas, sus prácticas sociales

y dentro de su territorio; lo cual nos lleva a considerar que se han generado importantes avances para la materialización del principio del pluralismo jurídico basado en la interculturalidad y la plurinacionalidad, al ser reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador que dispone: “se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos.” Art. 57; Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2008).

Este pluralismo jurídico responde a un nuevo modelo de Estado en el cual se deja a un lado el monismo jurídico, y se reconocen los principios de igualdad, autodeterminación, no discriminación y el derecho que tienen los pueblos y comunidades indígenas de acceso a la justicia respetando y protegiendo su territorio y sus recursos, lo cual ha sido posible gracias a la lucha y a la capacidad de resistencia de los pueblos indígenas frente a la explotación económica, a la opresión política, y a la discriminación social de la cual han sido objeto. Pese a lo cual, se mantienen sus valores, conocimientos, sabidurías ancestrales, su cultura y su sistema jurisdiccional.

Por ello, el punto de partida para el pleno ejercicio de los demás derechos, es la libre determinación, que implica la facultad de negociar y establecer relaciones con los demás pueblos en base a la igualdad, siendo de esta manera la autonomía el camino hacia la formación de un nuevo Estado que haga referencia a la reproducción de las comunidades indígenas se ríjan económica, social y culturalmente con el ejercicio pleno de sus derechos históricos.

DESARROLLO

Los pueblos indígenas de todo el mundo han sido responsables de la preservación de una parte importante del legado histórico y cultural de la humanidad. En este sentido, las lenguas indígenas constituyen la gran mayoría del acervo lingüístico total del mundo, y los pueblos indígenas tienen una gran cantidad de conocimientos acumulados, expresiones artísticas, tradiciones religiosas y culturales que han transmitido a las generaciones posteriores. Existen desafíos particulares para los pueblos indígenas en todo el mundo. La mayoría de los indígenas enfrentan discriminación por su origen étnico, y esto puede verse agravado por otros factores como el género o la clase social, entre otros. Esto dificulta que los indígenas accedan a la justicia.

La interculturalidad se ha convertido en un medio de transformación y aceptación de las prácticas culturales, necesarias para el desarrollo de la identidad colectiva, interpretada como la cura al no reconocimiento de la antigüedad; es decir, por la negación y marginación a lo largo de los años, esclavizados y oprimidos en la historia, el

reconocimiento pretende sanar el conflicto histórico entre etnias. La interculturalidad tiene lugar cuando las mismas culturas establecen puentes de comunicación en situación de equidad en sociedades ya reconocidas como tal, influenciado los medios comunicativos por las mismas culturas, a fin de desarrollar su identidad.

Otro factor de gran importancia viene dado a la forma en que a lo largo de la historia, las comunidades indígenas imparten justicia, generando decisiones tomadas en razón de su cultura, usos, tradiciones y costumbres en la forma de entender la vida y la naturaleza, valores diferentes a los valores del mundo occidental; no obstante, los valores de la justicia indígena no son superiores a los valores y principios del ordenamiento jurídico del Estado, y por consiguiente, la justicia indígena está sujeta al marco constitucional; es decir, ninguna ley tiene supremacía a excepción de la Constitución y en caso de los derechos humanos, tratados internacionales.

“Les vamos a aplicar la justicia comunitaria”. Los bolivianos suelen utilizar esta frase, a veces en tono satírico y otras veces con aire amenazador, para anunciar un castigo físico o una venganza menor que no está prevista en el marco legal. Con frecuencia, en los barrios periurbanos, las organizaciones sociales adoptan normas comunales para evitar agresiones, violaciones o robos.

En caso de violación, pretenden llevar a cabo sus propias formas de retribución, tal como lo expresa el siguiente comunicado: “en varias regiones hay muñecos colgados de postes de luz con la amenaza de imponer justicia comunitaria a quienes sean sorprendidos robando”.

Estos ejemplos y acciones sirven como una advertencia clara y presente para los posibles ladrones al colgarse de los postes de energía en el vecindario. Los mensajes, con frecuencia, van más allá del propósito disuasorio y, en muchos casos, se ponen en práctica trágicamente como una especie de castigo vigilante Regalado (2012).

Estas costumbres están influenciadas por los principios aymaras de *ama sua*, que se traduce como “no seas ladrón”; *ama quella*, que se traduce como “no seas perezoso”; y *ama llula*, que se traduce como “no ser mentiroso”. La justicia comunitaria también está asociada a actos de castigo contra autoridades corruptas. Por lo tanto, la frase “justicia comunitaria” es de uso común en Bolivia, a pesar de que carece de definición y se asocia frecuentemente con un sentido peyorativo. La frase también se usa a veces como sinónimo de linchamiento o justicia hecha con sus propias manos. No obstante, desde el punto de vista formal y doctrinario, podríamos definir la justicia comunitaria como el conjunto de instancias y procedimientos mediante los cuales, para situaciones de controversia, se regulan los comportamientos legítimos a partir de normas propias de una comunidad o contexto cultural específico. Es administración de justicia desde la comunidad, a partir de sus propias reglas y principios.

En las páginas que siguen nos dedicaremos a contemplar estas preocupaciones y buscaremos algunas primeras pistas que nos ayuden a comprender la mediación de la justicia indígena en Ecuador y América Latina.

En la filosofía jurídica actual, la palabra “derecho indígena” existe en tres ámbitos bien diferenciados: el derecho consuetudinario, también conocido como derecho indígena propio, el derecho estatal y el derecho internacional (Barié, 2003). Cada una de estas categorías es obviamente distinta de las demás.

Los derechos indígenas son aquellos que se basan en la tradición jurídica de una comunidad en particular y se practican allí. Además de esto, abarcan el territorio de actividad estatal y de derecho dirigido hacia estas comunidades. Por último, pero no menos importante, este concepto alude a un conjunto de acuerdos, pactos y sentencias mundiales o internacionales (derecho internacional). Diferentes corrientes filosóficas y políticas pueden verse en las primeras constituciones elaboradas en los países latinoamericanos después de la independencia.

Estos movimientos incluyeron el liberalismo europeo que enfatizaba la ley individual, el federalismo norteamericano que condujo a la formación de estados federales, el presidencialismo europeo que otorgó amplios poderes al presidente y el centralismo francés que condujo al establecimiento de ministerios. Uno de esos movimientos es la liberalización europea que pone el foco en sólidos poderes presidenciales.

Por otro lado, los factores del siglo XIX en su conjunto impidieron apreciar las capacidades y grados de desarrollo de los pueblos indígenas de las naciones andinas. Por lo tanto, los derechos de las comunidades indígenas a practicar sus tradiciones y asegurar su estatus legal históricamente han sido limitados y se les ha dado menos peso.

En la República del Ecuador, la Constitución es el instrumento legal más importante. Sirve como base y origen del poder legal que permite que Ecuador y su gobierno continúen funcionando como lo hacen ahora. Esta carta magna establece los lineamientos para la vinculación que existe entre el gobierno y el pueblo del Ecuador, así como la estructura orgánica del Estado del Ecuador.

Sobre el caso particular, el artículo primero de la Constitución, que fue ratificada el 25 de octubre de 2008, destaca que “Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, pluricultural, plurinacional y laico.” CRE (2008, art. 1).

Ecuador está construido en forma de república, pero opera de manera descentralizada a nivel político. Como consecuencia de ello, se han sentado las bases sobre las que debe construirse todo el modo de vida de la república. Esta vida, legalmente, está obligada a regirse por

la propia Constitución; y las leyes, reglamentos y demás normas no pueden contradecir el texto de la Constitución, que está legalmente obligada a construirse.

En el artículo 424 de nuestra norma fundamental se establece que “*la Constitución es la ley suprema y triunfa sobre cualquier otro ordenamiento jurídico*”. Esta afirmación de la supremacía del propio documento se encuentra en la Carta Magna (Ecuador. Asamblea nacional Constituyente, 2008). Es de suma importancia que las normas y acciones de la autoridad pública sigan cumpliendo con los requisitos de la constitución. De no ser así, su eficacia jurídica se vería gravemente comprometida.

Se puede definir la costumbre como “*la práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley; o el derecho no escrito que se ha introducido por el uso. La costumbre puede ser general (cuando se aplica en todo el país o territorio) o especial (cuando se observa solo en algún distrito)*” (Escriche, 1977)

La realización intencionada, persistente y uniforme de una práctica jurídica en una comunidad suele considerarse una norma convencional. En muchas jurisdicciones, las costumbres tienen fuerza de ley. Sin embargo, en América Latina, el ordenamiento jurídico indígena no fue incluido en el derecho positivo por un sentido de respeto mutuo e igualdad sino por un sentido de sumisión.

Es en tiempos recientes, que varias Constituciones han asumido la preexistencia de las sociedades indígenas respecto del Estado contemporáneo, manteniendo normas y costumbres indígenas. Después de más de medio milenio de superposición legal, la plena realización del pluralismo legal en Estados Unidos sigue siendo una fantasía.

Una de las primeras fuentes del derecho en cualquier comunidad es la costumbre, que para Stavenhagen & Iturralde (1990) consiste en “*lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que es un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), a diferencia de las leyes escritas que emanen de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente del Estado*” (p. 28).

Entonces, la principal distinción entre los dos es que el “*derecho positivo está asociado con la autoridad gubernamental, mientras que el derecho consuetudinario es más común en civilizaciones que no tienen un estado o que funcionan independientemente del estado*” (Stavenhagen & Iturralde, 1990, pp. 29-30)

El derecho indígena se basa en una filosofía o religión de dualidad armoniosa: así como el sol (hombre-padre) y la luna (mujer-madre) se complementan y unen, sin perder su individualidad y particularidad.

Estas ideas de equilibrio, conexión y armonía entre el hombre, la naturaleza y la sociedad también se utilizan en las relaciones sociales. Un desequilibrio y una ruptura en estos lazos es exactamente lo que genera el conflicto entre las personas.

El objetivo de la justicia indígena es restablecer la paz. El acusado, el denunciante, la autoridad y la comunidad juegan un papel vital en el restablecimiento de este equilibrio. Para ser eficaz como mediador o árbitro, la autoridad local involucrada debe poseer una serie de cualidades. Estos incluyen integridad, objetividad, conocimiento, autoridad moral, habilidades interpersonales y de comunicación, y conocimiento de los métodos de resolución de conflictos. No existe una formación para ser mediador o árbitro, ni en el tema de métodos alternativos de solución de conflictos; los dirigentes de la comunidad no se han capacitado ni informado en la aplicación correcta de la Justicia Indígena y así poner fin a los problemas que surgen en la comunidad.

Las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, han dado paso a la justicia o derecho indígena, a través de las cuales las autoridades elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, de las relaciones sociales y de todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad.

La aplicación de la justicia indígena, considerada como un derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, además de ser estimada como una manifestación cultural, se establece como un mecanismo para conservar las costumbres y tradiciones ancestrales.

El infractor, con la ayuda de figuras autorizadas, asume toda la responsabilidad, pide disculpas, confiesa la verdad (por respeto al deber de no mentir, *ama llulla*), y repara el daño causado.

Se ha restablecido la paz entre el denunciante y el perpetrador. En lugar de centrarse en el castigo, el propósito del juicio es reunir a las partes en paz. Si bien actualmente existe una falta de investigación y codificación sistemáticas en el área del derecho indígena, destacamos algunos conceptos fundamentales que sustentan todos los esfuerzos para llevar justicia a las comunidades indígenas:

Integridad: al evaluar el desacuerdo no solo se analizan los hechos, sino también el entorno, la familia y la historia personal de las partes involucradas.

La comunidad y el público: juegan un papel importante en esta historia, ya que los asuntos contenciosos se discuten y debaten durante las reuniones comunitarias como asambleas y reuniones generales. El hecho de que el acto de perdonar y enmendar a alguien se lleve a cabo frente a todos le da mayor importancia y asegura que continuará en el futuro.

Armonía y equilibrio: el fin último de la justicia no es el castigo sino el restablecimiento de la armonía una vez cometido un acto injusto.

Oralidad y celeridad: el proceso de administración de justicia es típicamente verbal y no escrito; pero, cuando se firma un acuerdo, puede haber tanto un acuerdo escrito como un acto público. Esto se debe a que el procedimiento está diseñado para moverse rápidamente. En comparación con un procedimiento judicial típico, el procedimiento avanza con relativa rapidez.

Reconciliación: la justicia comunitaria pone énfasis en la reconciliación, que puede definirse como el restablecimiento de las relaciones entre las partes involucradas (si es posible).

La restitución: significa que el autor está obligado a reparar el daño que ha causado, por ejemplo, devolviendo el ganado que ha robado.

Dinamismo: el ordenamiento jurídico indígena es de carácter dinámico y puede adaptarse a una amplia variedad de circunstancias diferentes como resultado de su carácter oral y el hecho de que no está escrito. Actualmente no hay "problemas que estén pendientes por falta de legislación".

El método occidental de resolver problemas mediante la aplicación de la justicia estándar no siempre da como resultado una solución que sea aceptable para todas las partes involucradas. El proceso legal puede tomar mucho tiempo, puede ser muy costoso y las partes involucradas en el caso no tienen fe en la capacidad del juez para resolver sus desacuerdos.

En la mayoría de los casos, habrá vencedores y perdedores en un sistema de justicia ordinaria. Esta es una de sus características. Algunos abogados parecen tener la mentalidad de los jugadores de fútbol y dicen cosas como: "ganamos este juicio". Por lo general, dicen algo como "aplastaremos a tu oponente con la ley en la mano". Rara vez siquiera consideran la idea de que las partes establezcan acuerdos que satisfagan a todos. En este contexto de crítica al ordenamiento jurídico, hace más de 30 años se desarrollaron métodos alternativos de resolución de conflictos. Estos métodos ofrecían la oportunidad de resolver desacuerdos sin tener que ir a juicio.

Por ejemplo, existe un proceso conocido como arbitraje, en el que las partes acuerdan ceder la responsabilidad de encontrar una solución a un tercero neutral que han seleccionado de antemano. Después de escuchar el caso y tener discusiones con ambas partes, el árbitro emitirá un laudo al que ambas partes deben adherirse.

La conciliación o mediación es todavía otra vía que se puede utilizar como alternativa. En este enfoque, las partes en desacuerdo invitan a un tercero imparcial para fomentar la comunicación y gestionar el proceso.

Las formas alternativas de medios de comunicación, en la medida en que luchan por el equilibrio, la armonía en las interacciones humanas y un papel análogo al de una figura de autoridad indígena que actúa como un tercero imparcial, son sorprendentemente similares a la ley indígena y la resolución de conflictos de acuerdo con las normas tradicionales, prácticas y usos.

Para utilizar métodos alternativos de resolución de conflictos, las partes involucradas deben conocer cómo funcionan y las reglas que los rigen. Además, el conciliador necesita implementar ciertas estrategias para facilitar un acuerdo de consenso. Estas estrategias incluyen saber escuchar sin prejuicios, ser capaz de lidiar con emociones intensas y palabras hirientes y ayudar en la búsqueda de soluciones satisfactorias para ambas partes.

Para cumplir el papel de conciliador en un desacuerdo, uno de los requisitos previos es recibir una invitación directa de ambos lados del conflicto. Se requiere que el estado, actuando a través de un fiscal, intervenga y aborde de delitos graves como la violación y el asesinato; por lo tanto, los medios alternativos no pueden resolver este tipo de delitos.

Sin embargo, los métodos alternativos de resolución de conflictos, en particular la conciliación, han demostrado ser muy exitosos en casos de divorcio, desacuerdos entre vecinos y arrendamiento de terrenos y propiedades. Esto se debe a que estos métodos producen soluciones de más largo plazo y permiten a las partes restablecer su relación como vecinos, amigos o socios.

Los medios alternativos de solución de conflictos guardan cierta similitud con la justicia indígena, ya que al resolver un conflicto se logra la armonía en las relaciones humanas y se proporciona realmente el acceso a la justicia garantizando los derechos humanos de quienes habitan en una comunidad. Es así que la mediación es considerada como un servicio social que permite resolver los conflictos a través del diálogo, de la comprensión y del entendimiento entre quienes son parte de un problema o conflicto.

La Ley de Arbitraje y Mediación regula su aplicación en el ámbito judicial, comunitario y asistencial en general, según lo establece el Programa Nacional de Mediación del Consejo de la Judicatura (Ecuador. Congreso Nacional, 2006).

Cuando se trata de resolver controversias, la Constitución de la República del Ecuador ordena y fomenta el empleo de métodos alternativos de solución de controversias. Además, el artículo 190 reconoce y ordena el empleo de métodos de resolución de disputas, lo cual es de relevancia para nosotros para nuestro estudio. Desde su publicación en el número 145 del Diario Oficial el 4 de septiembre de 1997, la Ley de Arbitraje y Mediación es ley del país (Ecuador. Congreso Nacional, 2006).

Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y la Ley de Arbitraje relativas al arbitraje fueron derogadas por este documento legal normativo. El Decreto Supremo 735 del 23 de octubre de 1963, en materia de comercio, fue publicado en la Gaceta Oficial No. 90 del 28 de octubre de 1963.

También legalizó la mediación en el Ecuador, tanto formal como informalmente mediante el establecimiento de reglas y formalidades que deben cumplir los mediadores y Centros de Mediación para el efectivo cumplimiento de su misión.

Las formas comunes de resolución alternativa de conflictos incluyen la mediación y el arbitraje. Estas opciones son consultadas en lugar del sistema legal tradicional. Los árbitros y mediadores de las nóminas de los centros de mediación y arbitraje del Ecuador han perfeccionando sus competencias en las áreas del derecho y la vida pública.

La intervención de un tercero ajeno, en los diversos métodos refleja distintos niveles de participación, pero con un fin común de resolver los conflictos entre las partes, destacando como principal diferencia que, en la mediación, el tercero ajeno tiene como rol primordial facilitar la comunicación y comprensión entre las partes para llegar a una resolución conjunta, mientras que en el arbitraje ambas partes deciden someterse a este tercero que dicta resolución sobre el litigio y ejecuta decisión (Ecuador. Congreso Nacional, 2006).

La llamada “mediación comunitaria” es un tipo de gestión de conflictos que tiene como objetivo armonizar las prácticas modernas de resolución de disputas con las tradiciones, normas y conocimientos de un determinado grupo de personas. Las comunidades indígenas y rurales, así como los barrios marginales urbanos, los sindicatos y los movimientos de base son semilleros fériles para este fenómeno. Según el Centro para el Estudio Interdisciplinario de Derecho y Sociedad (2013): *‘A diferencia de la mediación ordinaria, la mediación comunitaria tiene las siguientes características: En muchos casos, no cuesta nada. Ciertas autoridades entre el campesinado, las comunidades indígenas y la población en general están empeñadas en utilizar la mediación como una forma de resolución de disputas locales. Dado que siempre está allí cuando su comunidad lo necesita, el mediador comunitario a menudo no mantiene un horario de oficina regular o un lugar fijo para su trabajo. Dado que el mediador entabla una conversación con las autoridades locales, no se garantiza el anonimato completo ni la confidencialidad absoluta. Las disputas que afectan la vida y la paz de las comunidades a menudo se remiten a la mediación ante el gobierno local’*.

El mediador en una comunidad debe ser un modelo a seguir para las personas a las que sirve, así como confiable, discreto y responsable en el lugar de trabajo. Dentro

de su comunidad debe ser respetado y reconocido como una persona no conflictiva, por lo tanto, debe tener autoridad moral respecto a los demás. También deben tener un conocimiento profundo de su propia gente y sus tradiciones. Que cuando un mediador comunitario maneja una disputa, las partes involucradas saben que se están comunicando con alguien que entiende su experiencia vivida, realidades y emociones; quién habla su idioma; y que a menudo es más accesible que las autoridades judiciales y administrativas. El mediador comunitario es el tercero interesado en resolver la disputa o conflicto y así restablecer la armonía en la colectividad.

La labor del mediador debe coordinarse con las juntas parroquiales, el teniente político y las autoridades policiales y judiciales locales y provinciales. Para reformular, el mediador sirve como conducto para el diálogo entre diferentes facetas de la comunidad local (Lorenzo & González, 2008).

En la práctica, en el sector indígena se realizan mediaciones que son acuerdos obligados por los dirigentes indígenas, especialmente los llamados “cabildos” que tienen en cada comunidad. Esos cabildos son quienes se encargan de impartir justicia dentro de su comunidad, son quienes solucionan sus problemas a través de sugerencias, razonamientos de carácter moral, de una convivencia pacífica juntamente con los dirigentes de la comunidad. Lo que llama la atención es que no son mediadores, como lo hemos mencionado, incluso hacen mediaciones en el tema penal, obligando en muchos casos a que la víctima no comparezca al juicio.

Hay cuatro tipos distintos de disputas que surgen dentro de las sociedades indígenas considerados más típicos:

- Problemas familiares, incluido el matrimonio, el abuso en el hogar, la custodia de los hijos y el abandono o el divorcio.
- Peleas, robos, fronteras, calumnias, malentendidos, brujería, borracheras y desobediencia a las normas comunitarias son algunos de los problemas que pueden surgir entre vecinos.
- Controversias sobre la propiedad de la tierra y los bienes, incluidas aquellas que involucran derechos de propiedad individuales y parcelas de propiedad comunitaria, así como problemas derivados de la herencia, la partición de la tierra y la creación de nuevas carreteras en la zona. Las disputas relacionadas con el robo de bienes transportables incluyen casos relacionados con ganado, moneda y otros artículos o bienes de consumo. Es necesario proporcionar el costo de las reparaciones para cada tipo de propiedad.
- Acusaciones falsas contra los locales. Cuando se trata de resolver disputas interpersonales entre las sociedades quichuas, las normas y prácticas pueden no incluir necesariamente la mediación, pero pueden incluir medidas disciplinarias.

Las comunidades y organizaciones pueden utilizar procedimientos de resolución de conflictos, como directivas comunitarias y organizaciones de segundo nivel, que pueden promover la mediación o imponer una sanción, según la naturaleza del problema en cuestión. Por lo tanto, era importante identificar cuestiones culturales susceptibles de mediación; es decir, controversias que pueden ser resueltas de mutuo acuerdo entre las partes involucradas. La gran mayoría de las disputas son susceptibles de mediación, siempre que no incluyan delitos o violaciones graves de las normas comunitarias que requieran sanciones o castigos tradicionales. Aquí, no se puede negar la realidad de que los grupos indígenas han establecido reglas sobre cuándo la comunidad y sus autoridades deben conocer y dirimir un desacuerdo, y cuándo las propias partes son responsables de hacerlo. Es por eso que los mediadores siempre se toman el tiempo para evaluar el contexto local y la naturaleza del problema en cuestión antes de intervenir.

Dentro de la mediación comunitaria no existe división de materias, se trata de la aplicación de medidas consuetudinarias para la solución de conflictos de distinta naturaleza.

A diferencia de lo que sucede en la justicia ordinaria, en la justicia indígena no existe un procedimiento unificado para procesar los diferentes casos. Cada una de las comunidades indígenas tienen sus maneras particulares de atender y solucionar sus conflictos sociales de acuerdo a su propio ámbito, a su realidad económica, territorial, a su particular cosmovisión en la cual la tierra y su naturaleza dirigen su existencia en virtud de sus creencias y valores.

Tal como se ha descrito con anterioridad, los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como la mediación y el arbitraje, están reconocidos en el artículo 190 de la Constitución Política de la República del Ecuador, rigiéndose por la Ley de Arbitraje y Mediación (Ecuador. Congreso Nacional, 2006). Sin embargo, existen muchos más métodos para resolver disputas además de la mediación y el arbitraje. Los métodos comunes incluyen la conciliación, la evaluación neutral y la negociación. Tanto la mediación como el arbitraje son reconocidos como métodos válidos de solución de controversias en virtud del artículo 190 de la Constitución Política de la República del Ecuador. Estos procesos están regulados por la Ley de Arbitraje y Mediación.

Estos métodos son efectivos porque promueven la justicia de una manera real, que tienen en cuenta las particularidades indígenas como la posibilidad de ser atendidos en su lengua nativa y, además, posibilita el empoderamiento de las personas indígenas ya que ellos mismos proponen las soluciones para sus conflictos. Es además útil en el caso de las mujeres, que enfrentan mayores dificultades para acceder a las instituciones del Estado (World Justice Project, 2021).

Las autoridades indígenas poseen la facultad de actuar en el marco del derecho constitucional, en virtud de su costumbre y normas ancestrales; por cuanto su jurisdicción y competencia se encamina a los delitos cometidos en su circunscripción territorial, siempre que no vulneren la vida e integridad de otra persona. Caso contrario, corresponde el conocimiento del caso a la justicia ordinaria, según lo establecido en la sentencia de la Corte Constitucional N° 113-14-SEP-CC, por medio de la cual se establece que constitucionalmente, la vida se encuentra protegida en un ámbito positivo como derecho inherente de toda persona y a su vez como una obligación de la sociedad y en particular del Estado, que es el encargado de garantizarla y protegerla frente a cualquier posible amenaza.

En tal sentido, la sentencia impone que “la administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios. Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”.

Por consiguiente, la justicia indígena tiene su ámbito de aplicación en cualquier conflicto que no involucre la vida e integridad de otra persona, aun cuando el infractor y la víctima pertenezcan al territorio o comunidad indígena, quienes están sujetos a su jurisdicción. Caso contrario, cualquier otro conflicto está bajo jurisdicción ordinaria, a su vez quien haya cometido la infracción tiene la posibilidad de someterse a la justicia indígena como a la ordinaria.

CONCLUSIONES

Los sistemas legales indígenas (cada uno con su propio enfoque, distinto a la administración de justicia ordinaria) han sido descritos y reconocidos en las constituciones de varios países latinoamericanos. Esta incorporación del derecho consuetudinario no siempre es muy obvia y está sujeta a restricciones legales específicas.

En Ecuador, se ha promovido, a lo largo de los siglos (de manera activa o inconsciente), la desaparición de la cultura andina, haciendo que los indígenas tengan vergüenza de sus costumbres y de su etnia, de su manera de vestir, creencias y tradiciones. Como reacción a esto, apareció un nuevo escenario político en el que se busca la preservación de estos rasgos culturales, y en Ecuador las luchas y demandas del movimiento indígena han hecho que se fomente el fortalecimiento de la identidad de cada pueblo, y los movimientos sociales propiciaron que el sistema jurídico monocultural se sustituya por uno multicultural avalado por la Constitución, a diferencia de otros países del entorno (Vargas, 2017).

Las regulaciones actuales, por lo tanto, no limitan las normas indígenas, sino que tratan de reconocer este derecho. En el contexto internacional, La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce los derechos básicos de los pueblos indígenas en diversas áreas que les afectan directamente, como el derecho a la libre determinación, a la igualdad y a la no-discriminación; el derecho a la integridad cultural (en el cual podemos incluir el derecho a la propia justicia), el derecho al autogobierno y a la autonomía, entre otros. Por lo tanto, oficialmente se están tratando de eliminar las limitaciones, en la práctica pueden existir debido más a factores culturales o por prejuicios. Por ello, la justicia indígena solo se concibe como una forma alternativa de solución de controversias, más que como un sistema legal independiente, en varias de las constituciones que se han redactado en América Latina.

El hecho de que muchos procesos de administración de justicia indígena sean muy similares a la conciliación occidental llevó a identificar el derecho indígena con los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Estos métodos son formas de resolver conflictos que no forman parte del proceso regular e incluyen, más comúnmente, el arbitraje, la conciliación, la mediación y la negociación. De esta manera se pueden integrar y conciliar las costumbres indígenas con las que se llevan a cabo de manera general, y no debería existir limitación para ello.

Los procedimientos son muy similares; un buen conciliador occidental es muy comparable a una autoridad indígena. Esto es algo a tener en cuenta desde un punto de vista técnico. Por otra parte, las formas alternativas de resolución de conflictos tienen un menor alcance de aplicabilidad jurídica, y su eficacia sólo puede ejercerse en el ámbito de los asuntos privados o familiares.

En la región andina, es muy poco común que los magistrados, jueces o abogados carezcan de la experiencia necesaria o el conocimiento intercultural, lo que puede generar conflictos entre los dos sistemas de administración de justicia separados (occidental e indígena).

El desarrollo de una comprensión más profunda de los sistemas legales nativos es un paso importante en el proceso de construcción de sociedades interculturales.

La materialización de una convivencia consciente e intercultural se fortalecerá con el mutuo acuerdo de que cada norma, ya sea occidental o indígena, tiene un alcance de aplicabilidad y ninguna es superior. En este contexto, también será necesario definir reglas y normas que sean aplicables para todos.

Mucha gente ve las prácticas y costumbres como análogas a los linchamientos y otras formas de maltrato a las mujeres. Algunas personas tienen la opinión de que las tribus indígenas no practican el concepto de "debido proceso" y basan sus críticas en este supuesto. Todas estas ideas preconcebidas, incluidas algunas que estaban

teñidas de intolerancia y desprecio, se han disipado: "el linchamiento no es un procedimiento legal, ni convencional ni menos propio de lo que se conoce como derecho positivo". Por lo tanto, y en conclusión, los métodos de resolución de conflictos como la mediación indígena deben ser protegidos y reconocidos, no limitados. En el marco jurídico, ser avalados por las leyes, y en el ámbito de la población general, dados a conocer como valiosos, positivos y eficaces.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragón Andrade, O. (2007). Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 40 (118), 9-26.
- Barié, C. G. (2003). *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. Editorial Abya Yala.
- Barié, C. G. (2008). Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos. *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 3, 110-118.
- Centro para el Estudio Interdisciplinario de Derecho y Sociedad. (2013). ¿Qué es la mediación comunitaria? <http://www.cides.org.ec/index.php/mediacion/que-es-la-mediacion-comunitaria>
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Congreso Nacional. (2006). *Ley de Arbitraje y Mediación y sus reformas*. Consejo de la judicatura. Registro Oficial 417. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>
- Escriche, J. (1977). *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Tomo II*. Editorial TEMIS.
- Lorenzo Aguilar, J., & González Morales, M. M. (2018). *Qué es la mediación*. Ediciones Lorca.
- Regalado, J. A. (2012). De las sanciones y las penas en la justicia indígena. En, J. C. Martínez, C. Steiner y P. Uribe, P, Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual de operadores de justicia. (pp. 98-110. Prujula.
- Stavenhagen, R., & Iturralde, D. A. (1990). *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. III-IIDH.
- Vargas Villacres, B.R. (2017). El derecho consuetudinario de los pueblos originarios del Ecuador. (Ponencia). I Congreso de: Ciencia, Sociedad E Investigación Universitaria. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador.
- World Justice Project. (2021). Mediación Indígena: Acerca la justicia. <https://worldjusticeproject.mx/mediacion-indigena-acercando-la-justicia/>