

Primeras Jornadas Nacionales de Mediación y Resolución de Conflictos. 22 y 23 octubre 2019, Universidad Católica de Temuco, Temuco.

Mediación comunitaria como mecanismo de resolución de conflictos de los pueblos originarios

*Alicia Castillo Saldías**

Resumen: *Una de las manifestaciones más evidentes del conflicto social en nuestra época contemporánea hace referencia a la diversidad cultural. Estas manifestaciones culturales del conflicto social se expresan a consecuencia de distintas formas de discriminación. Sin duda, con el Convenio 169 de la OIT se abrió una puerta para implementar el modelo de la mediación comunitaria en los pueblos originarios que permiten resolver sus conflictos mediante un sistema pacífico de controversias que lleven a cabo actores reconocidos por sus propias comunidades y que le otorgan una mayor autodeterminación y reconocimiento por parte del Estado y la sociedad.*

Palabras claves: *Mediación comunitaria, pueblos originarios, autodeterminación, formas pacíficas de solución.*

*

Abstract: *One of the most obvious manifestations of social conflict in our contemporary era refers to cultural diversity. These cultural manifestations of social conflict are expressed as a result of different forms of discrimination. Undoubtedly, with the OIT Convention 169 a door was opened to implement the model of community mediation in native peoples that allow their conflicts to be resolved through a peaceful system of controversies carried out by actors recognized by their own communities and which grant greater self-determination and recognition by the State and society.*

Keywords: *Community mediation, native peoples, self-determination, peaceful forms of solution.*

* *Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Directora Académica, Facultad de Derecho y Administración Pública, Escuela de Derecho, Universidad de las Américas, Santiago. acastillo@udla.cl*

I. El Convenio 169 de la OIT

Chile, como todos los países de la región integraron a su ordenamiento jurídico el derecho occidental, así, después de la independencia se mezclaron diferentes corrientes y tendencias filosófico-políticas, como el presidencialismo con fuertes poderes del presidente, el parlamentarismo y el liberalismo europeo con un énfasis en el derecho individual, excluyendo el reconocimiento de los pueblos minoritarios y el de su desarrollo. Esto a producido la legitimidad de la existencia de un sistema que visibiliza a un conjunto social homogéneo provocando por otro lado una invisibilidad de los grupos minoritarios, contrario a la realidad social existente.

Sin embargo, a lo largo de la historia, grupos minoritarios como el pueblo mapuche han contribuido al desarrollo y avance de nuestro país. Por ello, el 15 de septiembre del año 2009, entró en vigor en nuestro país el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tratado internacional adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, el 27 de junio de 1989. Este Convenio se fundamenta en el respeto a

las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.

Dicho convenio a través de su artículo 8 establece lo siguiente:

“8.1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Del tenor de dicho artículo se extrae que se protege las costumbres e instituciones propias de las poblaciones indígenas, siempre que no contravengan los derechos fundamentales ni los derechos humanos.

Por su parte el artículo 9.1 del referido Convenio prescribe:

“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Conforme a estos preceptos, se abre la puerta para una figura que hasta el día de hoy es desconocido en nuestro sistema chileno, pero de amplia aplicación en países como Perú y Ecuador, me refiero a la mediación comunitaria que tiene por objeto el manejo de los conflictos locales o comunitarios y considera las costumbres, el derecho consuetudinario de cada pueblo.

Una de las principales demandas que han realizado las comunidades indígenas en Chile, es el de contar con la capacidad de auto administrar su propia justicia. La existencia de un conjunto de normas y un aparato judicial de aplicación general a todos los habitantes de nuestro país, parte del presupuesto que todos tienen iguales patrones culturales, de conducta y de regulación social, lo cual en realidades como la nuestra no es tan real, dado que nuestro país tiene una connotación de carácter pluricultural.

De esta forma, se debe concebir así el pluralismo jurídico como la coexistencia de varios sistemas jurídicos o formas de administrar justicia, respetando la pluriculturalidad étnica existente. En nuestro sistema, si bien no existe un pluralismo jurídico, lo lógico es ir caminando en esa dirección con el objeto de plasmar mecanismos de resolución de conflictos basadas en las propias costumbres de los pueblos originarios. Como es sabido en nuestro ordenamiento jurídico el uso del derecho consuetudinario es supletorio, como fuente accesoria de aplicación, y el reconocimiento que le confiere el Convenio 169 de la OIT, es sin duda innovador.

En ese sentido, si permitimos que las comunidades locales indígenas puedan resolver ciertos conflictos que no requieran la intervención de los Tribunales de Justicia mediante un proceso de mediación que involucre mediadores que provengan de sus propias comunidades, con ello estamos validando su autodeterminación y un reconocimiento a sus propias autoridades. Ello sin duda trae las siguientes ventajas:

- Permite el acceso a una justicia eficiente e inmediata.
- Promueve la solución armoniosa del conflicto mediante la conciliación directa.

- Tiene legitimidad social al mostrarse conocedora de las particularidades y costumbres del lugar.
- Se basa en el sentido común, es intuitiva y concibe el conflicto dentro de un marco comunitario y no individual.
- Busca la protección integral.
- Hace seguimiento del caso resuelto y vigila el cumplimiento del acuerdo.

Así, se promueve el respeto de los pueblos originarios a su autogobierno, la posibilidad de resolver conflictos a partir de un mecanismo pacífico que entre otras consecuencias implica también una serie de relaciones con el Estado, especialmente con el sistema de administración de justicia.

Para ello, es necesario determinar que materias de conflictos pueden ser sometidos a este sistema alternativo de conflicto, que tenga como primer límite el respeto a los derechos fundamentales de la persona.

II. El reconocimiento internacional de la mediación

La Carta de las Naciones Unidas se acoge a los medios alternativos de

solución y dispone en su artículo 33, numeral 1°, que: *“Las partes en una controversia (...) tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”*.

A mayor abundancia, la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA se hace eco de estas formas pacíficas de solución de conflictos e incita a la terminación pacífica de las controversias, así en su artículo 25 dispone: *“Son procedimientos pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las partes”*.

Así las cosas, estos Organismos consideran que en efecto hay formas de lograr solucionar situaciones de forma pacífica y que, entre los medios considerados, está la mediación; por lo que es indudable la promoción de mecanismos sobre la resolución pacífica de las controversias, otorgando la base para legislar sobre un adecuado marco jurídico que incorpore la mediación comunitaria en donde se respeta a los pueblos originarios para que resuelvan

los conflictos generados en sus comunidades.

III. Mediación comunitaria y sus elementos

La mediación comunitaria abre nuevos espacios dentro del sistema judicial, con un marcado carácter integrador, aplicando una metodología adaptada a diversos conflictos, con el objetivo de evitar su judicialización y obtener soluciones, al asegurar el cumplimiento ulterior de los acuerdos y preservar la relación futura entre las partes.

La mediación comunitaria permite entregar a las comunidades mapuches o pueblos originarios el poder para resolver sus conflictos a través de un procedimiento democrático, recuperando la capacidad de decidir la solución a sus propias controversias, sin que sea un tercero quien la imponga.

Sin ir más lejos, los medios alternativos de solución de conflictos se asimilan considerablemente al derecho indígena, ya que la resolución del conflicto no sólo persigue el equilibrio y la armonía en las relaciones humanas, sino que principalmente busca brindar el efectivo acceso a la justicia como garantía de los

derechos humanos. Por ello, como parte del derecho indígena, la mediación comunitaria es identificada como un servicio social que potencializa la resolución de conflictos en función del diálogo, el conocimiento, el intelecto en la diversidad y el protagonismo de los involucrados.

Los pueblos originarios no solo en Chile, sino en nuestra Región, tienen una particular cosmovisión donde la tierra, naturaleza y esencial del ser humano total frente a la vida, hace que dirija su existencia, el mundo en función de las creencias y valores. Es decir, cada pueblo y comunidad cuenta con su pensamiento filosófico, patrimonio intangible que guía la convivencia social de sus miembros, sustentado en el pasado histórico, que conserva sus propias costumbres.

Una de las características de la mediación comunitaria es que permite fomentar la participación cívica como modo de incrementar el bienestar social, concebido éste no como una categoría abstracta sino como el resultado del bienestar de cada uno de los miembros de la comunidad. Además del bienestar social y la participación ciudadana, se fomentan los vínculos comunitarios y el sentido de pertenencia a la comunidad en la que se reside; es importante considerar que las partes en los conflictos comunitarios pueden ser

distintas a otros tipos de conflictos; el mediador requiere legitimación colectiva, sin ella resultaría difícil que las partes lleguen a acuerdos.

Por lo anterior, es preciso determinar como elementos de la mediación comunitaria los siguientes:

- Beneficio colectivo

El nuevo paradigma de solución de conflictos indica que nos encontramos frente a la posibilidad de generar otras alternativas de solución que permitan la integración de las comunidades, otorgándoles la posibilidad de resolver sus conflictos atendiendo a sus necesidades colectivas. La mediación comunitaria en el ámbito del conflicto social brinda a las comunidades un nuevo recurso para la gestión positiva de los conflictos, con lo cual, se genera un beneficio para los integrantes de la comunidad. Conforme a lo expuesto, entendemos que el beneficio colectivo es el resultado de la mediación comunitaria, es el principal interés ideológico de su implementación e implica alcanzar la justicia social, la cual en este tema se refiere a que las partes en conflicto cuenten con las mismas oportunidades y derechos.

- Delimitación territorial

Para que la mediación comunitaria se constituya como un proceso válido de

resolución de conflicto, es necesario que el ámbito de aplicación abarque un territorio debidamente determinado, pues como señalamos previamente en esta presentación, su validez depende del reconocimiento que la comunidad tenga a sus autoridades que pueden desempeñar la función de mediador y las características particulares de cada comunidad.

- Participación ciudadana y cultura democrática

La mediación comunitaria implica que los miembros de una comunidad indígena sean miembros activos en la búsqueda de soluciones a los conflictos que le aquejan por ser miembro de esa comunidad y son corresponsables no sólo en la solución de sus problemas, sino en que la propia comunidad adquiera autonomía, e inclusive, autogestione los recursos que sean indispensables para dar seguimiento y cumplir con los acuerdos.

- Fomento de los vínculos comunitarios y del sentido de pertenencia

En este apartado es importante destacar que la mediación comunitaria es un procedimiento dirigido a aquellas personas que mantienen el interés de preservar la relación y el vínculo comunitario. El sentido de pertenencia por el grupo o por la comunidad, crea

lazos de hermandad, de compromiso y corresponsabilidad, pues en toda comunidad indígena existen lazos de afinidad y por lo mismo intereses comunes y establecimiento de relaciones personales. En definitiva, se potencia estas comunidades mediante un reconocimiento a su autodeterminación.

IV. La mediación comunitaria en Ecuador

El artículo 58 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, determina: *“Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos”*.

Asimismo, el artículo 59 de esa Ley, señala: *“Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aún con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente ley. Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el*

procedimiento de mediación en esta Ley”.

De esta forma, el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce a la mediación comunitaria como medio de resolución de los conflictos, dentro de espacios reconocidos como locales o dentro de comunidades o pueblos originarios.

En Ecuador su aplicación ha sido introducida en comunidades indígenas por el Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES) desde el año de 1992. De esta forma, se establecieron dos consideraciones fundamentales:

- El hecho que los conflictos no han sido históricamente procesados de manera adecuada por el sistema de administración de justicia estatal, pues éste ha omitido generalmente la diversidad étnica y cultural existente en el Ecuador.
- La posibilidad de ofrecer a la población indígena ciertas formas de solución de conflictos que sean compatibles tanto con su propia cultura como con las normas legales del Estado, pues resulta trascendental mantener el delicado balance entre la

innovación y la preservación de la cultura.

Sobre el primer aspecto debemos atender dos etapas: una referente a la dificultad del acceso al sistema legal por parte de la población de las comunidades indígenas y la otra relacionada con el reconocimiento de los derechos colectivos y la consecuente posibilidad de la existencia de un pluralismo jurídico.

En relación con la primera etapa que guarda relación con los antecedentes coloniales y republicanos se observa que las comunidades indígenas en un principio se encontraban imposibilitados de utilizar los servicios de justicia para solucionar conflictos a causa de ciertas restricciones formales y fácticas (entendimiento y capacitación de los jueces de la realidad nacional, costos, ubicación de ciertos juzgados) que impedían el funcionamiento de dichos servicios bajo condiciones de generalidad e igualdad. Esta situación generó una actitud de desconfianza hacia la administración de justicia. Eso permitió que estas personas buscarán medios alternativos a la “justicia institucionalizada”, lo cual fue zanjado con la Ley de Arbitraje y Mediación ya señalada.

En relación con el segundo antecedente, el programa buscaba ofrecer a la

población indígena ciertas formas de manejo de conflictos que sean compatibles tanto con su propia cultura como con las normas legales del Estado, aunque era necesario un proceso de capacitación a los interesados a fin de evitar excesos en la aplicación de sus reglas frente al corpus normativo estatal.

Como primer paso para arrancar el proyecto y dada la heterogeneidad social y sobre todo étnica cultural de la población, se veía recomendable seleccionar a organizaciones que, si bien podían representar procesos distintos, tengan una matriz cultural análoga, pues de lo contrario, se tornaría inmanejable tanto el proceso inicial investigativo como las actividades posteriores de selección de mediadores, entrenamiento, seguimiento y evaluación. En este sentido, se optó por seleccionar comunidades quichuas, las cuales, además de poseer un acervo cultural similar, constituyen la mayoría de la población indígena nacional.

Para el buen desarrollo del proyecto se entendió la importancia de conocer las diferencias y similitudes de esta diversidad de situaciones, aspecto que debió ser considerado en el proceso de selección de mediadores los cuales debían cumplir una serie de requisitos, así:

- Que sea reconocido en su comunidad como una persona no conflictiva, respetada y que posea autoridad moral respecto de la mayoría, aunque no fuera dirigente.
- Era conveniente una persona ante quien hayan recurrido con anterioridad los miembros de la comunidad para pedirle consejos en caso de problemas legales, o que hayan cumplido una función de facilitador en la solución de diferencias.
- Que cuente con el tiempo suficiente para cumplir tanto su actividad como mediador como para recibir las respectivas capacitaciones.

El CIDES orientó su capacitación a los mediadores comunitarios en tres momentos: El primero, concentrado en conocer los tipos de conflictos más comunes existentes en las comunidades quichuas, sus formas de solución y la experiencia de los mediadores; mientras que en el segundo se centra en la capacitación sobre técnicas de mediación y en la definición de mecanismos de seguimiento a la actividad que cumplen los mediadores a lo largo del programa.

Finalmente se han reforzado los conocimientos con materiales jurídicos especialmente adecuados para su

realidad dentro de un proceso de discusión y análisis de casos resueltos o por resolver.

Estas actividades han brindado confianza y seguridad a los mediadores en el desempeño de sus labores comunitarias, además de apoyar a la institucionalización del mecanismo en la mayoría de los miembros de cada comunidad.

Como vemos, la experiencia del modelo ecuatoriano sin duda ha sido positiva y como tal podría proyectarse para el sistema chileno como un mecanismo que cumpla varias funciones a la vez: permitir una mayor aproximación del Estado con los pueblos originarios, un mayor respeto de su poder de autodeterminación y una forma de evitar una judicialización de todos los conflictos.

V. Conclusiones

Al tenor de todo lo expuesto hasta el momento, queda claro que la mediación comunitaria es un proceso voluntario, libre y eficaz de resolución de conflictos, realizado con la intervención de un profesional debidamente formado para ejercer dicha función. Es importante señalar que se trata de un procedimiento que contribuye a reforzar

los lazos comunitarios, al tiempo que reduce la judicialización de los asuntos civiles relacionados con la vida cotidiana (con todas sus implicaciones de ahorro económico, rapidez y descongestión de las instancias judiciales).

Por encima de todo, integrar procesos de mediación en las comunidades indígenas reduce la tensión social entre estas con el Estado, reconoce a estas comunidades con la capacidad de autodeterminarse, aumenta la confianza con la sociedad y mejora su calidad de vida. Como hemos visto de la experiencia ecuatoriana la mediación transforma de manera positiva las comunidades en las que entra a formar parte.

No se trata solo de definir la mediación y enumerar sus bondades, sino de resaltar también el papel que puede desempeñar en la integración y paz social que requiere nuestro país.

Por ello, es fundamental desarrollar políticas sociales que contemplen la

importancia de los Servicios de Mediación en el ámbito comunitario para prevenir y apoyar la resolución alternativa de conflictos, garantizando así la durabilidad de los acuerdos consensuados.

Es necesario promover la mediación comunitaria como instrumento de mejora de la convivencia. En este sentido, sería importante incorporar procedimientos de resolución alternativa de conflictos a otros espacios comunitarios como escuelas, asociaciones de vecinos, asociaciones de padres, centros socioculturales, etc.

Fomentar de esta manera la interlocución de las comunidades indígenas con las entidades locales y políticas permiten un acercamiento que puede surtir más y mejores efectos sobre la convivencia. Implementar una cultura del acuerdo con respeto a las costumbres propias de cada comunidad son pasos fundamentales para una mayor integración de todos los actores.

Referencias

- Iannitelli, S., Llobet, M. y Tejero, E. (2008). La mediación comunitaria como práctica de creatividad social y de construcción de ciudadanía. Documentación Social, 148, 117-131.
- Mattar, M^a. V. (2009). Mediación comunitaria: un desafío a las estructuras [En línea]. Ponencia presentada a V Congreso Argentino de Administración Pública. San Juan. Disponible en: <http://bit.ly/2tjx0dg>
- Bustamante, Alberto “Justicia Alternativa” IELM. Lima, 1993. pp. 118.
- Comisión Andina de Juristas, “Gente que hace justicia. CAJ. Lima, 1999. pp.233.
- Cambios en la justicia comunitaria y factores de influencia, Serie Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, Volumen: 9. Disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/CAMBIOS%20EN%20LA%20JUSTICIA%20COMUNITARIA%20Y%20FACTORES%20DE%20INFLUENCIA.pdf>
- Centro Sobre Derecho y Sociedad, Disponible en: <http://www.cides.org.ec/index.php/78-cides/1-bienvenidos-a-cides>