

TEORÍA DEL CONFLICTO Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN

Colección **Lo Esencial del Derecho** 33

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

JAVIER LA ROSA Y GINO RIVAS

TEORÍA DEL CONFLICTO Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 La Rosa Calle, Javier, 1966-
L Teoría del conflicto y mecanismos de solución / Javier La Rosa y Gino Rivas.--
33 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018
(Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).
162 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 33)

Bibliografía: p. [157]-160.
D.L. 2018-04744
ISBN 978-612-317-343-2

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Gestión de conflictos - Aspectos legales - Perú
3. Conciliación (Derecho procesal civil) - Perú 4. Arbitraje (Derecho procesal civil) - Perú
I. Rivas, Gino, 1991- II. Pontificia Universidad Católica del Perú III. Título IV. Serie
BNP: 2018-084

Teoría del conflicto y mecanismos de solución

Javier La Rosa y Gino Rivas

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 33

© Javier La Rosa y Gino Rivas, 2018

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: abril de 2018

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-343-2

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-04744

Registro del Proyecto Editorial: 31501361800324

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1	
TEORÍA DEL CONFLICTO	17
1. Conflicto. Sentido, origen y definición	17
2. Dos enfoques distintos	19
2.1. Enfoque adversarial (derecho procesal)	19
2.2. Enfoque cooperativo (mecanismos alternativos de solución)	20
3. El conflicto desde el derecho procesal	21
3.1. Delimitación necesaria: conflictos interpersonales	21
3.2. El conflicto como la discrepancia en la aplicación del derecho	22
3.3. Los elementos del conflicto bajo el derecho procesal	24
3.4. Formas de solución de conflictos	25
4. El conflicto desde los mecanismos alternativos de solución	30
4.1. ¿Es bueno el conflicto?	30
4.2. ¿El conflicto es igual a la violencia?	32
4.3. Elementos del conflicto	32
4.4. Causas del conflicto	35

4.5. Recursos para solucionar los conflictos	37
4.6. Enfoques para el tratamiento de los conflictos	38
5. Preguntas	40
CAPÍTULO 2	
MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS-MARCS	41
1. ¿Qué son los MARCS?	41
2. Filosofía que sustenta los MARCS	42
3. Clases de MARCS. Principales mecanismos	43
3.1. Principales MARCS	43
3.2. Lista abierta de MARCS	44
4. Características de los MARCS	45
5. Límites de los MARCS	48
5.1. Voluntad conjunta	48
5.2. Materias disponibles	49
6. Síntesis	50
7. Preguntas	52
CAPÍTULO 3	
COMUNICACIÓN Y CONFLICTO	53
1. La importancia de la comunicación	53
1.1. La importancia de la escucha activa	54
2. Axiomas de la comunicación	55
3. Técnicas de la comunicación	56
3.1. La escucha activa o paráfrasis	57
3.2. Las preguntas	58
3.3. El replanteo	59
3.4. Discurso en primera persona	60
4. Preguntas	61
CAPÍTULO 4	
LA NEGOCIACIÓN	63
1. Introducción	63

2. Definición	63
3. Modelos de negociación	64
3.1. Posiciones frente a intereses	64
3.2. Características principales de cada modelo	66
3.3. Los peligros de cada modelo	72
4. Etapas de la negociación	73
5. Los acuerdos integrativos y cómo lograrlos	75
6. Preguntas	79

CAPÍTULO 5

LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN	81
1. Introducción	81
2. La mediación y la conciliación. Definición y sutil diferenciación	82
3. Premisas de la conciliación	84
4. La conveniencia de la conciliación	86
4.1. Las ventajas de la conciliación	86
4.2. Las desventajas de la conciliación	88
4.3. ¿Cuándo conviene recurrir a la conciliación?	90
5. La estructura de la conciliación	92
6. Los principios de la conciliación	93
7. El conciliador	95
7.1. Requisitos para ser conciliador	96
7.2. Margen de actuación y deberes del conciliador	98
8. El procedimiento y la audiencia de conciliación	100
9. La conciliación legal en el Perú	102
9.1. La conciliación judicial	103
9.2. La conciliación extrajudicial	104
9.3. Otros tipos de conciliación regulados	109
10. Síntesis	110
11. Preguntas	114

CAPÍTULO 6

EL ARBITRAJE	115
1. Aspectos generales	115
1.1. Definición y esquematización	115
1.2. ¿Naturaleza adversarial o cooperativa?	116
1.3. Las ventajas del arbitraje frente al proceso judicial	116
1.4. La materia arbitrable	118
1.5. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje en el Perú	119
2. El convenio arbitral	120
2.1. Definición y alcances	120
2.2. La separabilidad de la cláusula arbitral	121
2.3. Los efectos del convenio arbitral	123
3. Los árbitros	123
3.1. El árbitro. Definición y alcances de la figura	123
3.2. La competencia de los árbitros	126
4. El laudo arbitral	128
5. Impugnación del arbitraje	131
5.1. La anulación del laudo	131
5.2. El amparo en el Perú como vía para supuestos excepcionales	134
6. Tipos de arbitraje	135
6.1. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia	135
6.2. Arbitraje entre particulares y arbitraje con componente público	136
6.3. Arbitraje doméstico y arbitraje internacional	136
6.4. Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones	138
6.5. Arbitraje <i>ad hoc</i> y arbitraje institucional	139
7. Síntesis	140
8. Preguntas	144

CAPÍTULO 7

EL PROCESO JUDICIAL	145
1. Planteamiento del tema	145

2. El rol de los tribunales nacionales y el derecho de acceso a la justicia	146
2.1. Los tribunales y su existencia indispensable para la garantía de los derechos sustantivos	146
2.2. La tutela jurisdiccional efectiva	147
3. El proceso judicial como mecanismo de solución de conflictos	149
3.1. La justicia en el resultado	149
3.2. La justicia en el procedimiento. El debido proceso	150
4. Síntesis	154
5. Preguntas	155
BIBLIOGRAFÍA	157

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha objetado frecuentemente la visión predominante sobre cómo abordar los conflictos, visión que está impregnada de una cultura adversarial que asocia la solución de los conflictos con mecanismos judiciales. Esta perspectiva no es ajena a los planes de estudio de las facultades de Derecho, donde abogados y abogadas hemos sido formados bajo estrictos cánones en los cuales las respuestas a las necesidades ciudadanas han sido encaminadas casi exclusivamente a través del litigio.

Sin embargo, cada vez más, nuestra sociedad promueve diversas respuestas a estas necesidades, en las que la solución judicial no es la vía más recurrida por los operadores del derecho, sobre todo si cuando se utilizan otros mecanismos se observa, en buena parte de casos, respuestas eficientes que atienden los intereses de las partes involucradas.

De esta forma, paulatinamente se ha cuestionado la formación tradicional de los abogados y se han incorporado un conjunto de alternativas en función del tipo de controversia, de las necesidades de las partes y del interés público. Luego, este contexto llevó a que se desarrollen los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, especialmente la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Dichos mecanismos no solo han replanteado la forma de resolver conflictos, sino que han promovido la conveniencia de cambios progresivos en las competencias de los operadores jurídicos.

Desde esta óptica, resulta pertinente que operadores del derecho y ciudadanos se involucren en el conocimiento y manejo de esta

especialidad. Para ello, se debe cambiar la forma de mirar los conflictos y de administrarlos, y comprender que el análisis jurídico no siempre es suficiente. Finalmente, es necesario que se perciban las necesidades e intereses de las partes involucradas y que se recurra a mecanismos cooperativos que las beneficien de mejor modo.

Este libro busca introducir al lector en la teoría del conflicto y en los mecanismos de solución con el objetivo de que, luego de conocer el debido proceso, alcance una salida, si no satisfactoria por lo menos razonable, al conflicto por el que pueda transcurrir en su vida cotidiana.

Debido a las características de la colección a la que pertenece este libro, no es posible profundizar en los diversos temas tratados en esta rama del derecho. Sin embargo, creemos que, sin ser especializado, este libro ofrece herramientas que explican, en un lenguaje sencillo y con un orden casi lineal, conceptos e ideas acerca de esta reciente disciplina.

Teoría del conflicto y mecanismos de solución se divide en siete capítulos. En primer lugar, se desarrollan nociones conceptuales sobre la teoría del conflicto para que el lector tenga elementos para analizar y comprender a los actores involucrados. En segundo lugar, se presentan los medios alternativos de resolución de conflictos, la lógica que los justifica y sus rasgos característicos. El capítulo tres reflexiona sobre la importancia de la comunicación para la solución de la disputa. Entre los capítulos cuatro y seis se desarrollan los mecanismos de negociación, mediación y conciliación, y arbitraje. Finalmente, se presenta el proceso judicial como una de las alternativas en la solución de las controversias y se establecen sus principales características.

Este libro recoge nuestra experiencia docente en la Facultad de Derecho, así como los aportes de los estudiantes, con sus críticas y preguntas. Finalmente, queremos agradecer a Ernesto Vargas Rebosio, asistente de cátedra, por su gran apoyo.

Javier La Rosa y Gino Rivas

Fundo Pando, 1 de octubre de 2017

CAPÍTULO 1

TEORÍA DEL CONFLICTO

1. CONFLICTO. SENTIDO, ORIGEN Y DEFINICIÓN

El conflicto es parte ineludible de nuestra vida. Nosotros, seres humanos, nos relacionamos entre sí y ello genera desacuerdos, discrepancias o modos distintos de ver la realidad. Al desenvolvemos en diferentes esquemas sociales —como la familia, el centro de trabajo, la comunidad, las autoridades, las industrias extractivas, etcétera— aparecen «diferencias» y estas pueden manifestarse a través de un conflicto (La Rosa, 2003, p. 9).

¿Diferencias en cuanto a qué? ¿Qué hace que las personas difieran entre sí y busquen obtener resultados distintos sobre un mismo tema? La respuesta no es simple; existen explicaciones diversas, como la escasez de recursos. Nuestra realidad no puede darnos una infinidad de elementos que permita a cada persona «satisfacerse» sin que ello afecte lo que otra persona quiere¹. Esta escasez sería una de las causas de los conflictos². Otras explicaciones señalan que existirían intereses contrapuestos o incompatibles que conllevarían a las partes a explicitarlos y a enfrentarse por ellos.

¹ El razonamiento aquí expresado constituye una de las premisas básicas de la economía.

² En realidad, esta puede considerarse una causa de aceptación unánime, pero no necesariamente la única. Así, desde la teoría de conflictos se han estudiado otras causas (que podrían estar enlazadas a aquella) que serán expuestas más adelante.

En un mundo con dos personas e infinidad de manzanas idénticas, a ninguna de ellas le importará de cuántas se apropie la otra. En un mundo con dos personas y una sola manzana, que una de ellas quiera comerse toda la manzana abriría una amplia discusión respecto al destino de dicha fruta. Los recursos son escasos y cuando nuestros intereses contrapuestos recaen en ellos aparecen los conflictos. Volvamos al ejemplo de la única manzana: si dos personas quieren comerse la manzana en su totalidad, es claro que hay intereses que «coinciden» en el mismo objeto, pero que son «contradictorios» entre sí. La exteriorización de tales intereses y las respectivas reacciones frente a ello constituyen un conflicto.

Esto, naturalmente, no se limita solo a cuestiones entre dos personas. Así, hay microconflictos (por ejemplo, los interpersonales), macroconflictos (por ejemplo, los sociales) e incluso los megaconflictos (por ejemplo, guerras mundiales) (Galtung, 1989).

En este libro nos enfocaremos en aquellas situaciones en las que se encuentran involucradas dos o más partes, puesto que constituyen el punto de partida al momento de estudiar los conflictos desde el derecho. El conflicto interpersonal, el conflicto social, por cierto, son aquellos que involucran a sujetos particulares (personas naturales o personas jurídicas).

Podemos, en este punto, hacer una definición del conflicto:

El «conflicto» es un fenómeno social en el que dos o más partes perciben que tienen intereses contrapuestos y exteriorizan dicha percepción a través de conductas dirigidas a obtener una respuesta para el mismo.

Entonces, en un conflicto hay a) partes con b) intereses enfrentados y c) conciencia de la existencia de dicho enfrentamiento. Este último factor, por cierto, es tan importante como los anteriores. Al respecto, Entelman señala que: «La conciencia del conflicto a que nos referimos menciona el producto de un acto intelectual en el que un actor admite encontrarse

con respecto a otro actor en una relación en que ambos tienen, o creen tener, objetivos incompatibles» (2002, p. 11).

2. DOS ENFOQUES DISTINTOS

El conflicto no puede ser abordado desde una sola disciplina. Como objeto de estudio, ha sido aprehendido desde muchas ópticas. Así, la sociología, la economía, el derecho, la antropología, entre otras disciplinas, han estudiado al conflicto o a ciertas clases del mismo.

Para los fines de este libro, son dos los enfoques esenciales para entender correctamente el conflicto.

- El conflicto desde el derecho procesal, es decir, la disciplina que se enfoca en el estudio del proceso como la vía para la administración de justicia.
- El conflicto desde los mecanismos alternativos de solución, esto es, la disciplina que se enfoca en la obtención de soluciones fruto del acuerdo y consenso de las partes involucradas.

Ambos enfoques son esenciales puesto que nos muestran dos maneras distintas de abordar y, eventualmente, resolver los conflictos. En efecto, por un lado tenemos una visión «adversarial» y, por el otro, una visión «cooperativa».

¿Qué significa «ver» a un conflicto desde una óptica adversarial? ¿Y qué significa hacerlo desde una óptica cooperativa?

2.1. Enfoque adversarial (derecho procesal)

Para el derecho procesal, la solución del conflicto pasa por la «imposición» de una decisión sobre el mismo. Esta imposición, naturalmente, no es arbitraria, sino más bien fruto de la decisión de un agente imparcial (el juez), quien en realidad decide luego de haber escuchado a los involucrados en el conflicto. Así, estos involucrados se «enfrentan» por lograr que el juez se convenza de la posición que plantean y defienden.

El factor diferencial aquí es que, por regla general, el interés de una parte prevalecerá —total o parcialmente— por sobre el de la otra. Una decisión del juez nunca deja contentas a ambas partes, sino, más bien, deriva en la disconformidad de una de ellas, que «accepta» la decisión por obligación debido a su estricto cumplimiento.

Ejemplo:

La disputa judicial entre vendedor y comprador por defectos en el producto en venta. El vendedor alega que el producto fue entregado en perfectas condiciones y que fue el comprador quien lo dañó; el comprador alega que el producto llegó defectuoso.

En este caso, ambos presentarán sus argumentos y evidencias ante un juez, quien establecerá una decisión. Si el juez determina que el producto llegó defectuoso, el vendedor quedará inconforme y si, por el contrario, determina que fue entregado sin defectos, será el comprador el decepcionado.

2.2. Enfoque cooperativo (mecanismos alternativos de solución)

Para los mecanismos alternativos de solución, el abordaje del conflicto pasa por la búsqueda del «consenso» en cada una de las etapas del medio utilizado y en la decisión que ponga fin al conflicto. Este consenso surge, naturalmente, de las partes involucradas en el conflicto, quienes promueven una solución que pueda satisfacer los intereses de todos. Así, estos involucrados cooperan para obtener una solución.

Aquí el carácter diferenciador radica en que la solución obtenida «satisface a ambas partes». El acuerdo, al ser fruto de una decisión voluntaria de todos los involucrados, no genera inconformidad e inclusive permite la continuación de las relaciones interpersonales y sociales.

Ejemplo:

El caso del vendedor y comprador por el producto defectuoso ya mencionado. En esta ocasión, en lugar de acudir a un juez, las partes, luego de negociar, llegan a una solución: el comprador pagará por la reparación del producto y a cambio el vendedor extenderá el período de garantía.

De esta forma, ambas partes llegan a una solución deseada y, más aún, ello permitirá que la relación comercial entre el vendedor y el comprador pueda continuar. Es decir, salvado el *impasse*, el comprador seguirá adquiriendo bienes del vendedor y el vendedor podrá seguir vendiéndole al comprador.

En nuestra opinión, el «tratamiento» de los conflictos pasa por conocer y manejar ambos enfoques. No es posible afirmar que todos los conflictos pueden ser manejados empleando solo una de estas perspectivas. En realidad, tratar adecuadamente los conflictos pasa justamente por determinar qué enfoque debe aplicarse y cuáles son las ventajas y desventajas de hacerlo.

A continuación, desarrollaremos ambos enfoques.

3. EL CONFLICTO DESDE EL DERECHO PROCESAL

3.1. Delimitación necesaria: conflictos interpersonales

Si bien el derecho procesal es una rama extensa, conviene aquí delimitarla en función a un tipo específico de conflicto: el conflicto intersubjetivo, de intereses e incertidumbres jurídicas. Como dijimos, este libro se enfoca en los conflictos interpersonales y sociales, y por ello es necesario entender que el derecho procesal puede variar en función al tipo de conflicto con el que trata. Veamos dos maneras de ilustrar este punto.

En primer lugar, si no nos limitásemos a los conflictos interpersonales, nuestro análisis también debería tocar los conflictos internacionales, es decir, conflictos entre estados, organizaciones internacionales, entre otros

(por ejemplo, fuerzas beligerantes, terroristas). Este tipo de conflictos es estudiado por el derecho procesal internacional, una rama específica que, naturalmente, cuenta con sus caracteres y lineamientos singulares.

En segundo lugar, si no nos limitásemos a los conflictos interpersonales y sociales, nuestro análisis también debería cubrir los conflictos con consecuencias penales. En estos casos, el conflicto no es, en sí, entre dos personas distintas, sino más bien entre una persona (el infractor penal) y la sociedad. Tal y como lo establece el artículo 159 de la Constitución³, el Ministerio Público, en representación de la sociedad, es quien puede ejercitar la acción penal. Este tipo de conflictos es estudiado por el derecho procesal penal, el cual, al igual que el derecho procesal internacional, cuenta con caracteres y lineamientos singulares.

Entonces ¿bajo qué rama del derecho procesal nos apoyamos para hacer un enfoque de los conflictos? Si estamos tratando conflictos interpersonales, propios de la vida «civil» (vida en sociedad), aplica aquí el derecho procesal civil.

3.2. El conflicto como la discrepancia en la aplicación del derecho

En una sociedad con Estado de Derecho, las normas jurídicas regulan el comportamiento de los agentes en la sociedad. Así, hay normas que regulan nuestro movimiento vehicular (por ejemplo, semáforos que nos indican si debemos parar o avanzar); hay otras que regulan las transacciones comerciales sobre bienes (por ejemplo, prohibición de que el plazo de arrendamiento sea de más de diez años según el artículo 1688⁴ del

³ Artículo 159: «Corresponde al Ministerio Público: [...] 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte».

⁴ Artículo 1688: «El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.

Quando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.

Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos».

Código Civil); hay normas que regulan nuestras relaciones de familia (por ejemplo, la regulación del matrimonio en el ya mencionado Código Civil), etcétera. Actuamos bajo un conjunto de normas y debemos cumplir con lo establecido por ellas.

Pues bien, ¿qué es «cumplir con las normas»? La respuesta es bastante simple: «aplicar» el derecho. En el día a día, los ciudadanos, las empresas y las entidades estatales emplean el derecho para sus actividades. Aplicamos derecho cuando compramos una casa, cuando solicitamos una licencia de funcionamiento, cuando nos casamos, cuando abrimos una cuenta bancaria, entre otras cosas.

Notemos aquí que esta aplicación del derecho es hecha por nosotros. Por ejemplo, al abrir una cuenta bancaria, participan el usuario y la institución bancaria. Es decir, los involucrados son los que directamente aplican las normas.

Pero, ¿qué pasa si en una situación específica los involucrados no están de acuerdo en cómo se aplica el derecho o en cuáles son los hechos (sobre los que naturalmente se aplicará el derecho)? Para el derecho procesal, es en esta situación en la que aparece la vía judicial de solución de conflictos: ante la divergencia en la aplicación del derecho o en la determinación de hechos jurídicamente relevantes acude el juez para que, luego de un proceso, expida una decisión que ponga fin al problema.

Todo lo señalado puede resumirse de la siguiente manera:

Pero no es verdad que la aplicación [del derecho] sea obra exclusiva de los jueces. Aplicar una ley quiere decir confrontarla con una situación de hecho a fin de saber qué es lo que se puede y lo que no se puede hacer [...]. ¡Ay si para aplicar las leyes hubiesen de intervenir en todos los casos los jueces! La verdad es que las aplican también ciudadanos cuando según ellos regulan su conducta, lo cual quiere decir que también ellos, como el *Burgués gentilhombre* se expresaba en prosa, hacen derecho sin saberlo. En otras palabras, el juez *provee a terminar el producto semielaborado únicamente cuando los ciudadanos no consiguen hacerlo* (Carnelutti, 2008, p. 6; las cursivas son nuestras).

Entonces, ¿qué es el conflicto para el derecho procesal? A grandes rasgos, se trata de una divergencia jurídicamente relevante (Alcalá-Zamora y Castillo, 2009, p. 18), sea porque existe discrepancia en cuanto a a) la aplicación del derecho o a b) la determinación de los hechos sobre los cuales luego deberá aplicarse el derecho⁵. Asimismo, el término que emplea el derecho procesal para referirse a los conflictos que están bajo su análisis y estudio es el de «litigio».

3.3. Los elementos del conflicto bajo el derecho procesal

El derecho procesal, según dijimos, concibe al conflicto como una colisión frontal de posiciones. En esa línea, para el derecho procesal son tres los elementos del conflicto: a) los sujetos, b) el objeto y c) el interés.

En cuanto al elemento subjetivo, nos referimos naturalmente a los sujetos involucrados en el proceso. Ahora bien, el derecho procesal usa un término específico para referirse a estos sujetos: «partes». Así, en función a la mencionada colisión formal, tenemos que, por regla general, bajo el derecho procesal en un conflicto las partes son «dos».

Sobre ello, no es inusual que estas dos partes puedan ser denominadas como «parte pretendiente» y «parte resistente». La primera es aquella que reclama o solicita algo a la otra y la segunda es la que recibe el reclamo y rehúsa dar cumplimiento al mismo. Este esquema, naturalmente, deriva luego en el binomio «demandante-demandado»; pero ello recién se da dentro de un proceso judicial, figura que examinaremos más adelante.

Por su lado, el elemento objetivo consiste en la «cosa» material o inmaterial sobre la que gira el conflicto. Así, este objeto puede subdividirse en «objeto fáctico» y «objeto jurídico».

- a) El objeto fáctico es «la cosa» sobre la cual hay un conflicto o amenaza. Ahora bien, esta cosa —en su acepción más general— puede ser material, inmaterial o mixta.

⁵ Esto se desprende de la teoría de la argumentación jurídica (Wróblewski, 1971, p. 412).

- b) El objeto jurídico es la vertiente o fachada de «la cosa» que se encuentra enfocada por el derecho: la relación jurídica de la «cosa» en sí —material o inmaterial— con la persona desde el punto de vista de sus intereses (o supuestos derechos) sobre la misma. Una «cosa sin intereses sobre ella» no despierta conflictos (Fairén Guillén, 1992, p. 20).

Finalmente, un conflicto involucra intereses. Tal y como se desprende de lo señalado por Fairén Guillén, la «cosa» debe ser objeto de un interés subjetivo. Este interés constituye, por sí mismo, un elemento del conflicto. Se trata de lo que busca obtener cada parte en una situación determinada.

Cabe precisar que el interés, si bien puede revestirse con categorías jurídicas (por ejemplo, los derechos), radica en las necesidades de la persona. Hay intereses económicos, sociales, personales, familiares, lúdicos, etcétera. Por tanto, estamos ante un concepto que precede al derecho y que no depende del mismo para tener un sentido propio.

3.4. Formas de solución de conflictos

El estudio de un conflicto sería incompleto si no se analizan las maneras de solucionarlo. Bajo el enfoque procesal, la solución del conflicto puede adoptar tres formas diferentes: a) autotutela, b) autocomposición y c) heterocomposición (Alcalá-Zamora y Castillo, 2009).

3.4.1. Autotutela

En la autotutela solucionar es imponer. El derecho procesal concibe a la autotutela como la búsqueda de poner fin a un conflicto a través del empleo de la fuerza para reducir a los otros involucrados. Estamos aquí ante la tutela propia —es decir, por cuenta de uno mismo— de los intereses o, en otras palabras, la defensa a través de nuestros medios.

Se trata, así, de hacer «justicia con mano propia». Bajo el derecho procesal, esta forma de resolver conflictos se origina precisamente por la

falta de un sistema de justicia al que puedan recurrir los involucrados en el conflicto; de ahí que aquellos deban usar sus propios medios.

Ejemplos típicos de autotutela son el duelo, la guerra, una pelea cualquiera, etcétera. En todos los casos, los involucrados hacen uso de su fuerza (física o de cualquier otro tipo) para intentar prevalecer sobre los demás.

La autotutela se mantiene hoy en día como una forma de solucionar conflictos en la sociedad. Así, no es de extrañar que se desaten trifulcas o grescas respecto a una infinidad de temas. Por ejemplo, las peleas entre invasores de terrenos son claros ejemplos de autotutela.

3.4.2. Autocomposición

En la autocomposición solucionar es acordar. Aquí, el conflicto se extingue mediante la renuncia o concesión del derecho o interés materia de controversia. Las partes, sea porque no quieren, no deben o no pueden usar la fuerza (autotutela), saben que no pueden imponer totalmente su interés por sobre el de la otra, por lo que deben buscar la manera de obtener un resultado que sea «consentido» por la contraparte.

Bajo el enfoque procesal, la autocomposición se logra a través de la «renuncia» parcial o total del interés que tiene. Así, se habla de autocomposición bilateral o autocomposición unilateral.

- La autocomposición bilateral es la obtención de un acuerdo a través de la renuncia de ambas partes a una fracción de sus posiciones. De esta forma, se trata de obtener un «punto medio» en el que ambas partes puedan verse parcialmente satisfechas, lo que permite que ambas lleguen a un acuerdo.

Ejemplo:

Un sindicato reclama a una empresa por los beneficios laborales que la anterior gerencia había prometido. Las posiciones son las siguientes: el sindicato quiere la aplicación íntegra de todos los beneficios laborales que prometió la anterior gerencia porque considera que hubo un compromiso vinculante. Por su parte, la empresa no quiere aumentar los beneficios laborales en absoluto, porque la actual gerencia no se considera vinculada a la promesa de la anterior.

Al final, sindicato y empresa acuerdan que se implementarán solo la mitad de los mencionados beneficios. Es un acuerdo de «punto medio» para ambas partes. La empresa solo da la mitad de lo que se le pide y el sindicato solo recibe la mitad de lo que pide.

- La autocomposición unilateral es la solución del conflicto a través de la renuncia total de la posición. Esta renuncia total puede provenir de cualquiera de las dos partes.

En específico, el derecho procesal usa los términos de «allanamiento» y «desistimiento». En el allanamiento, la parte resistente cede al pedido del pretendiente y otorga lo solicitado sin oponer defensa alguna y sin requerir nada a cambio.

Ejemplo:

A le compra a B un inmueble, pero luego le exige a B que le devuelva su dinero por considerar que el contrato es inválido. Ante tal situación, B no se opone y le entrega a A el precio de venta.

En el desistimiento, la parte pretendiente exige algo en un inicio para luego renunciar a dicho reclamo, hecho con el que se termina el conflicto.

Ejemplo:

X contrata a Z para remodelar un edificio de cinco pisos que incluye la terraza. Z cumple con la remodelación de todo el edificio, salvo de la terraza. Inicialmente X reclama a Z por no cumplir con el rediseño de la terraza, pero luego renuncia a dicho reclamo y comunica a Z que el contrato se ha cumplido.

En este punto, nos preguntamos ¿dónde están la negociación, la mediación y la conciliación? Pues bien, la negociación, la mediación y la conciliación constituyen, para el derecho procesal, dinámicas que derivan en una transacción. En efecto: «negociación, mediación y conciliación resultan procedimientos o caminos para llegar a la solución del litigio; por otro lado, desistimiento, allanamiento, [...] transacción [...] son formas que adopta la solución» (Vado Grajales, 2006, p. 375).

En otras palabras, la negociación, la mediación y la conciliación deben ser considerados caminos que derivan en un resultado que tiene la forma de transacción.

Para finalizar, el empleo de un mecanismo de autocomposición no implica que exista un acuerdo con el que ambas partes estén satisfechas. En realidad, la autocomposición nos presenta una solución «por fuera», sin considerar que, por dentro, una o inclusive ambas partes podrían estar seriamente disconformes con el resultado, y que solo lo aceptan porque es lo mejor que han podido obtener. Así, «[a]unque en superficie, parece haber una voluntad pacífica de los interesados en resolver el conflicto, en el fondo puede haber una “sumisión del más débil”» (Fairén Guillén, 1992, p. 18).

3.4.3. Heterocomposición

«Heterocomponer» consiste en solucionar a través de un tercero. Es decir, la solución al conflicto proviene de la decisión que un sujeto ajeno a él emita sobre el mismo. Las partes, así, ya no autosolucionan (solucionan por ellas mismas) el conflicto, sino que, más bien, recurren a un sujeto distinto.

El tercero no emite, por cierto, una opinión o sugerencias que las partes puedan tomar en cuenta para resolver el conflicto. No. En la heterocomposición es el tercero quien resuelve el conflicto, porque la decisión que emite es «vinculante», una decisión que las partes deben cumplir sin importar si están de acuerdo o no con ella.

El factor diferencial de la heterocomposición es, entonces, la «imposición» de una decisión a cargo de un agente que no está involucrado en el conflicto. Es bajo esta dinámica que el derecho procesal encuadra a su principal objeto de estudio: el proceso. Y, en efecto, en el proceso judicial el conflicto se soluciona a través de la decisión de un juez.

Pero no solo el proceso judicial es heterocomposición. Junto al mismo, aparece el arbitraje. En este caso, las partes acuerdan que será un árbitro el que dirimirá de manera vinculante la controversia y el resultado provendrá de un procedimiento adversarial entre las partes (las partes presentan al árbitro su caso y exponen por qué merecen que su posición prevalezca). Aunque podría considerarse como una definición bastante pobre e inclusive errónea, en este momento nos atreveremos a decir que un arbitraje es una suerte de proceso privado con «jueces privados».

En síntesis, la heterocomposición consiste en la solución que es impuesta por un tercero. Esta se manifiesta a través del proceso judicial, que deriva en una sentencia de obligatorio cumplimiento para las partes o el arbitraje, en el que las partes acuerdan que llevarán su disputa ante un árbitro y se comprometen a cumplir con lo que este resuelva.

4. EL CONFLICTO DESDE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN

4.1. ¿Es bueno el conflicto?

Para estudiar el conflicto a partir de los mecanismos alternativos de solución lo primero que debemos hacer es preguntarnos qué efectos tiene este. Por defecto, uno puede creer que el conflicto es malo; por ello que iniciamos este análisis con la siguiente pregunta: ¿Es bueno el conflicto?

Se ha afirmado que el conflicto sería el impulso y la forma en que se canalizan las relaciones humanas. El conflicto, entonces, sería una manera más de expresión de las relaciones entre los seres humanos (Vinyamata, 2014, p. 91).

Tenemos, por tanto, que el conflicto es una situación que se produce cotidianamente; es el resultado normal y ordinario de la interrelación de las personas en sociedad. Sobre ello, podemos señalar que un conflicto no es ni bueno ni malo, sino que se trata de un hecho «objetivo», enlazado e indesligable a nuestra existencia.

Ahora bien, este hecho objetivo puede generar consecuencias buenas o malas para la sociedad. Pensemos en un rayo: en sentido estricto que caiga un rayo a la tierra no constituye un hecho calificable como «bueno» o «malo». No obstante, las consecuencias del rayo sí pueden ser negativas o positivas. Si el rayo genera el incendio de un bosque entero, sus consecuencias habrán sido malas; pero si el rayo es aprovechado para almacenar su energía, sus consecuencias habrán sido buenas.

Esto que hemos señalado con la analogía del rayo es perfectamente aplicable al conflicto. El conflicto, según como sea asimilado por la sociedad, puede generar consecuencias positivas o negativas. Así, se discute frecuentemente si un conflicto puede ser una oportunidad para el cambio o mejora de una persona o sociedad cuando el mismo es abordado de un modo eficiente que permita no solo la resolución del mismo sino la transformación de las partes. Sin embargo, cuando ocurre de manera

inversa, un conflicto puede ser sinónimo de pérdidas de toda índole y por ello un retroceso para las partes.

Observemos, entonces, que el conflicto tiene el potencial de generar consecuencias buenas o malas para las personas involucradas en específico y para la sociedad en general.

Para nosotros es importante destacar el aspecto positivo del conflicto. En este sentido, un conflicto bien manejado permite:

- Preservar la relación. Las partes enfrentadas cuidan que la relación entre ellas no se siga deteriorando o incluso que se pueda restablecer.
- Aumentar la probabilidad de éxito en la satisfacción mutua de intereses. Esto ocurre cuando ambas partes obtienen resultados de mutuo beneficio.
- Aprender a partir de la experiencia. Esto conlleva a que las personas involucradas en una situación conflictiva tomen conciencia de que existen otras formas de resolver conflictos que no son necesariamente confrontacionales.
- Beneficiar a la comunidad, siempre y cuando la paz social no sea alterada.
- Evitar costos adicionales. Es decir, que se deba destinar fuertes recursos económicos para solucionar lo que podría resolverse de manera directa.
- Evitar que haya desgaste emocional. En otras palabras, que las partes se ahorren la incomodidad de un conflicto que se prolongue en el tiempo y que deteriore aún más las relaciones ya afectadas.

En conclusión, el conflicto puede ser entendido como una «oportunidad» para la sociedad, pues, así como hemos señalado que un conflicto en sí no es ni positivo ni negativo, podemos también reconocer que es un hecho que, bien manejado, puede promover el desarrollo personal o social al aprovecharse para generar oportunidades de cambio y aprendizaje.

4.2. ¿El conflicto es igual a la violencia?

No, pero las consecuencias de un conflicto mal manejado podrían desencadenar una situación de violencia.

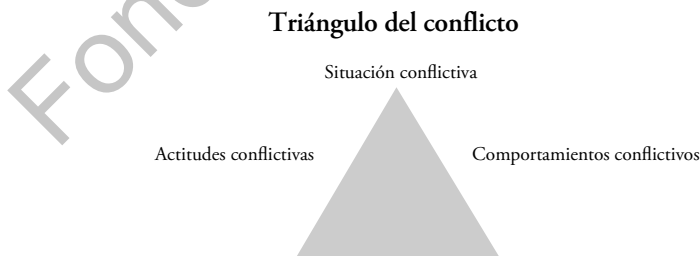
Puede ocurrir que una persona use la fuerza para imponerse, con lo que se produciría una situación negativa y perjudicial para todos en la comunidad.

A lo largo de la historia de la humanidad es posible encontrar múltiples ejemplos de situaciones conflictivas que han sido pésimamente abordadas, lo que ha generado situaciones de violencia y guerras que no solo afectaron a las partes directamente enfrentadas sino también a terceros involucrados de manera indirecta en el conflicto.

Entonces, debe tenerse especial cuidado en no confundir «conflicto» con «violencia». El conflicto es un hecho casi frecuente en la realidad que, dependiendo de las partes, puede conducirlos a una situación incluso mejor a la que tenían al inicio. La violencia, por el contrario es una situación en la que el conflicto se torna inmanejable y genera daños que muchas veces son irreparables (La Rosa, 2003, p. 10).

4.3. Elementos del conflicto

En un conflicto es posible encontrar tres elementos: a) situación conflictiva, b) actitudes conflictivas y c) comportamientos conflictivos. Esto puede esquematizarse en un triángulo del conflicto.



Fuente: (Mitchell, 1981).

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos elementos.

4.3.1. Situación conflictiva

Al hablar de situación conflictiva nos referimos a las partes involucradas, ya sea de manera directa o indirecta en la controversia, así como al problema que los enfrenta. Aquí también es apropiado reconocer lo que las personas manifiestan y lo que realmente quieren conseguir.

De este modo, cuando describimos qué comprende una situación conflictiva debemos identificar:

- Quiénes son las partes principales; es decir, aquellos que tienen una incompatibilidad que los lleva a enfrentarse.
- Quiénes son partes secundarias; que vendrían a ser aquellos agentes que actúan de aliados de las partes principales.
- Posibles terceros interesados en la resolución exitosa del conflicto; lo que no siempre ocurre. Se trata de identificar quién puede tener la confianza de las partes enfrentadas.
- Cuáles son las posiciones e intereses de las partes principales. En el caso de las posiciones se refiere a lo que cada una de las partes enuncia frente a la otra; es decir, la postura que toma un involucrado para confrontar a los restantes. Mientras que en el caso de los intereses, se alude a las verdaderas razones que sustentan las posiciones.
- Cuál es el problema que separa a las partes; esto es, cómo puede ser descrita aquella situación de incompatibilidad entre las partes, pudiendo haber más de un problema.

Ejemplo:

En un conflicto sobre linderos, habría que identificar a) quiénes son las partes involucradas (los titulares de los terrenos colindantes); b) quiénes son los agentes secundarios que apoyan a las partes (los familiares de los titulares); c) si hay terceros interesados en la solución (la asociación de la vecindad, si la hubiera); d) qué piden las partes (posiciones) y qué es lo que buscan en el fondo (intereses); y e) en qué consiste la incompatibilidad que tienen las partes.

4.3.2. *Actitudes conflictivas*

En todo conflicto las partes involucradas manifiestan a) emociones y b) percepciones que pueden influir sobre ellas, dependiendo de cuán grave sea la situación.

Cuando nos referimos a las emociones estamos pensando en aquellos condicionamientos psicológicos (miedo, enojo, desconfianza, etcétera) que aparecen en la psique de los individuos involucrados. Se trata del componente emotivo-subjetivo que acompaña a la aparición y desarrollo de un conflicto: las personas no somos «insensibles» a los conflictos, por lo que es ordinario que aquellos sucesos externos generen reacciones internas en las partes.

Finalmente, estas emociones pueden repercutir en el problema e incluso puede agravarlo. Por ejemplo, en una separación de una pareja es bastante frecuente que los ánimos se encuentren exaltados y que ello se manifieste abiertamente, lo que a su vez puede contribuir a agravar más la situación.

En el caso de las percepciones, según el modo en que las partes enfrentadas miren el problema, pueden facilitarse o complicarse la solución de un conflicto. Así, estas pueden creer que solo uno tiene la razón, que uno es víctima de la otra parte, que la otra parte siempre es así, etcétera.

Las percepciones, entonces, son también manifestaciones internas de las personas involucradas en el conflicto. Y naturalmente, la percepción

juega un gran papel cuando la persona determina cómo procederá frente al conflicto.

4.3.3. Comportamientos conflictivos

Las partes involucradas en un conflicto tienen diversas maneras de exteriorizar las acciones frente a sus oponentes. Estas acciones son los diversos comportamientos que pueden darse y que van desde no hacer nada para resolverlos, escapar de la situación conflictiva, ceder a lo que pide la otra parte, pelear o competir para que la solución favorezca nuestra posición, o resolver de manera consensuada el conflicto.

Ejemplo:

Si una persona tiene una deuda por cobrar con otra persona puede tener los siguientes comportamientos: no hacer nada hasta esperar una oportunidad para cobrar, pedir que le pague lo adeudado, denunciarlo ante una autoridad, cobrarse por mano propia u olvidarse de la deuda.

En síntesis, los comportamientos conflictivos son las «acciones» (activas u omisivas) que toman las partes frente al suceso conflictivo.

4.4. Causas del conflicto

¿Qué es lo que origina un conflicto? Según expusimos al inicio de este capítulo, la causa última de los conflictos radica en la escasez de los recursos que tenemos a nuestra disposición y en la imposibilidad de que todos puedan satisfacer ilimitadamente sus intereses justamente debido a la referida escasez.

Tal razonamiento constituye un punto de consenso en el que tanto el derecho procesal como los mecanismos alternativos de solución están de acuerdo. Sin embargo, bajo el estudio de los mecanismos alternativos de solución, el conflicto puede surgir por diversas razones y motivos (que incluyen, naturalmente, la escasez de recursos).

A continuación, listamos las principales causas de los conflictos:

- Percepción de los hechos. Se trata de aquellas situaciones en las que las partes tienen una percepción diferente sobre un hecho, lo que genera el desacuerdo o incompatibilidad.

Ejemplo:

Una empresa minera utiliza el río cercano a una comunidad campesina y dicha comunidad considera que el río será contaminado por este uso. Aquí cada una de las partes percibe la realidad de modo antagónico y dicha percepción causa el conflicto.

- Mala comunicación. Se refieren a los malentendidos, ya sea porque no hay información o porque esta es equivocada sobre algún asunto o sobre alguna persona.

Ejemplo:

El chisme es una de las causas más frecuentes de los conflictos entre parejas, familiares o vecinos.

Cuando hay ideas equivocadas (estereotipos) o emociones negativas también puede verse afectada la relación.

- Recursos escasos. Como dijimos antes, se refiere a aquellas situaciones en las cuales lo que se disputa es un bien o recurso escaso. También cuando la distribución o manejo de los recursos no alcanza para todos.

Ejemplo:

Cuando el agua no alcanza para regar los campos de todos.

- Creencias distintas (valores). Se trata de aquellas situaciones en la cual dos o más personas piensan de distinta manera y esto es la causa que genera el desacuerdo.

Ejemplo:

En una pareja una de las personas cree que no se puede cuestionar la autoridad del varón y a raíz de ello abusa o golpea a su esposa o conviviente.

- Estructura injusta. Se trata de situaciones en las cuales existen situaciones manifiestamente injustas, como podría ser una familia machista, una sociedad en la que haya discriminación racial o un país donde haya una dictadura.

Ejemplo:

Al interior de una comunidad hay una distribución desigual del poder y alguien abusa de esta situación en perjuicio de la mayoría (La Rosa, 2003, p. 12).

4.5. Recursos para solucionar los conflictos

Existen tres grandes sistemas para solucionar los conflictos:

- Aquellos basados en el poder. Son aquellos métodos que recurren a la fuerza física, institucional o económica para poner fin a una situación conflictiva, en la que una de las partes, la más fuerte, se impone frente a la otra que es más débil. Su ventaja es poner fin al conflicto casi de forma inmediata; sin embargo, la resolución del mismo sigue pendiente y es factible una posible reacción de la parte que tuvo que ceder.

- Aquellos basados en el derecho. Estos métodos se basan en la aplicación de una norma, sea escrita u oral. Su ventaja es que estas disposiciones pueden entenderse como criterios objetivos que ponen fin a la disputa; sin embargo, al tratarse de normas, estas requieren ser interpretadas y cada una de las partes enfrentadas formula sus propios criterios interpretativos.
- Aquellos basados en intereses. Son aquellos métodos que se basan en la identificación de intereses comunes o complementarios que pueden tener las partes enfrentadas, lo que solo es posible a través de mecanismos en los que las partes tienen contacto entre sí. Su ventaja es que pueden resolver el conflicto al atender las causas que lo origina; sin embargo, pueden requerir bastante tiempo y requieren la voluntad de ambas partes.

4.6. Enfoques para el tratamiento de los conflictos

La mayoría de autores coinciden en que existen diversas maneras de acercarse a los conflictos, siendo las principales a) la prevención, b) la gestión o administración, c) la resolución y d) la transformación de los mismos. Analicemos cada uno de estos enfoques.

4.6.1. Prevención de los conflictos

De acuerdo con Vicenç Fisas, se trata de la intervención temprana, en escenarios reales o potenciales de conflicto, con medidas que contribuyan a evitar comportamientos conflictivos inadecuados (2006).

La idea sería conseguir por lo menos tres propósitos:

- Prevenir un comportamiento o acción indeseable.
- Evitar que el conflicto escale.
- Cautelar que los límites de los comportamientos conflictivos se encuentren dentro de lo razonable.

4.6.2. *Gestión o administración de los conflictos*

Otra manera de abordar los conflictos es conduciéndolos a través de mecanismos de resolución de conflictos que persigan la obtención de un acuerdo. Sería el caso de los medios alternativos como la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

4.6.3. *Resolución de los conflictos*

Se trata del enfoque clásico que señala que un conflicto debe ser materia de análisis, gestión y eventual resolución. Últimamente se critica que este enfoque asuma la premisa que todo conflicto deba ser resuelto, ya que ello sería reconocer que los conflictos son negativos *per se*.

Ejemplo:

Cuando hay un conflicto social y solo se aborda la desactivación de la medida de fuerza de una de las partes, sin necesariamente ingresar a las causas que generaron dicha situación.

4.6.4. *Transformación de los conflictos*

Este es un enfoque más reciente sobre los conflictos, especialmente usado para los conflictos enraizados. Según Lederach se trata de promover cambios en cuatro niveles:

- En el personal. Cuando cambian las actitudes frente al conflicto y frente a las partes involucradas.
- En el relacional. Cuando cambian la forma en que se relacionan las partes entre sí.
- En el estructural. Cuando se identifican las causas del conflicto y se hacen los cambios necesarios.
- En el cultural. Si todo lo anterior cambió, se producirá un cambio en el plano cultural con una nueva forma de interaccionar (1992).

Ejemplo:

El proceso que se vive en Colombia a propósito del acuerdo de paz suscrito entre el gobierno y el grupo insurgente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC); dicho proceso que pretende atender las causas que dieron origen al conflicto armado más antiguo de Sudamérica.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cómo se puede definir un conflicto?
2. ¿Los conflictos necesariamente involucran violencia?
3. ¿En qué consiste a) la situación conflictiva, b) las actitudes conflictivas y c) los comportamientos conflictivos?
4. ¿Por qué se originan los conflictos?
5. ¿Qué implica resolver un conflicto a través de a) el poder, b) el derecho y c) los intereses?

CAPÍTULO 2
MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS-MARCS

1. ¿QUÉ SON LOS MARCS?

Cuando pensamos en la solución de un conflicto con relevancia jurídica, lo primero que viene a la mente es el proceso judicial. El proceso judicial, a fin de cuentas, representa el mecanismo de solución de conflictos más arraigado de todos: forma parte del Estado constitucional de Derecho y constituye una de las funciones del poder público (función jurisdiccional).

Frente al masivo empleo del sistema judicial para la resolución de conflictos, en los últimos años, Latinoamérica ha vivido un incremento en el conocimiento y empleo de los denominados MARCs (Caivano, 2007). Los MARCs se erigieron como una respuesta a la disconformidad ciudadana respecto de los sistemas judiciales latinoamericanos para impartir de forma adecuada la justicia.

Pero los MARCs no son solo una respuesta a la congestión del mecanismo tradicional de resolución de conflictos (proceso judicial), sino que, más bien, son el resultado de una necesidad de las partes de resolver no solo ese aspecto «jurídico» del conflicto sino también de obtener una solución integral que tenga en cuenta las razones e intereses personales, sentimentales, sociales y de otras índoles que pudieran tener las partes.

Los MARCs, entonces —y sin ánimo de caer en tautologías— representan una manera eficiente de resolver los conflictos. Constituyen mecanismos que se adaptan a las necesidades de las partes involucradas y

a la «forma» del conflicto, con lo que se garantiza mayores oportunidades para solucionar el mismo.

2. FILOSOFÍA QUE SUSTENTA LOS MARCS

En los últimos años se ha dado un desarrollo vertiginoso de los MARCs, no solo en Perú sino en diversos países de la región, y se han ensayado diversas explicaciones sobre las razones que han determinado estos avances. Desde nuestro punto de vista algunas explicaciones serían:

- Crisis de los sistemas judiciales. A partir del incremento de las percepciones ciudadanas que desconfían de los sistemas judiciales es posible explicar la cada vez mayor búsqueda de sistemas alternativos de controversias que no tengan que pasar necesariamente por los mecanismos estatales.

No se trata solamente de situaciones de ineficiencia en la solución de los conflictos, lo que deja a una de las partes sino a las dos con un déficit de credibilidad en los fueros estatales. Si a la ineficiencia le agregamos la creciente sensación de corrupción que atraviesa importantes esferas judiciales de la administración de justicia, podrá entenderse mejor por qué se busca con alguna ansiedad figuras que no requieran atravesar estos arcos judiciales.

- Mejora el acceso a la justicia. En la medida en que los MARCs permiten a las partes enfrentadas formas más eficientes y amigables que les permitan solucionar sus controversias, se crean las condiciones para que un número relevante de ciudadanos promueva su desarrollo. En este sentido, asumiendo que el derecho de acceso a la justicia significa satisfacer las necesidades jurídicas de la población, los medios alternativos responden a dichas características de modo directo y eficaz.
- Participación ciudadana. Si cada uno de los medios alternativos implica el involucramiento directo de las propias partes en la

resolución de sus conflictos, estamos ante modos más adecuados de participación ciudadana en un ámbito que ha estado encargado a un tercero (juez) designado por el Estado. En este sentido, estos mecanismos serían formas eficientes de promover la democratización de la toma de decisiones en la solución de los conflictos.

- Conflictos especializados. Debido al desarrollo vertiginoso de la sociedad cada vez se presentan situaciones más complejas que requieren respuestas especializadas. En este sentido, los MARCs ofrecen la posibilidad de atender cada una de las situaciones conflictivas con presencia de terceros que tienen las competencias para manejar dichos casos.

Ahora bien, pasemos a una definición «desglosada» de la sigla MARC:

Medios alternativos para la resolución de conflictos	
Medios	Mecanismos dirigidos a la consecución de un fin específico. Los MARCs no son un objetivo en sí, sino solo vías para lograr un resultado deseado.
Alternativos	Los MARCs representan opciones paralelas a la opción por <i>default</i> que es el proceso judicial. En términos simples, son «otras formas» de resolver conflictos frente a la clásica manera de litigar en juzgados.
Resolución	El tratamiento de los MARCs se dirige a obtener una respuesta satisfactoria que ponga fin a un problema.
Conflictos	La finalidad de los MARCs es resolver los conflictos del mejor modo posible.

3. CLASES DE MARCS. PRINCIPALES MECANISMOS

3.1. Principales MARCS

Hasta este punto hemos hablado de los MARCs como una categoría general, sin aterrizar en ninguno de los mecanismos que pertenece a dicho grupo. Y si bien en capítulos posteriores se hará un desarrollo

de los principales MARCs, consideramos aquí pertinente hacer una breve exposición de los mismos:

- **Negociación.** Es un mecanismo de solución de conflictos en el que solo participan las partes enfrentadas, en el que ambas deciden las reglas y si arriban a un acuerdo o no. Es también utilizada como forma de interacción.
- **Mediación.** Es un mecanismo de solución de conflictos que se define como una negociación asistida por un tercero. Las partes buscan la solución para su conflicto de manera conjunta y el mediador interviene en dicha dinámica para facilitar la comunicación de aquellas.
- **Conciliación.** Aquí también participa un tercero. Este tercero no solo busca facilitar la comunicación de las partes, sino que tiene la facultad propositiva, sin que ello sea vinculatorio para las partes que pueden o no tomar la fórmula conciliatoria.
- **Arbitraje.** El arbitraje es un mecanismo en el que las partes no acuerdan la solución del conflicto, pero acuerdan que terceros expedirán una decisión vinculante que pondrá fin al mismo.

3.2. Lista abierta de MARCs

Negociación, mediación, conciliación y arbitraje. Estos son los principales mecanismos de solución de conflictos y, a simple vista, parece difícil concebir mecanismos adicionales. No obstante ello, es esencial resaltar la realidad flexible y abierta de los MARCs.

Los MARCs no constituyen una lista cerrada y perfectamente delimitada de mecanismos de solución de conflictos. En otras palabras, no existe una ley o norma legal que indique que los MARCs son solo estos o aquellos. En realidad, los MARCs son medios que se originan en función a las necesidades e intereses de la sociedad. De manera espontánea pueden surgir diferentes y adicionales MARCs.

Los MARCs constituyen una lista abierta, y esto es así porque muchas veces las partes pueden encontrar otras vías que logren solucionar el conflicto sin tener que recurrir al clásico proceso judicial. Esto implica que, en algunos casos, estas vías adicionales no necesariamente estarán incorporadas en normas legales que las reconozcan.

Ejemplo:

Dos agentes tienen una disputa y deciden que someterán la misma a un tercero, quien actuará como juzgador y emitirá una decisión no vinculante, con posibilidad de que las partes puedan acoplarse a dicha decisión si así lo consideran conveniente. Las partes hacen esto con el objetivo de saber cuán sólidas son sus posiciones y cuán probable sería que obtengan beneficios en un eventual litigio judicial. Al final, las partes siguen el mecanismo y ambas consideran «justa» la decisión del tercero y deciden ratificar la misma.

¿Haber efectuado una simulación de juicio para resolver un conflicto puede considerarse inválido o ilícito? La respuesta es negativa, ya que las partes pueden seguir la dinámica que consideren conveniente para solucionar su controversia. Para el caso específico, las partes pueden seguir dicha simulación de juicio, la misma que es conocida en otros lugares como *minitrial* («minijuicio») (Virgós, 2007, p. 84) y carece de regulación expresa en nuestro país.

En síntesis, los MARCs constituyen una lista abierta de mecanismos. El transcurso del tiempo puede generar el surgimiento de nuevos MARCs, los que no necesariamente deberán estar regulados o reconocidos por normas legales.

4. CARACTERÍSTICAS DE LOS MARCS

Las principales características de los MARCs son las siguientes:

- Vinculatoriedad. En la medida en que se alcancen acuerdos, estos tienen fuerza obligatoria para las partes en disputa ya que satisfacen sus intereses. En algunos casos esta vinculatoriedad viene respaldada por mandato legal. Por ejemplo, en el Perú, la ley 26872, Ley de Conciliación, establece en su artículo 18 que las actas de conciliación constituyen títulos de ejecución¹, del mismo modo que los laudos arbitrales o las sentencias judiciales.
- Voluntariedad. Los MARCs son mecanismos cuyo empleo depende de la voluntad de las partes. Esta nota diferencial es esencial para entender la naturaleza de ellos. Veámoslo de esta forma: si una persona tiene un conflicto con otra y quiere demandarla ante los tribunales, no requiere en absoluto del consentimiento de la contraparte para realizar la demanda. Basta su voluntad (y el cumplimiento de los respectivos requisitos formales y materiales) para que la demanda sea atendida en los tribunales. En este caso, la contraparte debe contestar la demanda, le guste o no; incluso, si decide no hacerlo, el proceso no se detendrá por ello.

Por contraste, uno no puede imponer a la otra parte, por su sola voluntad, el empleo de un MARC. Los MARCs requieren que ambas partes estén de acuerdo y coincidan en la intención de emplear dichos mecanismos. Este es su carácter convencional esencial.

- Pueden tener participación de terceros. Cuando las propias partes no son capaces de ponerse de acuerdo de modo directo existe la posibilidad de recurrir a un tercero, el cual, por su propia naturaleza, debe ser imparcial y, según la clase de mecanismo, podrá tener mayor o menor grado de involucramiento en el procedimiento de solución.
- Conocimiento del fenómeno conflictivo por parte del tercero. Quien actúa como tercero imparcial en un mecanismo alternativo de resolución de conflictos tiene que involucrarse de manera activa

¹ El decreto legislativo 1069 modificó el artículo 688 del Código Procesal Civil al señalar que las actas de conciliación son títulos ejecutivos.

en el mismo, lo cual quiere decir, conocer lo que realmente quieren las partes, sus intereses, necesidades o valores que están en disputa. Esto no necesariamente ocurre en los procesos adversariales por sus propias características.

- No son formales. En la medida en que no se trata de una serie de actos consecutivos sino de mecanismos flexibles que dependen de lo que las partes y el tercero dispongan para la mejor solución del conflicto, es posible informalizar el procedimiento, si se toman en cuenta las consideraciones, tiempos y mejor disposición de los involucrados. En este sentido, cuando se pretende regular a los MARCs debe evitarse «procesalizarlos».
- Naturaleza del procedimiento. Es libre, en la medida en que no es lineal, por lo que es posible avanzar y eventualmente retroceder en función de lo que cada una de las partes requiere, ya que no existe la rigidez propia de los procedimientos adversariales.
- Los resultados deben ser los buscados. Estos mecanismos pretenden alcanzar resultados para las partes que sean mutuamente satisfactorios. Es decir, se trata de alcanzar acuerdos en los que cada una de las partes perciba que la solución alcanzada responde a sus intereses y se ha logrado satisfacerlos o complementarlos razonablemente.
- Carácter privado. Estos mecanismos son eminentemente particulares y aquí radica una de sus fortalezas, en la medida en que la ciudadanía requiere de procedimientos que no pasen por los «reflectores» públicos, ya sea por la naturaleza del caso o porque así lo necesitan.
- Control del proceso. Según la clase de mecanismos al que nos refiramos, el control del proceso estará únicamente a cargo de las partes, como en la negociación; parcialmente a cargo de las partes y con la intervención atenuada de un tercero, como en la mediación; con la participación de las partes y de un tercero propositivo, como en la conciliación; con la participación de las partes que eligen de

común acuerdo a un tercero, el cual una vez elegido se desvincula de las partes para decidir lo que estime conveniente y con grado de vinculatoriedad, como en el arbitraje (Goldberg, Green y Sander, citados por Ormachea, 1999).

5. LÍMITES DE LOS MARCs

Con todas las ventajas que tienen y los beneficios que traen, los MARCs no constituyen mecanismos que puedan aplicarse siempre o en todos los casos. Los MARCs, por ende, no son absolutos ni pueden ser considerados como la herramienta para aplicar para toda clase de conflictos.

Específicamente, los MARCs se limitan por dos factores distintos: a) la voluntad conjunta de las partes y b) la naturaleza disponible de los derechos involucrados en el conflicto. Ambos factores serán analizados a continuación.

5.1. Voluntad conjunta

Ejemplo:

Imaginemos que el vecino ha comenzado a cercar su casa. No obstante, usted observa que dicho vecino está invadiendo parte de su propiedad. Dado que usted considera que esto puede solucionarse de manera rápida y fácil, decide buscar a su vecino para conversar y, papeles en mano, explicarle la situación. Sin embargo, el vecino rehúsa atenderlo. Usted busca contactarlo de manera directa e indirecta (a través de amigos en común), pero no hay respuesta. Luego, usted se entera de que su vecino planea construir un nuevo garaje, el cual terminaría ocupando parte de su propiedad.

En consecuencia, sus intentos de negociación fracasaron. Un abogado le recomienda que le envíe al vecino una solicitud de conciliación; usted lo hace, pero tampoco recibe respuesta.

¿Qué hacer en un caso así? ¿Es viable lograr que haya una negociación, mediación u otro MARC? La respuesta es claramente negativa. No hay espacio en un caso así para los MARCs, toda vez que estos requieren una voluntad «conjunta» de recurrir a dichos mecanismos. La mejor intención de una parte por solucionar el conflicto a través de MARCs de nada sirve si la otra no quiere recurrir a dichos mecanismos.

El primer límite a los MARCs, entonces, está en una decisión conjunta de recurrir a dichos mecanismos. Los MARCs funcionan porque las partes se comprometen entre ellas a emplearlos.

5.2. Materias disponibles

Ejemplo:

Imaginemos que usted es abogado de un trabajador que sufrió lesiones graves por parte de su empleador. Mientras el trabajador se recupera en el hospital, usted recibe una llamada del empleador, quien le comunica su intención de llegar a un acuerdo por el delito. Usted y el trabajador se reúnen con el empleador y sorpresivamente nota que este pretende negociar los años de cárcel que merece por el delito cometido.

¿Qué pasaría si el trabajador acepta negociar y acuerdan ambos que el empleador irá a la cárcel por tres años? ¿Cree usted que ambas partes podrían llevar ese acuerdo ante un juez penal para que este proceda a enviar al empleador a la cárcel por dicho período?

La respuesta a este ejemplo es negativa. Y es negativa porque no cualquier materia puede ser objeto de un MARC. En realidad, los MARCs solo pueden darse respecto a materias específicas y el criterio base radica en la «disponibilidad» de los derechos en discusión.

En el ejemplo señalado los MARCs no proceden, puesto que la afectación penal de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento es de interés público. La comisión de un delito no solo afecta a la persona que

sufrió directamente el mismo, sino a toda la sociedad. Este interés social impide que víctima y victimario puedan negociar los años de cárcel que merece el segundo.

Por regla general, solo los derechos disponibles pueden ser objeto de un MARC. Generalmente, son derechos patrimoniales y de exclusivo interés del titular del derecho. Ejemplos: transferencia de inmuebles, alquiler de vehículos, contratos financieros relativos a derechos crediticios (deudas), indemnizaciones por daños, etcétera.

En este punto, se debe tener en cuenta que, en última instancia, el ordenamiento jurídico determina qué puede ser objeto de un MARC. Así, sobre la base de los derechos disponibles, el ordenamiento puede disponer por ley que a) temas que no constituyen derechos disponibles puedan ser llevados a un MARC o que b) temas que sí constituyen derechos disponibles no puedan ser llevados a un MARC.

De ello se desprende que no todos los MARC tendrán el mismo radio de extensión en cuanto a materias. Así, un tema que puede ser materia de conciliación podría no ser visto en un arbitraje o viceversa. En última instancia, lo ideal es verificar el alcance específico que tiene cada MARC para determinar si una controversia específica puede ser resuelta a través de dicho mecanismo.

En conclusión, los límites para el MARC son dos: a) que se quiera (voluntad conjunta) y que b) por la materia, se pueda (materia pasible de ser objeto de un MARC). Solo si las partes quieren resolver el conflicto a través de un MARC y el ordenamiento jurídico reconoce que pueden hacerlo, podremos estar ante un supuesto válido de su empleo.

6. SÍNTESIS

1. En Latinoamérica, los MARCs surgen debido a la congestión e ineficacia de los sistemas ordinarios de justicia en la región (tribunales judiciales). No obstante, su origen y crecimiento obedece también al hecho de que estos mecanismos permiten una

solución integral del conflicto que tienen las partes, no limitada a la parte «jurídica» del mismo.

2. Los MARCs son a) medios, puesto que constituyen mecanismos o vías para la obtención de un fin; b) alternativos, ya que se presentan como opciones distintas al clásico proceso judicial; c) de resolución, porque se dirigen a la extinción de problemas mediante respuestas para los mismos; y d) enfocados a conflictos, ya que los MARCs existen por ellos.
3. Los principales MARCs son: la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Sin embargo, los MARCs no constituyen una lista cerrada y finalizada; todo lo contrario, pueden constituirse nuevos MARCs en función a los intereses de los agentes de la sociedad. Ejemplos de MARCs menos utilizados son la resolución de un conflicto a través de la suerte y el minijuicio.
4. Las principales características de los MARCs son las siguientes:
 - Convencionalidad: los MARCs requieren de la voluntad de ambas partes para la resolución del conflicto.
 - Voluntariedad: los MARCs requieren de la colaboración de ambas partes para su desempeño.
 - Flexibilidad: los MARCs se adaptan, en su contenido, a los intereses y necesidades de las partes.
 - Privacidad: los MARCs son mecanismos privados de solución de conflictos. El público en general no tiene acceso a lo que sucede dentro del mecanismo de solución.
 - Conocimiento del fenómeno conflictivo por parte del tercero: esto ocurre cuando un tercero se involucra en el caso materia de resolución.
 - Los resultados deben ser los buscados: es decir, satisfactorios para ambas partes.

5. Los MARCs no son aplicables en todos los casos en que existan conflictos. Son dos los límites para los MARCs: a) la voluntad conjunta y b) la materia involucrada. En cuanto al primero, sucede que los MARCs solo podrán emplearse siempre que nadie esté en contra de ello; se requiere de voluntad unánime para seguir un MARC. En cuanto al segundo, los MARCs no pueden aplicarse a todas las clases de conflictos; en algunos casos, la naturaleza de la materia impide que la misma pueda ser resuelta a través de un MARC (por ejemplo, temas penales).

7. PREGUNTAS

1. ¿Qué son los MARCs?
2. ¿A qué se debe el surgimiento y masificación de los MARCs?
3. ¿Cuáles son las principales características de los MARCs?
4. ¿Son los MARCs mecanismos cooperativos o adversariales?
5. ¿Cuáles son los límites de los MARCs?

CAPÍTULO 3

COMUNICACIÓN Y CONFLICTO

1. LA IMPORTANCIA DE LA COMUNICACIÓN

La capacidad de escucha y expresión —entre otras habilidades— es un elemento importante en situaciones de conflicto. En todos los mecanismos alternativos de solución, la comunicación efectiva, integral y fluida contribuye sobremanera al arreglo de la disputa. Por ello, antes de analizar cada uno de los principales MARCs, haremos una exposición de lo que es comunicar y sus beneficios concretos.

La comunicación es una habilidad que nos permite ejercitarnos en prácticas cotidianas democráticas como la tolerancia, el respeto y la comprensión del otro. Quienes actúan como terceros tienen un rol especial como facilitadores de la comunicación en situaciones de conflicto. Esto quiere decir que deben proveer el restablecimiento de la comunicación entre las partes o la mejora de la misma si es que esta se ha deteriorado. En síntesis: «Quien mal oye, mal responde».

En este contexto, presentaremos técnicas de comunicación diseñadas principalmente para un tercero (por ejemplo, un mediador). No obstante, las mismas pueden, en su mayoría y extensión, ser aplicadas por las partes en una dinámica sin participación de terceros.

Escuchar es una disposición básica para manejar adecuadamente un conflicto. En un proceso de diálogo uno puede no sentirse escuchado y,

por eso, hablar más fuerte, gritar y tratar de convencer al otro, y si la otra parte repite similar comportamiento, la situación se tornará inmanejable.

En consecuencia, se debe fomentar un diálogo en el que cada una de las partes sea escuchada. Para alcanzar este fin se podrían seguir las siguientes pautas:

- Estimular un ambiente de confianza mutua.
- Ponerse en el lugar del otro. Especialmente en contextos en los que existen diferencias culturales.
- Hacerle saber a la parte que habla que se le está entendiendo.
- Identificar los aspectos más importantes del problema.

1.1. La importancia de la escucha activa

En una situación de conflicto es importante practicar la escucha activa para entender lo que la otra parte quiere comunicar y generar, así, un ambiente de confianza y respeto mutuo.

Para llevar a cabo esta labor pueden desarrollarse algunas acciones como:

- Tratar de entender lo que quieren decir las partes. Se debe hacer un esfuerzo por comprender lo que quieren o necesitan las partes. También se debe generar esta misma actitud de las partes respecto a la otra.
- Mostrar, a través del lenguaje corporal, como los gestos y el tono de voz, que se está entendiendo a quien está hablando.
- No prejuizar. A veces se suele tener ideas previas sobre el conflicto o sobre las partes. No hay que dejarse llevar influencias por estas ideas, porque estas pueden afectar nuestra búsqueda de obtener una visión lo más objetiva posible del conflicto.
- Dar entender a quien ha emitido el mensaje que se le ha entendido.
- Hacer uso de preguntas, de manera que se pueda tener una información completa de lo ocurrido o se pueda hacer reflexionar a las partes sobre el conflicto que los separa.

2. AXIOMAS DE LA COMUNICACIÓN

Todos aquellos que basan sus intervenciones en el manejo de técnicas comunicacionales requieren asumir como punto de partida ciertas premisas que han sido identificadas como axiomas de la comunicación humana (Watzlawick, 1987).

- **Axioma 1:** Es imposible no comunicar.
Significa que cuando se está ante otra persona cualquier cosa que hagamos siempre comunica algo.
- **Axioma 2:** Toda comunicación tiene un aspecto de contenido y un aspecto relacional.
Significa que en toda comunicación hay dos aspectos: uno de contenido (mensaje referencial) y otro referido al tipo de relación que se quiere establecer. Suares ejemplifica esto de la siguiente manera:

–«Te invito a comer». –«Bueno».	Hay acuerdo en el contenido. Hay acuerdo en la relación.
–«Te invito a comer». –«No quiero comer ni salir contigo».	Hay desacuerdo en el contenido. Hay desacuerdo en la relación.
–«Te invito a comer». –«Quiero comer pero no contigo».	Hay acuerdo en el contenido. Hay desacuerdo en la relación.
–«Te invito a comer». –«No quiero comer, prefiero pasear contigo».	Hay desacuerdo en el contenido. Hay acuerdo en la relación.

Fuente: Suares (1996).

- **Axioma 3:** La naturaleza de la relación depende de la puntuación de las secuencias de la comunicación entre los comunicantes.
Significa que al ser la comunicación un proceso circular, no es posible determinar cuándo empieza, por lo que cada una de las

personas remarcará lo que le parece más significativo, con lo que se generan malentendidos.

- Axioma 4: Los seres humanos se comunican tanto digital como analógicamente.

Siendo la comunicación analógica la más importante para el tema de las relaciones, no tiene siempre la semántica adecuada. En cambio, la comunicación digital, que tiene la semántica, no tiene la sintaxis necesaria para los intercambios relacionales.

- Axioma 5: Todos los intercambios comunicacionales son simétricos o complementarios (asimétricos).

Significa que existen dos formas de interacción: una en la que los intercambios son de igual intensidad y otra en la que existe dominio de una parte y subordinación del otro lado. Lo ideal es combinar ambas pautas de intercambio.

3. TÉCNICAS DE LA COMUNICACIÓN

Entender cómo se produce la comunicación entre las partes ayudará al tercero que interviene. Este tercero puede ser un el conciliador o un mediador para:

- Recomponer o restablecer la comunicación entre las partes.
- Comprender cómo son las pautas de interacción entre las partes.
- Ganar la confianza de las partes y, con ello, la credibilidad.
- Lograr la empatía necesaria para formar parte del proceso circular de comunicación que existe entre las partes.
- Utilizar la comunicación analógica y digital.

Para asegurar esto se requieren ciertas habilidades comunicativas o técnicas, que en el caso de los conciliadores y mediadores puedan ayudar a establecer el adecuado clima comunicacional. Las principales técnicas

son: a) la escucha activa, b) las preguntas, c) el replanteo y d) el discurso en primera persona. Veamos un breve desarrollo de cada una de estas técnicas.

3.1. La escucha activa o paráfrasis

Es una técnica muy utilizada en la conciliación y mediación. Sirve para a) entender los problemas que separan a las partes, b) bajar las emociones y c) generar un ambiente de confianza.

En específico, la «paráfrasis» significa desarrollar estas dos acciones:

- Atender, a través de la comunicación analógica.
- Demostrar que se ha atendido, paráfrasis.

La paráfrasis permite expresar al receptor del mensaje los hechos más importantes y los sentimientos que ha señalado el emisor. Ella, en términos simples, consiste en asimilar el mensaje comunicado por alguna de las partes y volver a exponerlo con términos distintos.

Ejemplo:

—Señora López: «¡Es lamentable que estos niños continúen ensuciando mi pared! Una y otra vez he tratado de decirles a sus padres que no permitan que jueguen pelota en la calle y siguen haciéndolo. Los niños juegan, hacen bulla y malogran mi pared; ya estoy cansada».

Paráfrasis del conciliador sobre hechos:

—«Entonces, señora, existe un problema con sus vecinos, cuyos hijos ensucian su pared».

—Señora López: «Sí, así es, señor».

Como puede verse en el ejemplo, se obtendrá una buena paráfrasis siempre y cuando el emisor la valide. En otras palabras, el emisor debe sentir que quien parafrasea ha identificado correctamente lo que él buscaba transmitir.

3.2. Las preguntas

A través de esta técnica es posible entender los asuntos o problemas que separan a las partes. Pueden ser de diversos tipos:

- Preguntas lineales: permiten aclarar el panorama conflictivo al conciliador.

Ejemplo:

«¿Cómo sucedieron los hechos?»

«¿Dónde ocurrieron los problemas?»

- Preguntas circulares: permiten establecer conexión entre hechos o ideas que están desvinculados, pero que el conciliador presupone que pueden tener conexión.

Ejemplo:

«¿La negativa a pagar tiene que ver con la ofensa que usted recibió?»

«¿Usted aceptaría esta propuesta si es que se arreglara antes este otro asunto?»

- Preguntas estratégicas: permiten salir de un momento difícil en el que las partes están entrapadas a otro en el que pueda abrirse alguna salida.

Ejemplo:

«¿Cómo se mejoraría usted esta propuesta?»

«¿Cómo le gustaría ser tratado más adelante?»

- Preguntas reflexivas: permiten que se analicen las consecuencias de las formulaciones que se están planteando durante la audiencia.

Ejemplo:

«¿Ha pensado usted en la consecuencia de su negativa?»

«¿Qué sucederá si no llegan a un acuerdo?»

3.3. El replanteo

Es una técnica que permite responder a quien ha formulado una expresión difícil, de modo que no se invalida su afirmación, sino que se reutiliza de un forma constructiva. De esta manera, se especifican generalizaciones, se identifican sentimientos, se neutralizan ataques verbales y se personaliza el mensaje.

Ejemplo:

Mensaje inicial:

«Nuestra empresa está harta de que el suministro de sus insumos lleguen tarde. Son irresponsables y desconsiderados al enviarnos la materia prima cuando les viene en gana, en cualquier fecha que les parezca conveniente».

Mensaje replanteado:

«Tengo entendido que existe una disconformidad por el retraso en el despacho de los insumos, pues ocasiona el incumplimiento del cronograma pactado».

Replantear permite sustraer los elementos «subjetivos» del mensaje y enfocarse en el núcleo de lo comunicado.

3.4. Discurso en primera persona

Es una técnica que permite sostener mensajes de manera apropiada sin herir la autoestima del receptor, formulándolo desde su propia perspectiva. Dicho de otro modo, expresan las necesidades y sentimientos desde uno mismo.

Ejemplo:

Mensaje sin discurso en primera persona:

«¡Usted es un impuntual, lo voy a sancionar!».

Mensaje con discurso en primera persona:

«Estoy preocupado porque no he podido hacer notar la importancia de la puntualidad».

Los mensajes en primera persona pueden ser apreciativos o defensivos, simples o complejos.

Ejemplo:

Mensaje apreciativo: «Estoy satisfecho de que haya esta disposición para conversar en esta audiencia»

Mensaje defensivo: «Más allá de lo que yo pienso, quisiera la opinión de ustedes».

Mensaje simple: «Me preocupa que...».

Mensaje complejo: «Me preocupa que no pueda evitar las interrupciones, parece que no fui claro al momento de señalar las reglas».

4. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los axiomas de la comunicación?
2. ¿Es posible no comunicarse?
3. ¿En qué consisten las técnicas de a) escucha activa, b) preguntas, c) replanteo y d) discurso en primera persona?
4. ¿Para qué sirven las técnicas de comunicación?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 4 LA NEGOCIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Los MARCs, según vimos, constituyen vías «cooperativas» para la solución del conflicto. ¿Cómo se produce esta cooperación? Naturalmente, la cooperación requiere que las partes interactúen y busquen, de manera coordinada, una solución al conflicto.

A esta interacción conjunta de las partes, en sentido estricto, puede llamársele negociación. Cuando las partes se reúnen y cooperan para la solución del conflicto están indefectiblemente «negociando» cómo lograr una respuesta que ponga fin a la controversia. Por ello, como veremos más adelante, la mediación y la conciliación pueden incluso ser vistas como «extensiones» de la negociación.

2. DEFINICIÓN

Cuando hablamos de negociación, la noción básica que surge es la de una interrelación entre agentes dirigida a la obtención de un acuerdo¹. Pues bien, esta dinámica no se limita a la solución de conflictos.

¹ Según Druckman y Ormachea, la negociación, al ser una actividad polifacética, no puede ser reducida a una única definición (2003, p. 18).

Así, es posible que haya negociación sin conflicto de por medio. Pensemos, por ejemplo, en el caso de dos personas buscando cerrar un contrato de suministro de tela.

Entonces, la negociación puede definirse según el contexto en que se ubica:

- Negociación sin conflicto. Hablamos de la interacción de sujetos para obtener un resultado cualquiera distinto al de solucionar un conflicto. Aquí nos encontramos con las negociaciones comerciales, sociales, protocolares (por ejemplo, tratados diplomáticos), etcétera. En estos casos, no hay conflicto, sino más bien simplemente la búsqueda conjunta de satisfacer intereses.
- Negociación posconflictual. La negociación, entendida como un mecanismo de solución de conflictos, consiste en una dinámica de cruce de comunicaciones entre las partes afectadas, cuyo objetivo radica en obtener un acuerdo.

Naturalmente, en este libro nos enfocaremos en la segunda definición.

Por tanto, bajo la teoría de los MARCs, la negociación es un mecanismo de resolución de conflictos caracterizada por la comunicación y búsqueda de alineamiento entre las posiciones o intereses de las partes. Asimismo, es un mecanismo en el que solo participan las partes que se encuentran enfrentadas (la presencia de un tercero deriva en que nos encontremos frente a mecanismos distintos).

3. MODELOS DE NEGOCIACIÓN

3.1. Posiciones frente a intereses

En el capítulo 1 expusimos dos enfoques distintos para el conflicto: el adversarial y el cooperativo. Dijimos, en ese punto, que el enfoque adversarial correspondía al derecho procesal, mientras que el enfoque cooperativo le pertenecía a los MARCs.

No obstante, la negociación, que hemos definido como MARC puede también ser objeto de estos dos enfoques distintos. Estos últimos son conocidos como las teorías rivales de la negociación: por un lado se encuentran a) las teorías competitivas y por el otro, b) las teorías resolutivas (Murray, 1986).

El estereotípico negociador «competitivo» es un entusiasta reclamante: recio, brillante, integral, articulado, no emocional, exigente, agresivo e inaccesible, una especie de Rambo, al puro estilo de Sylvester Stallone, que logra la victoria al derrotar a su oponente. El «resolutivo» es también integral y articulado, pero además, más personal, cooperativo, firme, basado en principios, preocupado sobre los intereses del otro y comprometido con la eficiencia y lo justo. Un negociador competitivo por ejemplo, negocia contra su «opponente», un resolutivo negocia con «el otro lado» (1986).

Esta división entre negociador competitivo y negociador resolutivo puede, según nuestro criterio, equipararse a la dualidad de negociación basada en a) posiciones y la negociación basada en b) intereses.

- Negociación basada en posiciones. Fijar una posición implica un objetivo: obtener la posición buscada o acercarse lo más que se pueda a ella. Así, una negociación basada en posiciones no es más que la búsqueda de llegar al resultado que se ha determinado previamente. La «meta» es obtener lo más que se pueda al menor costo posible.

Aquí, el negociador gira y se desenvuelve bajo un interés «egocéntrico». Se trata de satisfacer su necesidad y solo su necesidad; el resultado que obtenga la otra parte es de poco o ningún interés para el negociador basado en una posición (salvo que ello genere algún beneficio para su posición).

Ejemplo:

El padre divorciado que no quiere dar alimentos a su menor hijo. Su posición es no dar dinero y negociará para alcanzar ese objetivo o, en todo caso, pagar como alimentos la menor suma posible. Aquí, a dicho padre no le importa nada el interés de la otra parte; su único objetivo es que su patrimonio sea lo menos afectado posible.

- Negociación basada en intereses. Negociar a la luz de los intereses es ir más allá de lo superficial y buscar identificar correctamente qué moviliza a cada uno de los involucrados, con el fin de obtener el mejor resultado posible. Hablar de intereses es hablar de aquello que verdaderamente las partes quieren. Esto no siempre es explícito y rara vez sale a la luz a menos que se den las condiciones para ello. En la negociación fundada en intereses, el negociador busca satisfacer sus intereses «considerando» los de los otros involucrados. Así, el negociador toma en cuenta los intereses que son comunes para todos los inmersos en el conflicto y, sobre dicha base, elabora proyectos de solución que, sin dejar de tener como principal prioridad sus intereses, puedan, en mayor o menor medida, coadyuvar a la satisfacción de los intereses ajenos.

Bajo este esquema, para el negociador basado en intereses un acuerdo eficiente es aquel que puede atender estos intereses de cada de una de las partes, sea porque existe algo en común o porque son complementarios.

3.2. Características principales de cada modelo

Negociar según posiciones o según intereses no es lo mismo, son más bien dinámicas muy distintas. Luego, las características de cada una también son muy diferentes. Veamos esto según diferentes ejes.

3.2.1. *Delimitación de la negociación*

- La negociación basada en posiciones trabaja sobre los límites del conflicto acaecido. Se negocia en función a la disputa y a su contenido, sin recurrir a otros elementos, herramientas o factores que puedan tener las partes (pero que están fuera del conflicto).

Ejemplo:

Dos vecinos del mismo edificio discuten por los daños que generó uno al departamento del otro. La negociación se centra en la valoración de los daños (factor que forma parte del conflicto).

- La negociación basada en intereses trasciende los límites de la disputa y se apoya en cualquier otro recurso que los involucrados tengan fuera del conflicto. Estos recursos «ajenos» al conflicto permiten la maximización de beneficios a través de acuerdos creativos y más nutridos en la medida en que contienen factores que nadie consideró por justamente estar fuera del conflicto.

Ejemplo:

Dos vecinos del mismo edificio discuten por los daños que generó uno al departamento del otro. La negociación se centra en la valoración de los daños (factor que forma parte del conflicto) o en otros elementos fuera del conflicto. Así, el vecino que generó los daños puede ofrecerle al otro el uso de su estacionamiento por un tiempo, su apoyo en las mociones que presente para la siguiente junta de propietarios, etcétera, a efectos de llegar a un acuerdo más beneficioso para ambos.

3.2.2. *Presentación de objetivos*

- La negociación basada en posiciones tiene cuidado en presentar su posición real. Se presenta, así, un objetivo distorsionado cuantitativamente o cualitativamente.
 - La distorsión es cuantitativa cuando el negociador pide más de lo que es su objetivo real, con el fin de «ceder» posteriormente y así hacer más atractivo el acuerdo para la contraparte.
 - La distorsión es cualitativa cuando el negociador esconde su objetivo real detrás de uno ficticio. Esto le da ventaja en la negociación, dado que la contraparte no sabe qué es lo que realmente más le importa y porque puede pretender «renunciar» en lo que «más le duele» a cambio de obtener lo máximo que se pueda de su verdadero objetivo.

En ambos casos, la idea es distorsionar el objetivo para obtener una ventaja en la negociación y por ende un mayor beneficio en el acuerdo final.

Ejemplo:

En una negociación laboral colectiva, un sindicato presenta un pliego de reclamos en el que su principal pedido es que la empresa asuma el pago de los aportes pensionarios. No obstante, su verdadero objetivo es obtener bonos especiales anuales de pago y consideran que al «renunciar» a su objetivo «principal» es más probable que la empresa acepte implementar los mencionados bonos especiales.

- La negociación basada en intereses busca sincerar a ambas partes y lograr que justamente los intereses salgan a la luz. Bajo esta perspectiva, conocer los intereses permitirá que se pueda adoptar un acuerdo óptimo, dirigido a satisfacer lo que ambas partes realmente buscan.

Ejemplo:

En una negociación laboral colectiva un sindicato presenta un pliego de reclamos en el que su principal pedido es que la empresa asuma el pago de los aportes pensionarios. En esa línea, el sindicato expone las razones que están detrás de ese pedido: la preocupación por la vejez. Así, al aflorar su verdadero interés, la empresa y el sindicato pueden diseñar medidas para afrontar ese problema. Esto puede darse a través de capacitaciones sobre cultura de ahorro, programas cofinanciados (empresa y trabajador) de pensiones, etcétera.

3.2.3. *Dinámica de la negociación*

- La negociación basada en posiciones emplea técnicas de comunicación de estilo agresivo para aprovechar los temores, preocupaciones o potenciales debilidades de su contraparte. El negociador busca persuadir bajo cualquier medio, al punto de no descartar el uso de la presión o la intimidación.

Ejemplo:

Durante una discusión por los límites de dos terrenos vecinos, A le dice a B que si no llegan a un acuerdo recurrirá a las autoridades penales para denunciarlo por usurpación (invasión ilícita de terreno) y le advierte que será penado e irá a la cárcel. B responde que quien irá a la cárcel será en realidad A.

- La negociación basada en intereses emplea técnicas de comunicación de naturaleza integrativa, no confrontacional. El negociador usa la escucha activa, preguntas, replanteos, etcétera, para lograr que las partes manejen el mismo esquema de información y conozcan los objetivos de su respectiva contraparte.

Ejemplo:

Durante una discusión por los límites de dos terrenos vecinos, A escucha atentamente los reclamos airados de B por una supuesta invasión a su terreno. Luego, replantea lo señalado por B y logra que ambos aterricen en los detalles exactos del problema (área exacta supuestamente invadida y discusión sobre su propiedad) para, desde allí, buscar una solución común.

3.2.4. Durabilidad del acuerdo e interés en la relación

- La negociación basada en posiciones no tiene cuidado en lograr que el acuerdo de las partes se mantenga a lo largo del tiempo. Si bien el problema concreto puede ser «solucionado», el negociador basado en su posición no considera las consecuencias a futuro de los términos del acuerdo; en otras palabras, no piensa en si la contraparte saldrá satisfecha o a la larga terminará frustrándose.

En esa línea, la negociación basada en posición no tiene preocupación en si la relación se verá afectada por el acuerdo obtenido. La percepción de la contraparte respecto al futuro, durabilidad y confianza de la relación es un elemento de escasa importancia al momento de lograr obtener un acuerdo. La relación solo será de importancia en la medida en que la misma pueda ser empleada para «empujar» la obtención de un acuerdo favorable; es decir, es importante en tanto instrumento de negociación.

Ejemplo:

A entrega de manera tardía productos químicos a B y este le reclama diciéndole que la demora le ha generado fuertes pérdidas económicas. Al final, A y B llegan a un acuerdo en el que A se compromete a entregar productos químicos a precio especial y mediante envíos aéreos durante diez meses. Al segundo mes, A descubre que en realidad las pérdidas de B por la demora en su entrega fueron mínimas y piensa que B empleó eso para obtener un provecho. Al final, A decide terminar la relación comercial con B.

- La negociación basada en intereses se preocupa en que el acuerdo satisfaga a ambas partes y que, por tanto, el mismo no sea, ni en corto o largo plazo, cuestionado o criticado por alguna de ellas. El acuerdo, por tanto, tiene vocación durable.

En ese marco, la negociación basada en intereses procura que la relación de las partes, subyacente al conflicto, no se vea afectada por la dinámica de la negociación o por su posterior acuerdo. Todo lo contrario, busca, en la medida de lo posible, fortalecer la relación.

Ejemplo:

A entrega de manera tardía productos químicos a B y este le reclama diciéndole que la demora le ha generado fuertes pérdidas económicas. A y B se sientan a negociar y al final ambos notan que la reacción inicial de B fue exagerada y que, en realidad, las pérdidas no fueron tan altas. Sobre ello, alcanzan un acuerdo en el que A se compromete a compensarla con un descuento en el siguiente pedido y con un compromiso de reembolso total en caso de que se produzca una nueva demora en entregas posteriores. El acuerdo pone fin al conflicto y mantiene sólida la relación comercial entre las partes.

Esto se puede resumir en el siguiente cuadro comparativo:

Negociador basado en posiciones	Negociador basado en intereses
<ul style="list-style-type: none"> • Trata de maximizar beneficios dentro de los límites del actual conflicto. 	<ul style="list-style-type: none"> • Trata de maximizar los beneficios incluyendo cualquier otro recurso que tengan las partes.
<ul style="list-style-type: none"> • Busca ocultar o distorsionar sus objetivos reales con el fin de obtener una ventaja en la negociación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Plantea sus intereses de manera sincera con el objetivo de que ambas partes puedan encontrar el real foco del problema.
<ul style="list-style-type: none"> • Se focaliza en los intereses propios. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se focaliza en los intereses comunes de las partes en adición a sus propios intereses.
<ul style="list-style-type: none"> • Usa técnicas de persuasión agresiva, como la confrontación y la intimidación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Usa técnicas de debate no confrontacionales. Por ejemplo, pregunta, replantea, hace paráfrasis, etcétera.
<ul style="list-style-type: none"> • Manipula tanto a la persona como al proceso de negociación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Trata de entender las razones de fondo tan objetivamente como sea posible.
<ul style="list-style-type: none"> • No es permeable a las discusiones de fondo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es permeable a la discusión sobre cuestiones de fondo.
<ul style="list-style-type: none"> • No tiene preocupación en si el acuerdo es durable o no. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se enfoca en obtener un acuerdo que tenga vocación de permanencia.
<ul style="list-style-type: none"> • Está orientado hacia objetivos cuantitativos y competitivos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Está orientado hacia objetivos cualitativos: un acuerdo justo, durable y eficientemente negociado.
<ul style="list-style-type: none"> • Su interés por la relación es meramente instrumental. 	<ul style="list-style-type: none"> • Su interés por la relación es sincero.

Fuente: Murray (1986).

3.3. Los peligros de cada modelo

Una lectura rápida de los modelos de negociación presentados basta para notar que el modelo basado en posiciones puede resultar problemático e incluso perjudicial para la resolución de conflictos. En realidad, ambos modelos llevan riesgos y problemas que merecen ser estudiados.

El modelo basado en posiciones tiene, en concreto, los siguientes problemas:

- Tendencia hacia la confrontación. Naturalmente, emplear técnicas agresivas y procurar la satisfacción solo de la propia posición generará resistencia en la contraparte. Esto genera problemas en la comunicación e incluso puede ponerle fin a la dinámica de negociación.
- Dificultad para obtener beneficios conjuntos. Al distorsionar la posición (para obtener ventaja en la negociación) se hace más difícil que las partes puedan procurar una solución que genere beneficios para todos los involucrados.

Por su lado, el modelo basado en intereses conlleva los siguientes riesgos:

- La búsqueda de intereses comunes abre la posibilidad de que la contraparte pretenda aprovecharse de esa buena intención y obtenga un resultado no óptimo y menos beneficioso para la parte que sí negocia basada en intereses.
- Presiones internas. Buscar un acuerdo que ponga atención a los intereses de ambas partes puede resultar complicado en la medida en que dentro de una misma parte (por ejemplo, una empresa) hayan divergencias sobre hasta qué punto debe seguirse tal fin.

Notemos, para finalizar, que los riesgos del modelo basado en intereses presuponen que una de las partes negocia sobre su posición. En otras palabras, el modelo basado en intereses es óptimo cuando ambas partes lo siguen, pero puede traer problemas si una de ellas negocia con el modelo basado en posiciones.

4. ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN

La negociación tiene, según nuestro juicio, cinco etapas. De estas, las tres primeras pueden considerarse comunes y presentes siempre, mientras que

las dos últimas involucran el logro de un acuerdo. Veamos, en específico, cuáles son estas etapas.

- **Primera etapa: la prenegociación**

En esta etapa cada una de las partes prepara por separado el inicio de la negociación. Esta última se efectúa, de manera explícita o implícita, recabando los elementos necesarios para dilucidar lo que se quiere alcanzar y cómo evitar un mal resultado.

La prenegociación se refiere al momento en que las partes trabajan por separado para definir cuáles son los objetivos por alcanzar en la negociación. Se trata de la oportunidad para que las partes puedan saber claramente, entre otros elementos, a) cuáles serán las reglas de juego, b) qué es lo que se propondrá, c) qué es lo que se preguntará, d) cómo se llevará a cabo la negociación (estrategias), etcétera.

En síntesis, lo ideal aquí es tener definido qué es lo que se quiere alcanzar y cuál sería el resultado que quisiera evitarse.

- **Segunda etapa: el trato directo**

En esta etapa se manifiesta el contacto directo entre las partes enfrentadas. Este contacto permite que las partes puedan realizar un cruce de mensajes, con lo que se inicia una dinámica de enriquecimiento a través de la entrega y recepción de información.

Aquí, en términos más precisos, se busca separar las posiciones de los intereses, se elabora una agenda de los asuntos conflictivos y se les aborda uno por uno. Lo ideal es generar un ambiente adecuado en el que la comunicación sea fluida, clara y sin hostilidades de ambos lados.

- **Tercera etapa: la búsqueda de acuerdos**

A partir de los asuntos conflictivos identificados y siempre y cuando sea posible dejar de lado la discusión a partir de posiciones, es posible trabajar con los intereses que tiene cada una de las partes y obtener acuerdos parciales o totales.

Esta etapa consiste, entonces, en el sondeo de potenciales propuestas que satisfagan a ambas partes. Esto, ciertamente, tendrá mayor efectividad en función a cuán bien se hayan desarrollado las etapas anteriores.

- **Cuarta etapa: el acuerdo**

Se refiere a aquella respuesta de solución al conflicto en la que las partes coinciden. El acuerdo es la armonía de voluntades de los sujetos involucrados en el conflicto. Representa, así, la conformidad y aceptación respecto de la solución.

- **Quinta etapa: la ejecución**

Podría considerarse que la negociación no acaba con el acuerdo sino más bien con su efectiva materialización. En esa línea, consideramos pertinente incluir a la ejecución como una etapa más de la dinámica de negociación.

En síntesis, la ejecución se refiere a la verificación de si el acuerdo se está cumpliendo después de la negociación.

5. LOS ACUERDOS INTEGRATIVOS Y CÓMO LOGRARLOS

Hemos desarrollado las etapas de la negociación y naturalmente una de ellas es el acuerdo que resulta de dicho mecanismo. Pues bien, el acuerdo como elemento en sí merece mayor atención por nuestro lado.

Sí. Tenemos claros los modelos de negociación (incluso sus riesgos) y también sabemos cómo es que una negociación se lleva a cabo etapa por etapa. No obstante, la pregunta salta a la vista: ¿Cómo lograr un acuerdo que resulte beneficioso para ambas partes?

Es aquí donde aparece el término de acuerdo «integrativo» (Pruitt, 1983). Un acuerdo integrativo es aquel que logra una integración de los intereses de ambas partes y por ello logra un resultado beneficioso para todos los involucrados.

¿Cómo llegar a un acuerdo integrativo? La respuesta dependerá del caso concreto. No obstante, podemos referir cinco pautas generales útiles y en su mayoría aplicables (1983):

- «Agrandar la torta». Muchos conflictos surgen debido a la escasez de recursos. En estos casos, ambas partes buscan satisfacerse con el mismo bien; el que, naturalmente, es limitado.

En estos casos, «agrandar la torta» consiste en «maximizar» el recurso escaso. «Escasez» no significa que necesariamente la disposición del bien o servicio requerido no pueda ser ampliada.

Ejemplo:

En las salidas de una zona industrial se genera una fuerte congestión debido a que muchas de las fábricas envían a la misma hora a los camiones distribuidores de sus productos. Todas las empresas discuten sobre quién debe tener prioridad al momento de utilizar las vías de salida. Aquí, la solución puede consistir en a) «ampliar» la disponibilidad de la vía con el establecimiento de turnos de salida para que cada empresa pueda tener la vía libre a una hora concreta o b) «ampliar» la propia carretera haciendo que todas las empresas paguen por la construcción de carriles adicionales en las salidas de la zona industrial.

- Compensaciones no específicas. En estos casos, los intereses de una parte son satisfechos, mientras que la otra obtiene una suerte de «pago» en un bien o servicio no relacionado al que inicialmente buscaba obtener, pero que igual le genera conformidad. Para que esto funcione, es relevante conocer qué otras cosas busca cada parte, a efectos de ofrecerle algo que también le resulte de utilidad, al punto de aceptar «ceder» en relación con lo que requería en un inicio.

Ejemplo:

Dentro de una firma legal, un abogado se queja con la directiva, porque, a su juicio, el tiempo que le dedica al trabajo no es compensado correctamente. Inicialmente, el abogado buscaba un aumento en sus ingresos. No obstante, la firma tomó conocimiento de que este abogado quería mayor reconocimiento académico en el medio; por lo que le ofreció recomendarlo para exponer en seminarios nacionales así como a distintas universidades para que ejerza como profesor. El abogado acepta la oferta de la firma y deja de lado su pedido inicial de incremento de honorarios.

- Intercambio. La técnica del intercambio es aplicable cuando las partes manejan, cada una, un conjunto de diferentes pedidos concretos. Aquí, el intercambio consiste en que cada parte pueda obtener lo que más le importa, a cambio de ceder aquello que le es menos prioritario. Para lograr esto se requiere que ambas partes expongan sus principales intereses con el fin de saber qué es lo más esencial para cada una y qué es aquello que podría ser dejado de lado.

Ejemplo:

En una negociación entre sindicato y empresa, ambas partes manejan posiciones distintas sobre diferentes pedidos: la empresa busca reducir jornadas (y pagos) con el fin de afrontar la pérdida de ganancias de los últimos años, mientras que el sindicato busca principalmente que los trabajadores obtengan bonos especiales según su productividad. Al final, la empresa concede darles los bonos a cambio de implementar su programa de reducción de jornadas y el sindicato concede que las jornadas sean reducidas a cambio de que se paguen bonos por productividad.

- Corte de costos. A través del corte de costos una parte logra satisfacer sus intereses a cambio de compensar o «indemnizar» a la otra respecto de los perjuicios que ha sufrido. Se trata, en términos simples, de que la parte que «cede» no se vea afectada por la decisión tomada.

Ejemplo:

Dos universidades que van a realizar un evento académico conjunto discuten por la sede en que se va a llevar a cabo el evento. Al final se acuerda que el evento se hará en la sede elegida por la universidad Z, pero que, a cambio, dicha universidad tendrá que asumir todos los gastos y organización del transporte de los miembros de la universidad X.

- Tender puentes. A través de esta dinámica, las partes logran un acuerdo que satisface sus intereses más importantes aun cuando no obtengan todo lo que inicialmente buscaban. El puente se «tiende» en la medida en que cada parte «renuncia» a algo pues ello las acercará a un acuerdo conjunto.

Ejemplo:

Una fábrica y una empresa distribuidora tienen problemas por la rapidez con que la empresa distribuidora reparte los productos de la fábrica. La fábrica quiere que la empresa distribuidora solo transporte sus productos y esta última considera que los productos se reparten en un tiempo razonable y no quiere dejar de transportar productos de otras empresas. Al final, las partes acuerdan que para ciertos envíos la empresa distribuidora deberá destinar camiones que transporten exclusivamente los productos de la fábrica.

6. PREGUNTAS

1. ¿Qué es la negociación?
2. ¿La negociación se limita a ser un MARC?
3. ¿Cuál es la diferencia entre la negociación basada en posiciones y la negociación basada en intereses?
4. ¿Cuáles son los riesgos de los modelos mencionados en la pregunta 3?
5. ¿Cuáles son las etapas de la negociación?
6. ¿El acuerdo y la ejecución son etapas que estarán presentes en todas las negociaciones?
7. ¿Qué es un acuerdo integrativo?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 5

LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior presentamos y desarrollamos el mecanismo de la negociación, entendido como medio para solucionar diferencias entre las partes sin presencia de terceros. La negociación, según vimos, es un mecanismo a través del cual las partes involucradas buscan alcanzar un acuerdo con el que estén conformes.

En la negociación intervienen solo las partes directamente involucradas y está bien que así sea, toda vez que la ausencia de alguna de ellas restaría valor real a la negociación. Sin embargo, existen situaciones conflictivas en las que las partes pueden beneficiarse de la asistencia de alguien ajeno a ellas. Más aún, inclusive la participación del tercero podría ser crucial para evitar que las negociaciones no logren resultado alguno. Pensemos en el caso de los padres recientemente divorciados al momento de negociar un régimen de visitas respecto del menor hijo: los padres podrían estar muy enfadados entre ellos, y un tercero podría calmarlos, atenuar las emociones exacerbadas y lograr dejar de lado las rencillas, con lo que se obtendría un acuerdo en el que ambos padres estén conformes.

Pues bien, cuando en una negociación aparece un tercero que se integra a la dinámica, esta pasa a adquirir otro nombre según el rol del tercero. Así, la presencia del tercero derivaría en que estemos frente a una mediación o a una conciliación. Esto, no obstante, no cambia el hecho de

que, en su núcleo, la dinámica se mantiene como una negociación, solo que ahora esta se encuentra apoyada por un tercero.

La mediación y la conciliación, entonces, deben entenderse como negociaciones asistidas por un tercero. Al respecto, Roque Caivano señala que ambas son «extensiones» de la negociación (1998, pp. 113 ss.). La tarea del mediador y del conciliador consiste, en última instancia, en lograr facilitar lo máximo posible el desarrollo y culminación de una negociación exitosa. Es sobre dicha base que se construye el rol del tercero interventor en el conflicto (mediador o conciliador).

2. LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN.

DEFINICIÓN Y SUTIL DIFERENCIACIÓN

Según dijimos, la intervención del tercero para la solución del conflicto deriva en que la negociación pase a «transformarse» sin perder, empero, su núcleo de negociación. Así, la negociación puede pasar a ser una mediación o una conciliación. Pues bien, ¿cuál es la diferencia entre estas dos figuras? A continuación, daremos una breve definición de ambas.

- **Mediación.** Se trata de un MARC caracterizado por la participación de un tercero. Este tercero tiene el nombre de «mediador» y su rol consiste en acercar a las partes, asistiéndolas y facilitando vías para que estas puedan identificar mejor sus intereses.
- **Conciliación.** Se trata de un MARC caracterizado por la participación de un tercero. Este tercero tiene el nombre de «conciliador» y su rol se dirige a acercar a las partes, asistiéndolas y buscando vías para que estas puedan identificar mejor sus intereses. Además, el conciliador tiene la facultad propositiva, la que una vez utilizada puede o no ser aceptada por las partes.

La diferencia puede parecer innecesaria por ser casi idéntica para ambos casos. No obstante, tal similitud se hace adrede y tiene como objeto demostrar que entre mediación y conciliación la diferencia es, en última

instancia, demasiado sutil. En efecto, la única distinción entre el mediador y el conciliador es que el primero no puede proponer soluciones, mientras que el segundo sí. Además, según el ámbito en el que se desarrollan ambos mecanismos, podrían utilizarse en sentido inverso. Por ejemplo, en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se señala que en la conciliación el tercero promueve el avenimiento entre las partes, mientras que el mediador, en el momento que lo considere oportuno, puede presentar una o más propuestas de solución, que las partes pueden aceptar o rechazar¹.

Rol del mediador	Rol del conciliador
<ul style="list-style-type: none"> • Acerca a las partes. • Mejora o reestablece la comunicación entre las partes. • Contribuye a que las partes identifiquen y se concentren en sus intereses y dejen de lado las posiciones. • No puede proponer soluciones. 	<ul style="list-style-type: none"> • Acerca a las partes. • Mejora o reestablece la comunicación entre las partes. • Contribuye a que las partes identifiquen y se concentren en sus intereses y dejen de lado las posiciones. • Puede proponer una o más soluciones que las partes pueden aceptar o rechazar.

Esta diferencia en cuanto a proponer o no soluciones genera diferencias estructurales entre la mediación y la conciliación. En otras palabras, la estructura, los principios, las premisas y otros factores son los mismos tanto para la mediación como para la conciliación.

En ese orden de ideas, pretender desarrollar, por separado, a las instituciones de la mediación y la conciliación resultaría, para este manual básico, algo redundante. Por tanto, lo óptimo aquí es desarrollar los caracteres de la institución de la conciliación, ya que tal desarrollo será perfectamente aplicable a la mediación. La única salvedad a esto se encontraría en el apartado relativo a la regulación legal de la conciliación en el Perú, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico se han establecido

¹ Artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (decreto ley 25593).

las figuras de conciliación judicial y conciliación extrajudicial, pero no ocurre lo mismo con la mediación, salvo en materia laboral.

En tal sentido, procederemos a desarrollar los siguientes temas:

- Las premisas de la conciliación.
- Las ventajas y desventajas de la conciliación.
- La estructura de la conciliación.
- Los principios que irradian a la conciliación.
- La figura del conciliador.
- Las figuras de la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial.

3. PREMISAS DE LA CONCILIACIÓN

Entendemos por premisas de la conciliación a aquellas formulaciones ineludibles para que este mecanismo alcance la finalidad deseada. Por tanto, quien trabaja bajo sus pautas asumirá estas concepciones.

- El conflicto, como aspecto natural de la vida, se percibe como un reto y una posibilidad de cambio positivo.

Quien trabaja el mecanismo de conciliación asume que el conflicto puede ser un factor de cambio positivo, una oportunidad para las partes que se involucran en esta dinámica. Se descarta, por ende, aquellas visiones que entienden comúnmente el conflicto como un fenómeno patológico que debe evitarse.

- Las mejores soluciones son aquellas que son pragmáticas, imaginativas, equitativas, duraderas y satisfactorias para las partes.

La solución del conflicto no significa la extinción del mismo, sino su resolución o transformación, lo cual dependerá de las partes. Por tanto, hay que descartar aquellas salidas rápidas o facilistas que no ingresan a la raíz del problema y que, tarde o temprano, retornan como un nuevo problema.

- La comunicación adecuada favorece la eficiente resolución de conflictos.

En un conflicto uno de los aspectos críticos es la mala comunicación o que la comunicación se ha interrumpido. En tal sentido, una de las funciones de la conciliación es mejorar la comunicación o reestablecerla, de modo que ello ayude a la obtención de un acuerdo.

- La participación del conciliador y las partes en la búsqueda de las soluciones es necesaria.

El trabajo para la obtención de una salida consensuada es de las partes con la participación ineludible del tercero. Este último debe promover el involucramiento de las partes en la búsqueda de los acuerdos, de manera que las partes se apropien de la solución que se pueda alcanzar.

- El conciliador goza de las condiciones adecuadas para realizar su gestión.

Un buen conciliador es aquel que reúne las condiciones para este desempeño porque tiene las habilidades necesarias o el reconocimiento social para ello.

- La cooperación o confianza se puede crear con la pertinente acción del tercero.

Para avanzar en la búsqueda de soluciones se requiere crear un clima de confianza con la pertinente acción del tercero conciliador. Ello quiere decir que una de las primeras acciones que el conciliador desplegará en la audiencia es la generación de un ambiente propicio y cómodo para la actuación de las partes, el cual los incentive a cooperar y buscar conjuntamente alternativas para el problema presentado.

- El balance del poder fomenta un mejor manejo y una eventual resolución del conflicto.

Los mejores acuerdos son aquellos en los que se ha conseguido un balance de poder entre las partes, por lo que el tercero conciliador

deberá desarrollar las acciones necesarias para nivelar una asimetría que pueda producirse, con el único límite que no se vea afectada su imparcialidad.

- La conciliación requiere la buena fe de todos los que participan en ella para que pueda funcionar eficientemente.

Se requiere de parte de todos quienes participan en la conciliación que su actuación sea de buena fe, de manera que se legitime este mecanismo y se promueva una cultura de paz (adaptado de Ormachea, 1999).

4. LA CONVENIENCIA DE LA CONCILIACIÓN

La conciliación, como cualquier otro MARC, se sustenta en la decisión de las partes de llevar la controversia a tal mecanismo específico. En tal sentido, es una opción más de entre los diferentes mecanismos a los que las partes pueden recurrir para resolver su conflicto.

En este sentido surge la pregunta: ¿Qué ventajas y desventajas ofrece la conciliación? De ello, puede derivarse otra pregunta: ¿En qué casos es conveniente recurrir a este mecanismo? Todo esto será desarrollado a continuación.

4.1. Las ventajas de la conciliación

Son varias las ventajas de la conciliación. A continuación, una lista referencial:

- **Confidencialidad.** Como cualquier otro MARC, la conciliación se erige como un mecanismo privado, por lo que la información que se manifieste a lo largo del mismo será solo de conocimiento de las partes, no pudiendo terceros ajenos acceder a dicha información. La participación del conciliador no debe afectar en modo alguno a este elemento, toda vez que él tiene también el deber de guardar reservas sobre cualquier información de la que tome conocimiento

en el marco de la conciliación. Lo contrario afectaría irremisiblemente a la conciliación, pues «sin confidencialidad la confianza de las partes en el conciliador se debilita» (Caivano, 1998, p. 135).

- Flexibilidad del procedimiento conciliatorio. Ya señalamos que la conciliación requiere de la comunicación entre las partes. Pues bien, esta comunicación se enmarca dentro de un procedimiento conciliatorio. No obstante, ello no implica que deban seguirse necesariamente estrictos lineamientos formales (por ejemplo, las partes deben enviar «escritos» a la otra para dejar constancia de todo lo que aleguen durante la conciliación). En realidad, la conciliación se configura como un mecanismo dinámico y flexible a la conveniencia de las partes.

Finalmente, cabe señalar que la flexibilidad del procedimiento no es incompatible con las nuevas tecnologías. Esto se demuestra en el fenómeno de la conciliación *online* y su proliferación (Franco, 2015).

- Celeridad. Por lo general, la conciliación constituye un mecanismo que se desenvuelve y concluye de manera más rápida que el proceso judicial o el arbitraje. Se desarrolla en una o varias reuniones lo que casi siempre toma solo algunos días a lo más.
- Economía. La conciliación es notoriamente menos onerosa que los mecanismos adversariales. El recurrir a un arbitraje o a un proceso judicial involucra asumir gastos en la representación legal y gestión del proceso, los que usualmente se calculan en función a la cuantía y al tiempo que tome el procedimiento. Por contraste, los costos en la conciliación son indiscutiblemente menores debido a la celeridad de este mecanismo.
- Disponibilidad. Así como las partes decidieron seguir la conciliación, así también cada una de estas puede, si así lo considera, cesar en el empleo de este mecanismo. La conciliación no resta control a las partes sobre el manejo de su conflicto; ellas continúan con este

mecanismo en tanto lo estimen conveniente y, por tanto, cada una de ellas puede desistir del mecanismo si así le apetece.

- Control de la conciliación. En la misma línea que el elemento anterior, la presencia de un tercero conciliador en nada modifica el hecho de que las partes tienen el conflicto bajo su poder y, en consecuencia, el control del procedimiento conciliatorio. En términos simples: las partes deciden cómo se lleva la conciliación.
- Solución para el futuro. La conciliación no se dirige solo a obtener la solución para una disputa entre las partes, sino a preservar o reparar la relación que estas tienen. Sobre dicha base, las partes podrán continuar con sus interacciones (sean de índole comercial, familiar, social, etcétera), lo que en última instancia redundará en un beneficio para las mismas.

La conciliación se diferencia, entonces, de los mecanismos adversariales de solución de conflictos en el hecho de que la solución no conlleva el riesgo del quiebre de la relación entre los involucrados. Se procura, así, una solución con miras hacia el futuro de las partes y su relación.

4.2. Las desventajas de la conciliación

Frente a las ventajas de la conciliación, también se encuentran algunas desventajas.

- Puede promover resultados injustos. Ello puede ocurrir cuando, en la búsqueda de acuerdos eficientes y rápidos, se sacrifica la equidad o no se toma en cuenta el desbalance de poder entre las partes. Esto ocurre cuando entre las partes que someten su controversia a este mecanismo existe una asimetría estructural que no es percibida por el conciliador. Esta situación generaría que el acuerdo al que se pudiese arribar perpetuaría este estatus injusto.
- Falta de predictibilidad sobre el resultado. Cuando las partes acuden a arbitraje o a los tribunales nacionales pueden tener la certeza de

que, en algún momento, el conflicto se resolverá. Si bien la solución puede o no ser de su agrado, las partes cuentan con la seguridad de que habrá un punto final al conflicto bajo estos mecanismos.

La situación es distinta en la conciliación. El hecho de que las partes acudan a una conciliación no garantiza en absoluto que de este mecanismo se derivará una solución para el conflicto. Las partes pueden tener la mejor voluntad posible y, sin embargo, no llegar a una respuesta que sea conforme.

- Mutabilidad de las disputas sometidas. Las partes pueden acudir a la conciliación para, en teoría, resolver una diferencia específica. No obstante, en el marco del procedimiento conciliatorio no es improbable que las partes saquen a la luz conflictos o diferencias anteriores. En dichos casos, las partes podrían tener divergencias en cuanto a qué conflictos deben resolverse en ese momento específico, lo que naturalmente hace más compleja la dinámica conciliatoria.
- Riesgo de privatización de problemas de orden público. En la medida que el mecanismo de conciliación tiene la característica de la confidencialidad, existe la amenaza de que algunos asuntos, que por su importancia o interés debiesen conocerse en la opinión pública, se preserven con un manto de privacidad que los aísle de este escrutinio ciudadano.
- Falta de idoneidad para conflictos especializados. En la práctica existen conciliadores especializados en ciertos tipos de conflictos (en temas de familia, laborales, etcétera). No obstante ello, la oferta de conciliadores para conflictos de alta complejidad puede ser bastante limitada².

Lógicamente, incluso en conflictos de extrema complejidad un conciliador que no domine el tema de fondo puede contribuir

² Usualmente, estos expertos en materias complejas fungen como árbitros o peritos; es decir, se enmarcan en mecanismos adversariales y, por tanto, tienen poca cercanía con los mecanismos cooperativos.

a acercar a las partes y a facilitar un diálogo saludable entre ellas. Empero, lo que sí se antoja más difícil es que el conciliador pueda proponer soluciones.

- Tiene poco poder frente a la violencia o coerción. En el caso de controversias que requieran la adopción de medidas de seguridad para proteger a una de las partes, el conciliador no podrá imponerlas ni garantizará que las mismas se puedan cumplir.

4.3. ¿Cuándo conviene recurrir a la conciliación?

Hemos presentado las ventajas y las desventajas de la conciliación. A simple vista, pareciera que las ventajas superan a las desventajas; entonces, podría decirse que la conciliación es por regla general siempre conveniente. No obstante, este razonamiento no resulta válido.

¿Quién determina si a las partes les conviene o no recurrir a la conciliación? La respuesta aquí es evidente: las partes involucradas. La utilidad de la conciliación se define en función al caso concreto y al juicio que haga cada parte respecto de dicha institución. Este juicio involucra la ponderación de un conjunto variado de factores, por lo que presentamos, a continuación, a los que consideramos principales:

- Calidad de la relación

Ejemplo:

Una pareja de casados se divorció hace algunos años y a la fecha llevan una relación muy cordial, de completo respeto y consideración entre ambos. Esta pareja ha tenido ya algunos conflictos previos y todos ellos fueron resueltos a través de negociaciones en las que ambas partes se desarrollaron de manera óptima. Si surgiesen diferencias en cuanto al régimen de visitas del padre, ¿sería óptimo recurrir a una conciliación?

Si las partes tienen una relación óptima y confían en sus capacidades para lograr un acuerdo por sí mismas, el mecanismo más conveniente podría ser el de la negociación. Esto no significa que la conciliación pueda ser perjudicial; pero así como las ruedas de apoyo para el que ya sabe manejar bicicleta pueden resultar incómodas, así también el conciliador —para dos partes que se conocen muy bien y ya han resuelto conflictos de modo satisfactorio entre ellas— puede terminar ralentizando la dinámica de solución del conflicto. Por contraste, si la relación entre las partes se encuentra deteriorada o es precaria, la conveniencia de contar con un conciliador se incrementa. En muchos casos, el conflicto puede haberse magnificado debido a malentendidos o factores emotivos involucrados. En situaciones así, el conciliador puede contribuir muchísimo en la solución del conflicto.

- Interés en la relación

Ejemplo:

Supongamos que en un mercado de altísima competencia, una de las empresas distribuidoras de llantas obtiene un contrato de exclusividad con la única empresa importadora de llantas de lujo (la empresa importadora se obligó a no vender las llantas a ninguna otra empresa en el país). En ese escenario, imaginemos que hubiese un problema respecto al cobro de deudas pendientes. ¿Sería conveniente para la empresa distribuidora recurrir a un mecanismo adversarial o cooperativo?

La respuesta a dicha pregunta es evidente. En algunos casos la relación subyacente es de tal importancia que una de las prioridades es preservar la misma. En estos casos, recurrir a un mecanismo adversarial pone en serio riesgo la calidad de la relación, lo que puede, incluso, generar que la misma se destruya. Así, la conciliación aparece

como un mecanismo ideal, puesto que la presencia del conciliador puede contribuir muchísimo a «cuidar» la relación entre las partes durante la dinámica de solución del conflicto.

- Necesidad de una solución rápida. En muchos casos, la controversia puede afectar a una parte de forma tal que requiere solucionar lo más antes posible el conflicto.

Ejemplo:

Una empresa que requiere cobrar una deuda con urgencia por necesidad de obtener liquidez.

Así, la conciliación puede resultar un mecanismo aconsejable cuando las partes no pueden asumir que la solución recién se expida en un plazo largo.

- Costos. ¿Litigaría usted por una deuda de S/ 500? ¿Buscaría ir a una conciliación por una deuda ese monto? El «valor económico» de la controversia se erige como un factor en la determinación del mecanismo de solución por emplear.

En algunos casos, la cuantía involucrada desalienta a seguir mecanismos adversariales, por lo que la conciliación se presenta como una buena opción. En otros casos, la cuantía puede ser tan baja que incluso el costo de contratar a un conciliador ya es desalentador. Así, según la cuantía involucrada, las partes pueden ver como conveniente ir a una conciliación o buscar solucionar su conflicto vía negociación.

5. LA ESTRUCTURA DE LA CONCILIACIÓN

La conciliación cuenta con una estructura conformada por diversos elementos. Estos pueden sintetizarse en tres: a) la controversia, b) la interrelación

entre las partes y c) el conciliador. A continuación, desarrollaremos brevemente cada uno de ellos.

- Controversia. ¿Cuándo concilian las personas? Naturalmente, no hay nada que conciliar cuando los agentes involucrados están de acuerdo en todo y no tienen diferencias. Por contraste, la conciliación aparece cuando existe alguna disputa entre las partes. Así, la conciliación, en tanto mecanismo de solución de conflictos, «requiere» de un conflicto.
- Interrelación de las partes. ¿Podría existir una conciliación si las partes involucradas en la disputa rechazan comunicarse? La respuesta es negativa. La conciliación, como ya señalamos, es una extensión de la negociación, y esta última implica un proceso de interacción y comunicación entre los agentes involucrados. Por tanto, la conciliación «requiere» que las partes se comuniquen entre ellas.
- Conciliador. El conciliador se constituye como un elemento vital en la conciliación. Sin un tercero se estaría frente a una negociación y no frente a una conciliación. Más adelante desarrollaremos con mayor profundidad la figura del conciliador.

6. LOS PRINCIPIOS DE LA CONCILIACIÓN

La conciliación, en tanto MARC, cuenta con un conjunto de principios que establecen los lineamientos generales de dicha institución.

Ahora bien, es indiscutible que un principio no debe necesariamente estar recogido en norma legal alguna. No obstante ello, en el Perú, el artículo 2 de la ley 26872, Ley de Conciliación³, consigna aquellos principios que delimitan a la institución. Estos principios son: a) equidad,

³ Artículo 2: «Principios. La conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía».

b) veracidad, c) buena fe, d) confidencialidad, e) imparcialidad, f) neutralidad, g) legalidad, h) celeridad e i) economía. Veamos:

- Equidad. La conciliación es un mecanismo «objetivo». Su finalidad es lograr un acuerdo que se perciba como justo. Es decir, el acuerdo debe ser uno que logre asignar un resultado equitativo para ambas partes.
- Veracidad. La conciliación busca lograr un acuerdo fructífero en el que se vean satisfechas ambas partes. En esa línea, resulta importante que las partes transmitan de manera objetiva y veraz sus percepciones de los hechos, intereses, expectativas, etcétera; de lo contrario, se corre el riesgo de que el acuerdo se derive de información distorsionada, lo que afectaría su propia equidad.
- Buena fe. La buena fe, en tanto principio general del derecho, es plenamente aplicable a la conciliación. En la dinámica conciliatoria las partes deben actuar con honestidad, consideración y sin lograr sus objetivos a través del engaño o el error.
- Confidencialidad. La conciliación se constituye como un mecanismo privado de solución de controversias, por lo que, como ya señalamos, la información que se comparta o comunique dentro de la misma debe permanecer ajena a terceros.
- Imparcialidad. La conciliación, ya lo señalamos, es un mecanismo «objetivo». No puede significar, entonces, la asignación de un trato desigual que favorezca injustamente a alguna de las partes.
- Neutralidad. Este principio se enlaza con el hecho de que la conciliación en general y el conciliador en específico no tengan ningún vínculo con alguna de las partes. El centro de conciliación y el conciliador deben ser independientes y ajenos a las partes, con lo que se garantiza que dicho MARC es objetivo.
- Legalidad. La conciliación, como cualquier otro MARC, debe observar las disposiciones del ordenamiento jurídico. En términos

simples, no puede infringir la ley ni «arropar» acuerdos que lo hagan —el acuerdo al que lleguen las partes debe ser uno que no transgreda ninguna norma de aplicación obligatoria—.

Ejemplo:

En una conciliación que discute la indemnización por daños a la persona, las partes no pueden acordar que una le transferirá un riñón a la otra a cambio de US\$ 50,000 (en el Perú no se puede vender o comprar órganos humanos).

- Celeridad. Como ya señalamos previamente, la conciliación es un mecanismo caracterizado por la dinámica que le impregnan las partes y el conciliador. Por tanto, tiene el tiempo que las mismas señalen.
- Economía. La conciliación se configura como un procedimiento con costos asequibles. Por ende, esta debe representar un ahorro para las partes si se compara el costo de la conciliación con el de los mecanismos adversariales.
- Empoderamiento. Este principio no se encuentra recogido en la Ley de Conciliación, a pesar de que es uno de los más importantes. Dicho principio se refiere a que el conciliador deberá asegurar que haya simetría entre las partes, por lo que puede desarrollar acciones para equilibrar una situación desigual.

Cabe señalar que la celeridad y economía, si bien están establecidos como principios de la conciliación, corresponden propiamente a principios del proceso.

7. EL CONCILIADOR

La conciliación, como vimos, involucra la participación de un tercero, el que asume el rol del conciliador. El conciliador tiene como función

general contribuir a lograr que las partes solucionen su conflicto de manera satisfactoria. El cumplimiento de dicha función genera que se establezcan a) requisitos para ser conciliador y b) prerrogativas y deberes del conciliador. Todos estos elementos serán presentados a continuación.

7.1. Requisitos para ser conciliador

En principio, podemos decir que cualquier persona puede intervenir en un conflicto y contribuir a solucionarlo.

Ejemplo:

Pensemos en el jefe que intercede en el conflicto entre dos trabajadores y logra que estos adopten una solución propuesta por él. En este ejemplo se puede afirmar que participó un conciliador.

Sucede que el término de «conciliador» no es un término reservado para el derecho. Todo lo contrario, el término trasciende el ámbito jurídico. En esa línea, bajo una concepción «social» de conciliador, no existe ningún requisito para el cumplimiento de dicho rol, basta que tenga el reconocimiento de su comunidad⁴.

No obstante, para una definición «legal» de conciliador, la situación es distinta. Así, será conciliador legal aquel que cumpla con los requisitos normativos establecidos por el ordenamiento jurídico respectivo y, por tanto, pueda llevar a cabo la conciliación de conformidad con las normas legales respectivas. Los requisitos específicos serán desarrollados cuando se toquen los temas de conciliación judicial y extrajudicial.

En este punto, uno podría preguntarse para qué existe la figura del conciliador legal, cuando cualquier persona puede fungir en dicho rol

⁴ Es el caso de los jueces de paz. Esta figura judicial de origen republicano utiliza, por lo general, la conciliación para resolver las controversias y no se ciñe al procedimiento fijado en la Ley de Conciliación.

sin cumplir requisito alguno. Pues bien, sucede que, en el Perú, un acta de conciliación originada en una conciliación legal —esto es, una conciliación judicial, extrajudicial u otras reguladas por ley— cuenta con atribuciones especiales otorgadas por el ordenamiento jurídico. Desarrollaremos este tema con mayor profundidad en un posterior apartado.

¿Debería requerirse el título de abogado para ser conciliador?

Un aspecto interesante para discutir radica en si los conciliadores deben, necesariamente, ser abogados. Así, podría plantearse que el abogado es el resolutor de conflictos por excelencia, a fin de cuentas el derecho como ciencia abarca, entre otros temas, la solución de problemas jurídicos.

No obstante ello, es esencial recordar que los conflictos no necesariamente deben resolverse según los criterios establecidos por el derecho. La solución debe respetar las normas de cumplimiento obligatorio, naturalmente. Empero, cumplido dicho parámetro, las partes pueden solucionar sus conflictos según sus intereses. Esto último derivará en una decisión que, por ejemplo, no necesariamente coincidirá con la solución preestablecida por una norma jurídica de aplicación supletoria (como muchas disposiciones del Código Civil).

En esa orientación, el argumento consistente en que debe ser obligatorio contar con el título de abogado para ser conciliador

desconoce el hecho [de] que la conciliación no resuelve los conflictos utilizando criterios jurídicos [...]. El conciliador no soluciona conflictos utilizando las normas aplicables al caso concreto, sino que busca solucionar problemas que separan a las partes. Estos problemas son resueltos a nivel de [sic] intereses, necesidades humanas, creencias y temores que poseen los actores en conflicto; en otras palabras, discute al nivel de [sic] las verdaderas motivaciones que subyacen al conflicto (Ormachea, 2000, p. 28).

7.2. Margen de actuación y deberes del conciliador

La participación del conciliador en un conflicto genera sobre tal agente un margen de actuación específico y un conjunto de deberes que tiene que cumplir. En realidad, se puede decir que estos deberes limitan el margen de actuación del conciliador, y garantizan el cumplimiento y respeto de los principios de la conciliación (principios que presentaremos en un apartado posterior).

7.2.1. Margen de actuación del conciliador

El conciliador es un tercero que interviene en un conflicto para lograr solucionarlo. Su margen de actuación, entonces, gira en torno a esta función consistente en ponerle fin a la disputa que las partes tienen. En esa línea, son dos las principales atribuciones que el conciliador tiene, que ya fueron mencionadas previamente. Primero, el conciliador puede procurar facilitar la comunicación de las partes, el acercamiento entre estas para que lleven a cabo una dinámica eficiente y armónica. En segundo lugar, puede proponer soluciones para el conflicto entre las partes.

Ahora bien, es importante tener en cuenta aquí el rol del conciliador entendido como tercero. El conciliador, en teoría, no es parte del conflicto y no tiene ningún vínculo con las partes. Por tanto, existen dos límites claros al margen de actuación del conciliador:

- Conocer el fenómeno conflictivo y con ello entender a las partes, nunca identificarse con ellas. En la tarea de acercar a las partes es natural que para que el conciliador pueda realizar su labor de manera óptima intente conocer lo mejor posible las reales razones que las partes buscan como solución del conflicto.

No obstante, este estudio y entendimiento de lo que las partes quieren no puede derivar en que el conciliador se identifique con alguna de ellas y tome un rol que afecte los principios de imparcialidad y equidad. El conciliador debe tener presente siempre que el conflicto es ajeno a él y que, por ende, su aproximación

al mismo es objetiva, libre de cualquier vinculación, atracción o preferencia por alguna de las partes.

- Proponer soluciones, nunca imponerlas. La conciliación existe porque las partes están de acuerdo en a) solucionar de manera cooperativa su conflicto y b) la participación de un conciliador que contribuya al punto anterior. En esa línea, el conciliador debe tener presente que son las partes las que deciden cómo se soluciona (si es que se soluciona) el conflicto.

Este ámbito de poder de las partes (decisión de resolver el conflicto) no puede ser afectado por el tercero conciliador. El conciliador no puede imponer su solución a las partes. En tal sentido, el empleo de mecanismos como la intimidación, las advertencias o amenazas quedan absolutamente fuera del margen de su actuación.

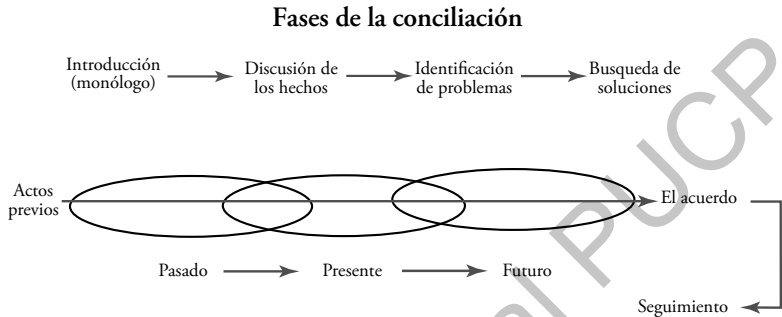
7.2.2. Deberes del conciliador

Como vimos en el punto anterior, el margen de actuación del conciliador es limitado. En esa línea, existen deberes, derivados de los principios de la conciliación que ya hemos visto, que el conciliador tiene que cumplir para garantizar que la conciliación no se desnaturalice. Veamos los principales:

- Deber de imparcialidad. Este deber se deriva del principio de imparcialidad. En consecuencia, el conciliador debe a) abstenerse de aceptar dicho cargo si considera que no está en una posición objetiva y b) mantener una conducta objetiva en su actuación de conciliador.
- Deber de velar por la legalidad. Este deber proviene del principio de legalidad. Por tanto, el conciliador debe procurar que la solución al conflicto no vulnere las normas jurídicas de obligatoria observación.
- Deber de procurar una participación equitativa. Este deber surge del principio de equidad. Debido a él, el conciliador debe procurar que las partes estén en condiciones de igualdad durante la dinámica conciliatoria.

8. EL PROCEDIMIENTO Y LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

Las fases de la audiencia son seis: los actos previos, el monólogo, la discusión de los hechos, la identificación del problema, la búsqueda de soluciones, el acuerdo y el seguimiento.



Fuente: Adaptado de Ormachea (1999).

A continuación, desarrollaremos cada una de estas fases.

- Los actos previos

Están referidos al conocimiento del caso por parte del tercero conciliador o juez. Se trata de leer el expediente o la solicitud de conciliación. También en esta etapa se acondiciona el ambiente donde se llevará a cabo la audiencia. Se trata del primer momento en que el tercero toma conocimiento de la situación conflictiva sobre la que intervendrá.

- El monólogo

Esta etapa está a cargo del tercero conciliador o juez, quien establece las reglas de desempeño para la audiencia de conciliación. Entre otros aspectos aquí debe señalarse:

- Explicación sobre qué es la conciliación para diferenciarla del proceso judicial.
- Exhortación a llegar a un acuerdo.

- Ventajas de la conciliación y naturaleza del acuerdo.
 - Reglas del comportamiento: turnos para las intervenciones, uso apropiado de la comunicación y evitar las interrupciones.
 - Posibilidad de tener reuniones por separado si lo solicita una de las partes o si el conciliador lo estima necesario.
 - Cierre del monólogo y posibilidad de que las partes formulen alguna pregunta.
- Discusión de los hechos
Durante esta etapa las partes expresan los hechos más importantes y el conciliador trata de formarse una visión completa de la controversia y de los asuntos conflictivos.
 - Identificación de problemas
En esta etapa el tercero conciliador identifica los problemas, las posiciones y los intereses de las partes, para lo cual hace uso de técnicas como la paráfrasis o el replanteo. Al final de esta etapa se busca alcanzar la claridad para diferenciar cuáles son los intereses de las partes.
 - Búsqueda de soluciones
En la medida en que se han identificado los asuntos conflictivos es posible trabajar con cada uno de ellos y formular las preguntas necesarias para facilitar las salidas a los *impasses* existentes. También puede usarse aquí la fórmula conciliatoria.
 - El acuerdo
Si las partes están de acuerdo total o parcialmente es necesario formular un acta que refleje tal situación, por lo que deberá proponerse una redacción que concrete lo que las partes han consensuado.

- Seguimiento

A través de esta etapa se promueve que el centro de conciliación o el conciliador pueda tener información acerca del cumplimiento de los acuerdos conciliatorios. De esta manera es posible saber la eficacia de su trabajo e indagar qué aspectos tendrían que mejorarse.

9. LA CONCILIACIÓN LEGAL EN EL PERÚ

Según señalamos, la conciliación puede darse en cualquier momento y de manera espontánea, y cualquier tercero, que considere pertinente hacerlo, puede asumir el rol de conciliador. La conciliación, así vista, puede ser entendida como un concepto «universal»: el ser humano tiene, sea el país en el que se encuentre, conflictos y por tanto cualquier tercero que intervenga para acercar a las partes y proponer soluciones estará asumiendo el rol de conciliador y generando una conciliación.

No obstante, sobre dicho concepto base de conciliación, en nuestro país, se han regulado diversos supuestos específicos. Son a estos supuestos a los que denominamos «conciliación legal». Así, al hablar de conciliación legal nos referimos a a) la conciliación judicial, b) la conciliación extrajudicial y c) otros supuestos de conciliación regulados. Todos estos supuestos serán evaluados a continuación.

9.1. La conciliación judicial

La conciliación judicial es aquella que se da durante la tramitación de un proceso. Esta se concibe para procesos civiles⁵ (incluyendo temas de familia), laborales⁶ e incluso para procesos contenciosos administrativos⁷.

Así, la conciliación judicial se constituye como una etapa procesal. Esta etapa, por regla general, es de temporalidad dinámica: las partes pueden convocarla en cualquier etapa del proceso (siempre y cuando todavía no haya sentencia de segunda instancia). No obstante, en algunos casos también existe un momento específico en el que el juez necesariamente convocará a audiencia de conciliación⁸.

En la conciliación judicial el rol de conciliador recae en el juez que está llevando el proceso. Asimismo, es también el juez el encargado

⁵ Código Procesal Civil. Artículo 324: «La conciliación se lleva a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan, puede el juez convocarla en cualquier etapa del proceso. El juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia».

⁶ Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Artículo 30. Formas especiales de conclusión del proceso: «El proceso laboral puede concluir, de forma especial, por conciliación, allanamiento, reconocimiento de la demanda, transacción, desistimiento o abandono. También concluye cuando ambas partes inasisten por segunda vez a cualquiera de las audiencias programadas en primera instancia.

La conciliación y la transacción pueden ocurrir dentro del proceso, cualquiera sea el estado en que se encuentre, hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada. El juez puede en cualquier momento invitar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio [...]».

⁷ Decreto supremo 013-2008-JUS, texto único ordenado de la ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 43. Transacción o conciliación: «En cualquier momento del proceso, las partes podrán transigir o conciliar sobre pretensiones que contengan derechos disponibles. Si el acuerdo homologado o aprobado es total, producirá la conclusión del proceso. De ser parcial, el proceso continuará sobre los aspectos no comprendidos. Para proponer o acceder a la fórmula de composición, la entidad deberá analizar objetivamente la expectativa de éxito de su posición jurídica en el proceso».

⁸ Esto se da, por ejemplo, en procesos laborales (artículo 42 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo) y de familia (artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes).

de garantizar la legalidad del acuerdo. De otro lado, las partes pueden participar en la conciliación por cuenta propia o a través de representantes.

Otro aspecto por destacar de la conciliación judicial es la limitación de los temas de discusión. La conciliación se ciñe a los puntos controvertidos que están en discusión en el proceso. Por tanto, el mecanismo no puede «estirarse» para abarcar discusiones sobre diferencias anteriores o paralelas de las partes.

Para finalizar, los efectos de la conciliación judicial son variados. Si la conciliación termina sin acuerdo, el proceso continuará su cauce natural. Si hay una conciliación parcial, el acta de conciliación con los puntos controvertidos solucionados tiene efectos de cosa juzgada, pero el proceso judicial continúa con los puntos controvertidos pendientes (artículo 327 del Código Procesal Civil). Y si la conciliación es total, el proceso concluye y la solución adoptada por las partes tiene efectos de cosa juzgada (artículo 327 del Código Procesal Civil).

9.2. La conciliación extrajudicial

Según vimos, la conciliación judicial es aquella que se da dentro de un proceso judicial. Pues bien, a la inversa, podría deducirse que la conciliación extrajudicial es aquella que se da fuera de los tribunales judiciales. Y, en efecto, ella se da fuera de los mismos, en específico, dentro de un centro de conciliación que cumpla con las disposiciones legales para fungir como tal⁹.

Así, la conciliación extrajudicial constituye un procedimiento autónomo con requisitos y caracteres especiales. A continuación, nombramos los principales:

⁹ Ley de Conciliación. Artículo 5. Definición: «La conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto».

- El centro de conciliación debe cumplir con los requisitos establecidos por ley.
- El conciliador debe estar adscrito a un centro de conciliación y, según el artículo 22 de la Ley de Conciliación, debe cumplir con: a) ser ciudadano en ejercicio (mayoría de edad), b) haber llevado y aprobado un curso de conciliación dictado por institución autorizada por el Ministerio de Justicia, c) no contar con antecedentes penales y d) cualquier otro requisito establecido por la institución de conciliación a la que el conciliador planea adscribirse¹⁰.
- La concurrencia a la conciliación extrajudicial es personalísima (no cabe representación legal), salvo el caso de aquellas personas que deben actuar a través de representante (artículo 14 de la Ley de Conciliación).
- El acuerdo al que lleguen las partes será supervisado por un abogado del centro de conciliación. Este garantizará la legalidad del acuerdo (artículo 29 de la Ley de Conciliación).
- El acta de conciliación que contenga un acuerdo (parcial o total) de las partes constituye título ejecutivo (artículo 688.3 del Código Procesal Civil). Por tanto, puede ser llevado a un proceso único de ejecución para lograr la materialización de sus efectos en la realidad.

En función a todo lo señalado, podemos hacer una breve exposición de las diferencias entre la conciliación judicial y la extrajudicial.

¹⁰ Cabe precisar, en esa línea, que no es necesario el título de abogado para ser conciliador (salvo, naturalmente, que el centro de conciliación al que la persona busca integrarse sí requiriese dicho título).

Conciliación judicial	Conciliación extrajudicial
<ul style="list-style-type: none"> • Conciliador: juez. • Lugar: tribunales judiciales. • Fase procesal (audiencia de conciliación). • Las partes pueden estar representadas por apoderados. • Conciliación limitada a los puntos controvertidos del proceso. 	<ul style="list-style-type: none"> • Conciliador: tercero capacitado. • Lugar: centro de conciliación. • Procedimiento autónomo. • Participación personalísima de las partes. • Conciliación que puede abarcar todas las controversias (sobre materia conciliable) que las partes tengan.

Fuente: Ormachea (2000, pp. 144-145).

Ahora bien, existe un tema adicional que merece ser analizado: la conciliación «obligatoria» que se ha establecido en el Perú como requisito para demandar ante los tribunales nacionales.

9.2.1. ¿Conciliación obligatoria?

En nuestro país, cuando se promulgó la ley 26872 (Ley de Conciliación), en 1997, se adujo que existía sobrecarga judicial, por lo que era necesario priorizar el empleo de formas alternativas de solución de conflictos. Así, nuestra actual Ley de Conciliación consigna que la conciliación era un requisito de procedencia para la demanda judicial de diferentes materias¹¹.

Aquí es esencial entender a qué obliga la ley y a qué no. La Ley de Conciliación establece, como requisito previo para demandar por ciertas materias, la obligación de buscar una solución a través de la conciliación. La norma no obliga a llegar a un acuerdo, pero sí busca que las partes intenten hacerlo.

¹¹ Artículo 6. Falta de intento conciliatorio: «Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un centro de conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar».

En otros términos, el objetivo de la norma es que, antes de demandar judicialmente para determinados temas, las partes se sienten en una misma mesa¹² ante la presencia de un conciliador a efectos de evaluar una posible solución consensual a su controversia. Que se llegue o no a un acuerdo escapa al ámbito de la norma. Al respecto, se han establecido ciertas sanciones para la parte que inasiste a la audiencia. De este modo, se señala que el juez podrá declarar improcedente la demanda por falta de interés para obrar. Asimismo, se señala que la ausencia a una audiencia de conciliación causará presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y reflejados en la demanda.

9.2.2. Supuestos en que se requiere conciliación previa

Según vimos, uno de los límites de los MARCs se encuentra en el tipo de controversias que pueden resolver. Así, el criterio delimitador está en los derechos disponibles: la conciliación solo puede darse para solucionar controversias que versen sobre derechos de libre disposición.

Pues bien, podría decirse que, por regla general, la conciliación previa es obligatoria para cualquier futura demanda judicial que verse sobre derechos disponibles. No obstante, esta regla está sujeta a variadas excepciones. Solo de manera referencial, tenemos las siguientes que establece el artículo 7-A de la Ley de Conciliación:

- Excepciones según materia:
 - Temas contenciosos-administrativos.
 - Derechos y bienes de incapaces.
 - Peticiones de herencia.
 - En casos en que la indemnización reclamada se origine en un delito o falta.

¹² En realidad, como veremos más adelante, la norma solo obliga a que la parte que pretenda demandar en vía judicial deba cumplir con invitar a la contraparte a una audiencia conciliatoria.

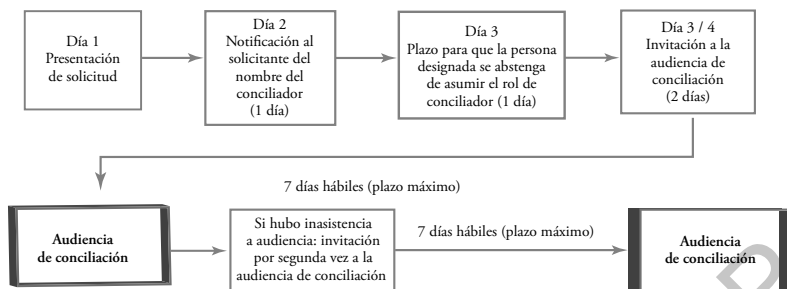
- Excepciones según otros factores:
 - Cuando se desconozca el domicilio de la contraparte.
 - Cuando la contraparte domicilie en el extranjero.

9.2.3. El procedimiento conciliatorio por seguir como requisito para demandar

La Ley de Conciliación establece el procedimiento que debe seguirse para cumplir con la conciliación extrajudicial como requisito para demandar en sede judicial. Este procedimiento conciliatorio sigue el siguiente esquema (artículo 12 de dicha ley y decreto supremo 014-2008-JUS con su reglamento):

- Inicio. La parte interesada presenta su solicitud de conciliación al centro de conciliación.
- En el plazo de un día el centro de conciliación deberá designar a un conciliador encargado de la solicitud.
- El conciliador designado deberá aceptar o abstenerse del cargo en el mismo día en que toma conocimiento de la designación
- Designado el conciliador, este tiene un plazo de dos días para invitar a las partes a una audiencia de conciliación programada en fecha determinada, la que debe estar programada para dentro de los siete días hábiles siguientes. Las partes deberán haber sido notificadas con esta invitación por lo menos tres días antes de la fecha de la audiencia conciliatoria.
- Fecha de audiencia de conciliación. Si una de las partes no asiste a la audiencia, el conciliador realizará una segunda invitación para una nueva fecha de audiencia¹³. La audiencia deberá darse en un plazo máximo de siete días y deben respetarse los plazos señalados para la invitación y notificación a las partes.

¹³ Si ninguna de las partes asiste, se culmina el procedimiento y se expide el acta de conciliación.



Fuente: Adaptado de Ormachea (1999).

9.3. Otros tipos de conciliación regulados

Además de la conciliación judicial y extrajudicial, existen otros supuestos de conciliación que están regulados en nuestro ordenamiento jurídico. En esencia, estaríamos frente a dos grupos distintos: a) conciliación dentro de comunidades nativas y campesinas y b) conciliación administrativa.

En cuanto a la primera, el artículo 149 de la Constitución¹⁴ reconoce a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de función jurisdiccional. Ello habilita a que estas puedan utilizar toda clase de mecanismos, incluido el de la conciliación, para regular los conflictos ocurridos dentro de su territorio.

En cuanto a la segunda, desde el derecho administrativo existen diversos y variados supuestos de conciliación. Así, procedimientos administrativos sobre marcas (artículo 57 del decreto legislativo 1075), derechos de autor (artículo 14 del decreto legislativo 822) o llevados ante OSIPTEL (artículo 33 ss. de la resolución del Consejo Directivo

¹⁴ Artículo 149. «Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial».

001-95-CD-OSIPTEL), entre otros, regulan de manera específica la conciliación.

10. SÍNTESIS

1. Cuando en la negociación para la resolución de un conflicto interviene un tercero dirigido a contribuir al desarrollo de la dinámica, esta negociación pasa a tomar la denominación de «mediación» o de «conciliación». La mediación y la conciliación deben ser entendidas como «extensiones» de la negociación.
2. La mediación y la conciliación son mecanismos bastante similares. La distinción radica en las prerrogativas del tercero. En la mediación, el mediador busca acercar a las partes y contribuye al desarrollo de una adecuada dinámica comunicativa. En la conciliación, el conciliador hace lo mismo, pero además puede proponer soluciones al conflicto. En todo lo demás, la mediación y la conciliación son figuras equiparables entre sí, por lo que lo desarrollado para la conciliación es aplicable a la mediación.
3. La conciliación tiene diferentes ventajas y desventajas. Por un lado, constituye un mecanismo confidencial, flexible, económico, bajo control y disposición de las partes, y orientado hacia una solución a futuro. Por otra parte, no garantiza una solución al conflicto, es mutable, involucra la revelación de información y no es idónea para conflictos de alta complejidad técnica.
Sobre ese esquema, pueden establecerse criterios que determinarán si la conciliación es conveniente. Al final, el valor que se le asignan a estos criterios dependerá del caso concreto y de la percepción que tenga la parte que evalúa emplear este mecanismo. Los criterios son los siguientes: calidad de la relación, interés en la relación, necesidad de una solución rápida y costos involucrados.
4. La conciliación, en el ámbito estructural, tiene tres elementos:
 - a) la controversia, toda vez que un mecanismo de solución de

conflictos no tiene razón de ser sin un conflicto; b) la interrelación de las partes, puesto que, al ser una extensión de la negociación, la conciliación requiere que las partes se comuniquen entre sí en pos de solucionar el conflicto; y c) el conciliador, que es un tercero que interviene en el conflicto para lograr que se concilie sobre el mismo.

5. Los principios que irradian a la conciliación son los siguientes:
 - a) equidad, que busca la obtención de una solución justa y equitativa para las partes; b) veracidad, que busca que los acuerdos se construyan sobre información veraz y completa; c) buena fe, que busca una actuación honesta y leal; d) confidencialidad; e) imparcialidad, que busca que la conciliación sea un mecanismo objetivo; f) neutralidad, dirigido a que no haya preferencias para ninguna de las partes; g) legalidad, consistente en que la conciliación debe derivar en una solución que cumpla con las normas legales de obligatoria observación; h) celeridad; i) economía; y j) empoderamiento.
6. El conciliador, según vimos, es un elemento estructural de la conciliación. Por tanto, esta función genera requisitos, prerrogativas (margen de actuación) y deberes para el conciliador.
 - En cuanto a los requisitos, aquí debemos tener presente primero que estos se enmarcan para la figura «legal» de la conciliación. Sucede que, en sentido general, no existe ningún requisito para ser conciliador, cualquiera puede intervenir en el conflicto entre dos partes y actuar como tal. Empero, el ordenamiento legal peruano ha regulado la figura de la conciliación «legal» y es esta la que, según el tipo específico de conciliación, exige cumplir ciertos requisitos para fungir como conciliador.
 - En cuanto al margen de actuación, el conciliador interviene en el conflicto para facilitar la solución de este. Ello deriva en que el conciliador intente aproximar a las partes y proponga fórmulas

de solución. Este margen de actuación, visto así, tiene también dos límites: a) no identificarse con las partes y b) no imponer soluciones al conflicto.

- En cuanto a los deberes del conciliador, estos se derivan de los principios que irradian a la conciliación. Así, está el deber de imparcialidad, de confidencialidad, de velar por la igualdad, entre otros.
7. En el Perú, nuestro ordenamiento ha regulado diferentes supuestos específicos de conciliación. Esta conciliación legal se puede clasificar en a) conciliación judicial, b) conciliación extrajudicial y c) otros supuestos de conciliación regulados por normas.
 8. La conciliación judicial constituye una etapa dentro de un proceso judicial. En esta el juez asume el rol de conciliador y busca que las partes lleguen a un acuerdo para culminar así el proceso. En la conciliación judicial, cabe anotar, las partes pueden participar directamente o a través de sus representantes. Asimismo, la conciliación se ciñe estrictamente a los puntos controvertidos del proceso en la que se da.
 9. La conciliación extrajudicial es un procedimiento autónomo que se lleva a cabo en centros de conciliación que cumplan con los requisitos establecidos por la Ley de Conciliación. En específico, las notas distintivas de esta figura son las siguientes:
 - El conciliador debe estar adscrito al centro de conciliación, cumplir con ser ciudadano en ejercicio, haber aprobado un curso de conciliación dictado en conformidad con lo establecido por el Ministerio de Justicia y carecer de antecedentes penales. Por cierto, el centro de conciliación puede plantear requisitos adicionales.
 - La participación en la conciliación extrajudicial es personalísima, uno no puede delegarla a representantes legales.

- La legalidad del acuerdo será revisada por un abogado del centro de conciliación.
- El acta de conciliación que contenga acuerdos constituye título ejecutivo.

10. Por otra parte, la conciliación extrajudicial cumple un rol de requisito para la demanda judicial de ciertas materias. Esto no implica que las partes estén obligadas a llegar a un acuerdo. Las partes, para dichas materias, solo están obligadas a considerar dicho mecanismo para la solución de su conflicto. Esta conciliación obligatoria se da, por regla general, para todas las materias conciliables; no obstante, la Ley de Conciliación proyecta diferentes excepciones según la materia y según otros criterios.

El procedimiento para cumplir con el requisito de conciliar extrajudicialmente consiste, básicamente, en que la parte interesada solicite a un centro de conciliación que curse a su contraparte una invitación a conciliar. Si la contraparte no asiste a la invitación, se le invita una vez más, y si luego de ello no vuelve a asistir se levanta el acta y se tiene por cumplido el requisito.

11. En adición a la conciliación judicial y extrajudicial, existen otros supuestos de conciliación regulados por nuestro ordenamiento jurídico. Así, tenemos que las comunidades campesinas y nativas pueden regular mecanismos de conciliación aplicables dentro de su jurisdicción. De otro lado, desde el derecho administrativo podemos encontrar varios supuestos específicos de conciliación.

11. PREGUNTAS

1. ¿Qué diferencia a la mediación y a la conciliación de la negociación a secas?
2. ¿Cuál es la diferencia entre la mediación y la conciliación?
3. ¿Cómo se determina si una conciliación es conveniente o no para un caso específico?
4. ¿Cuál es la estructura de la conciliación?
5. ¿Existen principios que irradian a la institución de la conciliación?
6. ¿Cuál es el margen de actuación de un conciliador?
7. ¿Cuáles son las fases del procedimiento conciliatorio?
8. ¿Puede hablarse de conciliación obligatoria en el Perú?

CAPÍTULO 6 EL ARBITRAJE

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. Definición y esquematización

El arbitraje es una vía de solución de conflictos en la que las partes someten una controversia específica a conocimiento y decisión vinculante de terceros designados por ellas. Esta sintetizada definición contiene diferentes elementos que merecen ser destacados.

- Controversia. El arbitraje, como cualquier otro MARC, presupone la existencia de un conflicto. Ahora bien, no todos los conflictos pueden ser llevados a arbitraje, solo aquellos que constituyen «materia arbitrable».
- Acuerdo. Para que un arbitraje se desarrolle es indispensable que las partes hayan manifestado su acuerdo a arbitrar. A esto se le denomina «convenio arbitral».
- Terceros designados por las partes. El arbitraje involucra la participación de terceros designados por las partes. Estos terceros toman el rol de juzgadores, puesto que se encargan de evaluar la controversia y resolver la misma. Estos son los denominados «árbitros».
- Decisión vinculante. Según señalamos en la viñeta anterior, los terceros evalúan y resuelven la controversia que les ha sido sometida.

Pues bien, esta solución expedida por los terceros es una solución «vinculante». Las partes que se someten a arbitraje se están sometiendo a la decisión de los árbitros, por lo que esta debe cumplirse. A la decisión vinculante de los árbitros se le denomina «laudo».

Todos estos aspectos serán evaluados por separado en los siguientes puntos.

1.2. ¿Naturaleza adversarial o cooperativa?

Según observamos, la negociación, la mediación y la conciliación son, todas ellas, mecanismos «cooperativos» de solución de conflictos. En estas las partes se dirigen a lograr una decisión que pueda satisfacer los intereses de ambas. Pues bien, frente a ello, el arbitraje tiene una naturaleza que podría considerarse «híbrida»: es cooperativa en su origen, pero adversarial en su desarrollo y culminación.

En cuanto a su origen, el arbitraje nace por la decisión de las partes de seguir dicho mecanismo (Briseño, 1963, p. 39). El acuerdo de las partes para arbitrar su controversia tiene un indiscutible contenido cooperativo: las partes de manera conjunta eligen el arbitraje y, como veremos más adelante, incluso pueden regular aspectos procedimentales del mismo. En términos simples, si bien las partes no cooperan para solucionar el conflicto, cooperan para determinar cómo se solucionará.

Una vez iniciado el arbitraje, la situación cambia. El procedimiento del arbitraje es adversarial (González de Cossío, 2008, p. 514). Dentro del procedimiento, las partes presentan un caso, plantean pretensiones, argumentan, niegan, refutan y, en última instancia, esperan que la decisión de los árbitros satisfaga su posición, sin mayor consideración a la posición contraria.

1.3. Las ventajas del arbitraje frente al proceso judicial

En tanto mecanismo de solución alternativo, el arbitraje puede ser comparado con el proceso judicial, a efectos de determinar qué beneficios y ventajas trae el primero. Así, tenemos las siguientes ventajas:

- Confianza en la decisión final. El hecho de que las partes elijan a los juzgadores genera, en cierta medida, confianza en la decisión que estos expedirán. Las partes pueden presumir que han dejado el conflicto en buenas manos porque ellas mismas eligieron dichas manos.
- Flexibilidad en el criterio de solución. Los jueces, como veremos más adelante, resuelven aplicando la ley. Por contraste, en el arbitraje las partes pueden determinar si el caso se resolverá de acuerdo a ley (arbitraje de derecho) o de acuerdo al criterio de justicia que manejen los árbitros (arbitraje de conciencia).
- Flexibilidad en el procedimiento. El arbitraje, recordemos, es un mecanismo que se funda en la voluntad conjunta de las partes. Sobre dicha base, sucede que las partes pueden regular aspectos técnicos del procedimiento arbitral según lo que mejor se acomode a sus intereses.

Por ejemplo, si dos partes requieren que la controversia se resuelva lo más rápido posible, pueden establecer que los árbitros tengan un plazo máximo de cien días para expedir su laudo.

- Confidencialidad. Frente a la naturaleza pública del proceso judicial, el arbitraje se erige como un procedimiento confidencial. Esto, en última instancia, se fundamenta en su naturaleza privada. En efecto, así como no existe motivo alguno para que una persona pueda exigir conocer todo lo relativo a un contrato de arrendamiento entre A y B. Así tampoco hay razón alguna para que las personas no involucradas en el arbitraje reclamen tener conocimiento de lo que sucede dentro del mismo.
- Idoneidad para controversias complejas. Según señalamos, en el arbitraje las partes eligen a los juzgadores (árbitros). Más aún, por regla general los árbitros no requieren ser abogados.

Esta libertad de elección de los juzgadores permite que las partes puedan escoger a personas especializadas según la materia de la

controversia. Por ejemplo, si dos partes tienen una disputa relativa a derechos de seguros y reaseguros, estas pueden escoger a especialistas en dicho campo. Del mismo modo, dado que los árbitros, por regla general, no deben ser abogados, una controversia sobre aspectos técnicos en la construcción de una represa puede ser resuelta por ingenieros, por ejemplo. El arbitraje, entonces, es idóneo para la solución de controversias técnica o jurídicamente difíciles.

El arbitraje, en síntesis, es un mecanismo de solución de controversias en el que la solución es vinculante y proviene de tercero(s) seleccionado(s) por las partes. Así: «La idea de arbitraje es la de una resolución vinculante de controversias aceptada con serenidad por aquellos que asumirán sus consecuencias debido a su especial confianza en los decisores seleccionados» (Paulsson, 2013, p. 1).

1.4. La materia arbitrable

Según señalamos en un capítulo anterior, los MARCs cuentan con un radio limitado de acción en cuanto a las materias que pueden ser resueltas a través de dichos mecanismos. En esa línea, para el caso del arbitraje, el radio de acción se limita a la denominada materia arbitrable.

Sustentado en la voluntad de las partes, el arbitraje, tanto en su procedimiento como en la decisión final que pone fin a la controversia se ve legitimado por la mencionada voluntariedad, por la confianza que tienen los particulares en este mecanismo y en el resultado que generará el mismo. Pero la voluntad de las partes en nuestro ordenamiento jurídico no está libre de límites. Y es que, claro, «[s]i una persona —en su esfera de libertad y autonomía de voluntad— puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza» (Caivano, 1998, p. 228). Empero, no todos los derechos son renunciables y así tampoco todas las controversias pueden someterse a arbitraje.

Los particulares, en principio, solo pueden someter ante árbitros aquellas controversias en las que estén en juego derechos «disponibles». En caso contrario, entra en acción la jurisdicción estatal: «El control constitucional opera cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha decidirse tienen carácter indisponible (derechos fundamentales, temas penales, etc.)» (fundamento 7, sentencia recaída sobre el expediente 0142-2011-PA/TC).

Y decimos «en principio» porque, en última instancia, la materia arbitrable dependerá de lo que establezca cada ordenamiento jurídico específico. Así, de acuerdo al artículo 2.1. de la Ley de Arbitraje peruana, «[p]ueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen». Entonces, en el Perú la materia arbitrable se conforma por a) materia de libre disposición (derechos que son disponibles) y b) otras materias establecidas por ley, o por acuerdos o tratados internacionales. A fin de cuentas es la ley la que decide qué materias son de «libre disposición» (Castillo & Vásquez, 2006, p. 76).

1.5. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje en el Perú

Según hemos visto, el arbitraje constituye un mecanismo de solución de controversias en el que un tercero expide una decisión final y vinculante. En última instancia, el árbitro cumple el mismo rol que el juez: administra justicia. Ante ello, en el Perú se ha pasado a entender y definir al arbitraje como «jurisdicción».

De acuerdo al artículo 139.1 de la Constitución¹, es un principio de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad, por lo que es imposible que haya jurisdicción independiente alguna, con la salvedad de la militar y la

¹ Artículo 139. «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

arbitral. Es decir, nuestra carta reconoce al arbitraje como una «jurisdicción privada» (fundamento 9, sentencia recaída sobre el expediente 6167-2005-PHC/TC), paralela a la jurisdicción estatal, lo que significa la potestad del justiciable para decidir si acude a una u otra.

Pues bien, ¿qué significa que el arbitraje sea jurisdicción? «Jurisdicción» proviene del latín *ius dicere*, que significa «decir derecho». Nuestro ordenamiento jurídico, entonces, considera que entre el árbitro y el juez existe una función equivalente: decir derecho.

Entonces, el arbitraje es jurisdicción. Y al ser jurisdicción, nuestro ordenamiento impone al arbitraje el cumplimiento y respeto de las garantías, derechos y deberes que conforman el debido proceso:

Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (fundamento 9, sentencia recaída sobre el expediente 6167-2005-PHC/TC).

2. EL CONVENIO ARBITRAL

2.1. Definición y alcances

El acuerdo de las partes para arbitrar se plasma en el convenio arbitral. Este convenio es, por cierto, un contrato y constituye una relación jurídica entre las partes, consistente en su sometimiento al mecanismo del arbitraje. El mismo se configura por dos elementos:

- Elemento «subjeto». Aquí nos referimos a la vinculación efectiva de los agentes involucrados. El convenio arbitral debe identificar

de manera clara quiénes son los sujetos que están sometiéndose a la vía del arbitraje.

- Elemento «objetivo». La institución del arbitraje, en tanto mecanismo de solución de conflictos, requiere de un conflicto que resolver. En esa línea, cuando las partes celebran un convenio arbitral para que este tenga una eficacia real es necesario que aquellas indiquen qué controversias o disputas seguirán la vía arbitral.

Ahora bien, estas controversias pueden ser «actuales» o «eventuales». En el primer caso, las partes tienen ya una disputa actual y deciden que la resolverán mediante arbitraje. En el segundo caso, las partes no tienen ningún conflicto, pero proyectan que ante alguna eventual controversia que pueda surgir, esta será resuelta mediante arbitraje.

En ambos casos el convenio arbitral delimita qué controversias seguirán la vía arbitral. Así, por ejemplo, si dos partes celebran un contrato de suministro, estas pueden acordar también que cualquier diferencia que surja respecto a la ejecución del contrato será resuelta en el arbitraje.

Para finalizar, es perfectamente posible que determinadas controversias entre dos agentes sigan la vía arbitral y otras controversias entre esos dos mismos agentes sigan la vía judicial. Siguiendo el ejemplo anterior, si el convenio arbitral se limita a cubrir controversias relativas a la ejecución del suministro, entonces si surgen problemas relativos a la ejecución y a la validez del contrato, los problemas relativos a la ejecución serán resueltos por árbitros, mientras que los relativos a la validez del contrato estarán a cargo de los tribunales judiciales².

2.2. La separabilidad de la cláusula arbitral

Según vimos, el convenio arbitral es un contrato y el mismo puede darse ante conflictos eventuales. Pues bien, en la práctica comercial lo usual

² Naturalmente, las partes podrían pactar extender el convenio arbitral hasta las controversias relativas a la validez o nulidad del contrato.

es que los agentes celebren contratos y que inserten en estos al convenio arbitral. Así, el convenio arbitral pasa a adquirir la forma de una cláusula arbitral.

Ahora, aun cuando el convenio arbitral tome la forma de cláusula arbitral, este se mantiene como un contrato distinto e independiente al contrato en el que se encuentra «insertado». Esto es lo que se conoce como «la separabilidad de la cláusula arbitral».

La separabilidad de la cláusula arbitral es muy importante para lograr que controversias relativas a la validez o eficacia del contrato en el que se insertó dicha cláusula puedan ser resueltas por los árbitros.

En efecto, imaginemos que no hubiese separabilidad de la cláusula arbitral. En un caso concreto, las partes acuerdan que las controversias relativas a la validez o eficacia del contrato comercial que las vincula serán resueltos mediante arbitraje. Este acuerdo se plasma en una cláusula arbitral insertada al contrato comercial celebrado entre las partes.

Ahora bien, una de las partes considera que el contrato comercial es nulo porque supuestamente la firma del representante de la contraparte ha sido falsificada.

Dado que no hay separabilidad de la cláusula arbitral, esta también se vería afectada por la supuesta nulidad del contrato comercial. En esa línea, la parte que considera que el contrato comercial es nulo debería recurrir a los tribunales judiciales a pedir la nulidad. Y es que, de no haber separabilidad de la cláusula arbitral, recurrir a arbitraje en este caso sería una contradicción, puesto que hacerlo implicaría afirmar que el convenio arbitral es válido, cuando justamente se está alegando que todo el contrato es inválido (firma falsificada).

En términos simples, gracias a la separabilidad de la cláusula arbitral, el hecho de que un contrato pueda ser inválido no afecta a la cláusula arbitral insertada en el mismo. Por tanto, la vía arbitral se mantiene como vinculante para las partes involucradas.

2.3. Los efectos del convenio arbitral

El convenio arbitral tiene dos efectos principales: uno negativo y otro positivo (Caballol, 1997, pp. 13 ss.).

- Efecto negativo. Se trata de la incompetencia de los tribunales judiciales para resolver aquellas controversias que estén dentro del ámbito de extensión objetiva del convenio arbitral. Es decir, los jueces deben abstenerse de abocarse a intervenir en determinados conflictos cuando para estos las partes acordaron que la resolución se daría mediante arbitraje.
- Efecto positivo. Se trata del sometimiento de las partes al arbitraje. Esto genera para las partes una obligación de no hacer, que es la de no acudir a los tribunales judiciales para resolver su disputa.

3. LOS ÁRBITROS

3.1. El árbitro. Definición y alcances de la figura

El árbitro es el sujeto encargado de la resolución del conflicto de las partes. Su encargo y legitimidad nacen del hecho de que fue seleccionado por las partes para ello. El árbitro, reiteramos, es quien tiene la obligación de resolver la controversia, es quien toma la decisión final sobre el caso (Redfern, Hunter, Blackaby & Partasides, 2006, p. 347).

Si vemos los conceptos de mediación y conciliación, observaremos que en el arbitraje el tercero tiene mayores prerrogativas que en las otras figuras. En efecto, recordemos que en la mediación el mediador tiene como tarea acercar a las partes y que estas puedan dilucidar su conflicto de manera cooperativa. En la conciliación, por su lado, el conciliador puede proponer soluciones, pero no imponerlas. Frente a ello, en el arbitraje los árbitros establecen la solución, la que es de obligatorio cumplimiento para las partes.

A continuación, veremos los aspectos más importantes respecto a a) la designación de árbitros y la conformación del tribunal arbitral, b) requisitos para ser árbitro y c) las obligaciones a cargo de los árbitros.

En cuanto a la designación de árbitros y la conformación del tribunal arbitral, tenemos que en el arbitraje dicho tribunal puede conformarse por un solo árbitro (tribunal arbitral unipersonal) o por varios (tribunal arbitral colegiado). En ambos casos, las partes son las que designan a los árbitros. Por regla general, en caso se haya acordado que solo habrá un árbitro, las partes deberán ponerse de acuerdo en quién será tal y, a falta de dicho acuerdo, se puede recurrir a otro mecanismo, como la elección aleatoria. Y si se acordó un tribunal arbitral colegiado, lo usual es que este esté conformado por tres árbitros y que cada parte elija a uno de ellos para que estos dos árbitros elegidos se pongan de acuerdo y designen a un tercero.

Naturalmente, la elección de un árbitro a cargo de una parte no está exenta de controles. Así, la Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (en adelante, Ley Modelo CNUDMI) concibe a los mecanismos de remoción³ y recusación⁴ para lograr cesar a un árbitro de su cargo. El primero se sustenta en que el árbitro no puede ejercer sus funciones (por ejemplo, por su edad muy avanzada). El segundo se produce cuando existen elementos que ponen en duda la imparcialidad

³ Artículo 12: «Motivos de recusación [...]. 2) Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

⁴ Artículo 14: «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones. 1) Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

con la que debe proceder en el arbitraje. En nuestro país estos mecanismos están reconocidos en los artículos 28 y 30 de la Ley de Arbitraje.

Sobre los requisitos para ser árbitro, por regla general, estos no existen. No obstante ello, la flexibilidad del arbitraje permite que las partes puedan establecer, si lo consideran conveniente, requisitos que los árbitros deban cumplir. Por ejemplo, las partes pueden pactar en el convenio arbitral que los árbitros deberán tener veinticinco años de experiencia como abogados.

En cuanto a las obligaciones de los árbitros, en adición a la obligación esencial de resolver la controversia, existen otras. Estas pueden clasificarse según su naturaleza. Así, tenemos obligaciones convencionales, legales y de carácter ético.

- Obligaciones convencionales. Son aquellas que, por decisión de las partes, recaerán sobre los árbitros. Así, las partes pueden pactar que los árbitros están obligados a expedir el laudo arbitral en un plazo máximo de cien días (Redfern, Hunter, Blackaby & Partasides, 2006, p. 352).
- Obligaciones legales. Son aquellas que están establecidas por la ley. Así, la Ley de Arbitraje peruana establece que el laudo deberá estar por escrito, por lo que los árbitros están en la obligación de presentar el mismo en un documento.
- Obligaciones éticas. Son aquellas que se derivan de la conducta moral que debe tener el árbitro en el ejercicio de su labor. La principal aquí es la obligación de imparcialidad⁵: el árbitro debe proceder de manera objetiva, sin preferir ni perjudicar a alguna de las partes.

⁵ En realidad, debemos tener presente que la imparcialidad es un deber para cualquier tercero que participe en la resolución de un conflicto. Sea que el tercero tenga rol de mediador, conciliador, árbitro o perito, es evidente que este debe obrar de manera objetiva. El principio de imparcialidad, así visto, es inmanente a los mecanismos de resolución de conflictos en que participe un tercero.

En la práctica, no obstante, puede suceder que estas obligaciones éticas estén también contenidas en ley o en el acuerdo de las partes, por lo que estamos frente a una categoría que no excluye a las otras dos.

3.2. La competencia de los árbitros

El sometimiento de un problema en específico a un tribunal arbitral implica la asignación, que hacen las partes, de competencia a este tribunal para la resolución del conflicto. Esto se manifiesta en a) el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, que involucra la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia en cuanto al fondo del asunto; y b) la plena y exclusiva competencia de los árbitros para conocer el fondo de la discusión.

3.2.1. El principio de *Kompetenz-Kompetenz*

Este principio se refiere a la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia sobre la controversia.

En la práctica, no es inusual que alguna de las partes se oponga al desarrollo del arbitraje alegando que no corresponde dicha vía para la controversia. Así, el objetante podría señalar que el convenio arbitral es nulo, que la controversia que se pretende resolver no constituye materia arbitrable, etcétera. Frente a tales cuestionamientos, es el propio tribunal arbitral el que puede evaluar dichas cuestiones y definir así si cuentan con la competencia para resolver la controversia.

Ahora bien, tengamos presente que esta competencia del tribunal arbitral no es exclusiva. El principio de *Kompetenz-Kompetenz* otorga a los árbitros la primera palabra para definir respecto a si son competentes para conocer la controversia o no, pero esta no es la única palabra. En realidad, los tribunales nacionales pueden intervenir *ex post* en el arbitraje y verificar si realmente el tribunal arbitral contaba con competencia.

En nuestro país, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* se encuentra reconocido en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje⁶.

3.2.2. La competencia exclusiva sobre el fondo del asunto

El otorgamiento de competencia al tribunal arbitral implica que este adquiere exclusivamente la potestad para resolver el conflicto. Este sentido «exclusivo» involucra que ninguna otra autoridad puede abocarse a resolver la controversia que ya se encuentra bajo competencia del tribunal arbitral.

Así, la exclusividad de la competencia del tribunal arbitral deriva en que, por ejemplo, una misma controversia no pueda ventilarse en un arbitraje y en un proceso judicial, o que no pueda apelarse ante los tribunales el laudo arbitral. Esto obedece, en última instancia, a la voluntad de las partes. De este modo:

[L]a razón de esta incompetencia [se refiere a la incompetencia judicial] es muy sencilla. Porque las partes, cuando permitidas por la ley, renunciaron a la jurisdicción del Estado y apostaron por el arbitraje para resolver una controversia, lo hicieron en la lógica de que, por las razones que fueren, los magistrados judiciales no resolvieran su pendencia. Sustrajeron de este modo, el fondo de lo reclamado, la litis misma, de la competencia judicial (Castillo & Vásquez, 2006, pp. 198-199).

Nuestro ordenamiento jurídico es claro en cuanto a este tema. Así, primero tenemos una disposición expresa que deja constancia de la

⁶ Artículo 41: «Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. 1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales».

exclusiva competencia de las partes sobre el fondo del asunto (artículo 40⁷ de la Ley de Arbitraje) y luego la ley también prohíbe a los jueces entrar, en el marco de la resolución de demandas de anulación de laudo, al fondo del asunto (artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje⁸).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la competencia exclusiva sobre el fondo se limita a la resolución de la controversia. Los árbitros, en esa línea, carecen de las atribuciones necesarias para ejecutar la resolución que ellos expiden. Así por ejemplo, los árbitros pueden concluir que X debe pagarle a Z US\$ 5 000 000, pero no pueden ordenarle al Banco que congele las cuentas bancarias de Z y que entregue el dinero contenido en las mismas a X. En otros términos, los árbitros pueden conocer y resolver, pero no ejecutar (Ledezma, 2009, pp. 40 ss).

En síntesis, tenemos que la competencia de los árbitros para resolver el fondo del asunto es exclusiva. La causa última de esto es la decisión de las partes, las que otorgan competencia a los árbitros y vetan a los jueces para ingresar a resolver la misma. Esta competencia se limita a conocer y resolver el caso, puesto que los árbitros no pueden ejecutar sus decisiones.

4. EL LAUDO ARBITRAL

La decisión final a través de la cual los árbitros expiden la solución al conflicto sometido a su competencia se materializa en el laudo arbitral. Con el laudo, los árbitros ponen fin —en teoría— al encargo delegado por las partes. A continuación, veremos las principales características del laudo arbitral:

⁷ Artículo 40: «Competencia del tribunal arbitral. El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas».

⁸ Artículo 62: «Recurso de anulación. [...] 2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

- El laudo contiene una solución expedida conforme a derecho o según criterios de justicia. Para este punto consideramos pertinente remitirnos a la exposición de la distinción entre «arbitraje de derecho» y «arbitraje de conciencia» que se hace en un apartado posterior.
- Decisión final. El laudo arbitral constituye una decisión final e inapelable. Veámoslo de esta manera: una sentencia judicial puede ser apelada; por contraste, contra el laudo no procede ningún recurso dirigido a cuestionar el fondo de la decisión o sus motivos⁹. Sin perjuicio de ello, cabe anotar que sí se pueden plantear determinadas solicitudes enlazadas al contenido del laudo arbitral. Así, el artículo 33 de la Ley Modelo CNUDMI¹⁰ consigna que el laudo puede ser objeto de una solicitud de corrección o una

⁹ Sin perjuicio de ello, existen supuestos en que el laudo sí puede ser apelado. Esto se daría cuando las partes así lo establecen o cuando el propio ordenamiento jurídico dispone que el laudo no es una decisión final, sino más bien una decisión pasible de ser revisada.

¹⁰ Artículo 33: «Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional.

1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

- a) cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;
- b) si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

- 2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el apartado a del párrafo 1 del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.
- 3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal

solicitud de interpretación (así como también de un pedido de laudo adicional). En el Perú, según el artículo 58.1 de la Ley de Arbitraje¹¹, pueden plantearse cuatro solicitudes distintas contra el laudo expedido:

- Solicitud de corrección. Su objetivo es solucionar errores tipográficos, de cálculo (por ejemplo, en todo el laudo se señaló que el daño asciende a US\$ 3 000 000, pero al final se ordena pagar US\$ 300 000) u otros similares.
- Solicitud de interpretación. Si una de las partes considera que alguna de las decisiones que el laudo contiene no es clara, puede solicitar que la misma sea objeto de interpretación.
- Solicitud de integración. Esta solicitud se da cuando el laudo incurre en un defecto de tipo *citra petita*. Es decir, cuando las partes pidieron al tribunal arbitral que resuelva las controversias A, B, C y D, pero al final el tribunal solo se pronuncia sobre A, B y C.

arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

- ¹¹ Artículo 58: Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo. «1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
- a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
 - b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
 - c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
 - d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje».

- Solicitud de exclusión. Esta se da cuando el laudo incurre en defectos de tipo *ultra petita* o *extra petita*. Es decir, cuando el laudo excede cuantitativa o cualitativamente lo pedido. Ejemplo de supuesto *ultra petita*: X requirió a Z el pago de una indemnización de US\$ 50 000; y el tribunal arbitral resuelve que la indemnización debe ser de US\$ 85 000. Ejemplo de supuesto *extra petita*: las partes pidieron que se resuelvan las controversias M, N, O y P y el tribunal arbitral resuelve las mismas más la controversia S.
- El laudo arbitral tiene mérito ejecutivo. No cabe mayor discusión o cuestionamiento contra lo que ha resuelto. Así, el laudo arbitral constituye título ejecutivo y puede ser llevado a un proceso judicial de ejecución para lograr la materialización de sus efectos en la realidad.

5. IMPUGNACIÓN DEL ARBITRAJE

El arbitraje no es una institución ajena a o exenta de los controles judiciales propios de cada estado. En realidad, los tribunales nacionales pueden abocarse a determinar si, bajo su consideración, el arbitraje, su laudo, o sus efectos son válidos o no. Esto se materializa, por regla general, a través de la acción de anulación del laudo. En el caso específico del Perú, son dos los mecanismos para cuestionar al arbitraje: a) la ya mencionada anulación del laudo y b) el amparo contra el arbitraje. Ambos serán evaluados a continuación.

5.1. La anulación del laudo

El mecanismo de impugnación de arbitrajes por excelencia es el de anulación del laudo. A través del mismo se busca la invalidez del laudo arbitral sustentada en anomalías determinadas. La anulación del laudo, cabe precisar, puede darse por a) defectos en el laudo o b) defectos en el arbitraje sobre cuya base se expidió el laudo.

Las causales específicas de anulación dependerán, en última instancia, de lo que regulen las normas de cada ordenamiento específico. Por ello, consideramos pertinente tener presentes las causales reguladas por la Ley Modelo CNUDMI, toda vez que esta ley constituye un cuerpo normativo de referencia global. Así, de una lectura a su artículo 34(2)¹² podemos extraer las siguientes causales:

- Acuerdo de arbitraje inválido. Si el convenio arbitral es nulo, anulable, inexistente o ineficaz es evidente que en tal caso el arbitraje construido sobre dicho acuerdo es inválido y, por tanto, el laudo debe ser anulado.
- Violación del debido procedimiento. El arbitraje, en tanto mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, está sometido

¹² Artículo 34: «La petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral [...].
2) El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

- a) la parte que interpone la petición pruebe:
 - i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
 - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
 - iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o
 - iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
- b) el tribunal compruebe:
 - i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado».

a cumplir ciertas normas procedimentales mínimas. En términos simples, «el objetivo es garantizar que las partes reciban un tratamiento equitativo y tengan la oportunidad de una audiencia justa y de hacer valer sus derechos» (Redfern, Hunter, Blackaby & Partasides, 2006, p. 570). El arbitraje debe respetar un conjunto mínimo y nuclear de derechos «procedimentales»: el derecho a una decisión imparcial, el derecho a defenderse, etcétera, y por tanto el incumplimiento a este mínimo derivará en la anulación del laudo.

- Cuestiones relativas a la jurisdicción de los árbitros. La anulación del laudo también se produce cuando el laudo resuelve sobre aspectos que escapaban al alcance del arbitraje. Así, si se resuelven a) materias ajenas al ámbito del convenio arbitral o b) cuestiones distintas a las que las partes sometieron a los árbitros, entonces los árbitros habrán excedido su jurisdicción y, por tanto, el laudo, en cuanto a la parte excedente, deberá ser anulado.
- Incumplimiento de disposiciones convencionales o legales relativas al procedimiento o a la composición del tribunal arbitral. En adición a las normas procedimentales mínimas, las partes pueden establecer reglas procesales de diferente magnitud y complejidad para el procedimiento o para la conformación del tribunal arbitral. Asimismo, la ley también puede establecer otras disposiciones (de aplicación supletoria) para ambos temas. Pues bien, el incumplimiento de las referidas disposiciones derivará en la anulación del laudo.
- Inarbitrabilidad de la materia. Si los árbitros resolvieron controversias que constituían materia no arbitrable, naturalmente el laudo deberá ser anulado.
- Vulneración al orden público. Estamos aquí frente a un concepto bastante difuso y problemático. Por «orden público» podemos definir a aquellas «naciones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico» (González de Cossío, 2004, p. 429).

- La vulneración de dichas nociones implicará la anulación del laudo, puesto que representa un atentado contra el «corazón» del marco jurídico.

En nuestro ordenamiento jurídico, la anulación del laudo se encuentra reconocida en el artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje¹³. Las causales, por cierto, constituyen una lista cerrada, por lo que cualquier supuesto que no encuadre en alguna de ellas no podrá dar lugar a la anulación del laudo.

5.2. El amparo en el Perú como vía para supuestos excepcionales

En nuestro ámbito nacional, el ordenamiento jurídico otorga una vía adicional para impugnar el laudo: el denominado amparo «arbitral». Este procede solo en tres supuestos determinados (fundamento 21, sentencia sobre el expediente 00142-2011-PA/TC): a) la afectación directa a precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; b) el ejercicio de control difuso, por parte de los árbitros, sobre normas que el Tribunal

¹³ Artículo 63: «Causales de anulación. 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este decreto legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral».

Constitucional o el Poder Judicial han declarado constitucionales; y c) reclamo de un tercero ajeno al arbitraje sustentado en la afectación a sus derechos constitucionales.

6. TIPOS DE ARBITRAJE

Existen muchas formas de realizar clasificaciones al arbitraje. Así, de manera referencial, podemos presentar las siguientes:

- Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia.
- Arbitraje entre particulares y arbitraje con componente público.
- Arbitraje doméstico y arbitraje internacional.
- Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones.
- Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional.

A continuación, desarrollaremos brevemente cada uno de estos tipos de arbitraje.

6.1. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia

El arbitraje, desde sus orígenes, siempre ha tenido vocación de administrar justicia. Esta es la razón por la que no podía concebirse un arbitraje en el cual el árbitro decidiese en función a preferencias subjetivas, al mero arbitrio o a la aleatoriedad. En otras palabras, el árbitro debía decidir según criterios determinados, criterios de justicia. A este arbitraje lo podemos denominar arbitraje de conciencia, arbitraje de equidad, arbitraje *Ex Aequo Et Bono* o *amicable arbitration*.

Históricamente, sin embargo, el arbitraje dejó de lado el criterio «de justicia» para resolver los conflictos con las normas legales disponibles (Sologuren & Purizaga, 2014, pp. 31-32). En esos casos, el arbitraje pasó a considerarse como uno «de derecho».

El arbitraje, entonces, es clasificable según qué se utiliza para resolver la controversia. En el arbitraje de conciencia, los árbitros pueden resolver

de acuerdo a principios y reglas que ellos consideren óptimos para lograr que, en el caso concreto, se resuelva la controversia con justicia y equidad. En el arbitraje de derecho, los árbitros aplican las leyes del ordenamiento jurídico. En el caso peruano, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a ambos tipos de arbitraje y, por regla general, permite que las partes puedan elegir entre uno y otro (artículo 57 de la Ley de Arbitraje).

6.2. Arbitraje entre particulares y arbitraje con componente público

La concepción estándar del arbitraje, entendido como un mecanismo de solución de controversias voluntario y entre privados, ha cedido ante nuevas tendencias en el arbitraje. Así, no es inusual que un Estado sea una parte en el arbitraje.

En esa línea, se puede diferenciar entre arbitrajes en los que solo participan particulares y arbitrajes en los que existe un componente público. La distinción es pertinente, toda vez que la participación del Estado en el arbitraje deriva en disposiciones especiales para los arbitrajes en que aquel intervenga como parte¹⁴. Así, «es necesario un tratamiento diferenciado de los arbitrajes en los que intervienen partes estatales» (Santistevan de Noriega, 2015).

6.3. Arbitraje doméstico y arbitraje internacional

La globalización y el consiguiente crecimiento cuantitativo y cualitativo del comercio y de la inversión internacional son fenómenos indiscutibles en la actualidad. Cada día, se celebra un número indeterminado —pero altísimo— de contratos entre agentes de distintas nacionalidades, o que cuyo objeto o consecuencias no se limitan a una circunscripción nacional específica. En tal sentido, constituiría una visión limitada entender a las

¹⁴ Véanse el decreto legislativo 1224 (Asociaciones Público Privadas), el decreto legislativo 1192 (expropiaciones), el decreto legislativo 1158 (arbitrajes en los que participan entidades estatales prestadoras de salud), entre otros.

relaciones comerciales como aquellas que se dan solo entre dos agentes de un mismo país, o que versen y afecten exclusivamente elementos de un solo Estado.

Pero, sea cual sea el «tipo» de relación comercial, es evidente que la misma puede generar conflictos entre las partes. Se hacen necesarios, en esta línea, mecanismos de solución que puedan resolver tales controversias. Y es aquí donde aparece el arbitraje, el que tanto por la comunidad mercantil nacional (Bullard, 2008, p. 146) como por la internacional (González de Cossío, 2004, p. 2) ha sido aceptado como el medio preferente para la solución de conflictos.

Para el arbitraje es pertinente distinguir entre aquellos casos en los que los elementos y participantes pertenecen exclusivamente a un fuero nacional de aquellos en los que no. Esto se debe a que, en los últimos, la complejidad usualmente es mayor, puesto que se hace necesario recurrir al derecho internacional privado para encontrar la ley aplicable a los temas de forma (validez del acuerdo arbitral, procedimiento a seguir) como de fondo (la controversia) (Caivano, 2000, p. 314).

Los criterios o elementos para calificar a un arbitraje como «internacional» son variados: la nacionalidad de los agentes involucrados, sus domicilios, el derecho aplicable al fondo, la sede del arbitraje, etcétera (García-Calderón, 2004, p. 44).

En el Perú, la Ley de Arbitraje, en su artículo 5¹⁵, establece los elementos que configuran que un arbitraje tenga el carácter de internacional. Sobre ello, tenemos que el arbitraje será internacional, bajo el prisma de la norma peruana, cuando a) las partes tengan domicilios en Estados diferentes;

¹⁵ Artículo 5: «Arbitraje internacional. 1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
- b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
- c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más

b) la sede del arbitraje se ubica en un Estado distinto al del domicilio de las partes; y c) el objeto de la controversia o el cumplimiento de las obligaciones de la relación que da pie al arbitraje se encuentra más próxima a otro Estado, en los casos en que las partes domicilien en el Perú.

Por contraste, entonces, será arbitraje nacional aquel que involucre a partes que domicilien, ambas, en el Perú, con sede del arbitraje en nuestro país y que el objeto de la controversia o el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación entre las partes no se encuentren más próxima a otro Estado que al peruano.

6.4. Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones

Desde sus orígenes el arbitraje ha sido preponderantemente empleado para resolver cuestiones comerciales. El arbitraje «comercial», así, no es más que un arbitraje cuya nota distintiva radica en que versa sobre controversias relativas a las incidencias propias de la circulación económica de bienes y servicios. Casi siempre, por cierto, este involucra a dos particulares.

Frente a ello, el arbitraje de inversiones es algo más reciente. Constituye una nueva respuesta a la solución en las controversias entre empresas inversoras y estados anfitriones (receptores de la inversión). Anteriormente, el inversionista solo contaba, en esencia, con dos vías para realizar sus reclamos: la vía jurisdiccional interna y la vía de la protección diplomática (Cantuarias, 2007, pp. 555 ss.). La insuficiencia y problemas de ambas vías derivaron en que surja el arbitraje de inversiones.

En esencia, a través del arbitraje de inversiones un inversionista puede reclamar a un Estado por aspectos relativos a la inversión que realizó dentro

estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral».

del estado demandado¹⁶. Por contraste, en el arbitraje comercial son solo particulares los que participan, en mérito a una cuestión controvertida entre ellas.

Naturalmente, el arbitraje no puede limitarse a la dualidad de arbitraje comercial frente a arbitraje de inversiones. Existen disputas sobre otras materias que también pueden ser llevadas a arbitraje; mas, no obstante, las dos primeras son preponderantes por la magnitud de su empleo e importancia.

6.5. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional

En el arbitraje es usual que la administración y gestión procedimental del mismo recaiga en persona distinta a los árbitros. Pues bien, un arbitraje puede clasificarse según quién asume esta labor. Así, a) el arbitraje será institucional cuando sea administrado por una institución dedicada a tal fin y b) el arbitraje será *ad hoc* cuando su administración no recaiga en ninguna institución, sino en una persona natural que actúa por su propia cuenta.

En términos prácticos, esta administración implica dos cosas: primero, si el arbitraje es institucional, la elección de los árbitros se dará sobre una nómina de árbitros inscritos a la institución; para el caso del arbitraje *ad hoc*, el árbitro no tendrá que estar inscrito en ninguna institución. Segundo, la administración se da a través de la figura del secretario arbitral. Este es el que se encarga de los aspectos formales, logísticos y técnicos del procedimiento arbitral. En un arbitraje institucional, el secretario tiene ese rol en función a su vínculo con la institución. Por contraste, en un arbitraje *ad hoc*, el secretario cumple ese rol en nombre propio.

¹⁶ El concepto de arbitraje de inversiones es más complejo y extenso. No obstante, para este libro nos limitaremos a dicha definición básica y esencial.

7. SÍNTESIS

1. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos en el que las partes eligen a los encargados de resolver la controversia. En el arbitraje, entonces, son terceros, designados por las partes, quienes resuelven un conflicto, y esa resolución es de carácter vinculante.
2. Los elementos estructurales de un arbitraje son los siguientes: a) controversia, b) acuerdo de las partes para resolver la controversia a través del arbitraje, c) terceros designados (árbitros) por las partes y d) decisión vinculante de los árbitros.
3. En su origen, el arbitraje es cooperativo toda vez que las partes se ponen de acuerdo en que sus controversias se resolverán a través de este mecanismo. No obstante, una vez iniciado el procedimiento arbitral, este se vuelve adversarial, puesto que las partes presentan un caso y cada una busca que su posición prime sobre la posición de la otra.
4. El arbitraje tiene, frente al clásico proceso judicial, diferentes ventajas: a) confianza de las partes en la decisión final, b) flexibilidad en el criterio empleado para solucionar la controversia, c) flexibilidad en el procedimiento, d) confidencialidad, e) idoneidad para controversias complejas.
5. Como cualquier otro MARC, el arbitraje no puede aplicarse para resolver cualquier clase de controversias. Así, solo aquellas materias que constituyan «materia arbitrable» podrán ser llevadas a arbitraje. Sobre la materia arbitrable, esta se conforma por derechos disponibles y por supuestos adicionales que la ley establezca como arbitrables.
6. En el Perú, el arbitraje es considerado jurisdicción. Esto, en sentido práctico, implica que al arbitraje le son aplicables todos los derechos, garantías y deberes del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva.

7. El arbitraje se sustenta en un convenio arbitral. Este es un contrato mediante el cual las partes se someten a la vía arbitral para determinadas controversias (esto depende de lo que las partes pacten). El convenio arbitral, por cierto, puede celebrarse ante controversias actuales o eventuales. En esencia, el convenio arbitral debe contar con la identificación de las partes y con la indicación precisa de aquellas materias que serán sometidas a arbitraje.

Por regla general, es usual que el convenio arbitral esté insertado en otro contrato, supuesto en el que pasa a ser denominado «cláusula arbitral». Esto, empero, no modifica el hecho de que el convenio arbitral sea, por sí mismo, un contrato. Más aún, la cláusula arbitral es separable del contrato en el que está inserta. De esta forma, se garantiza que los árbitros puedan resolver controversias que involucren incluso la validez y eficacia del contrato en el que se encuentra la cláusula arbitral.

8. El convenio arbitral genera dos efectos. Por un lado, un efecto positivo, que consiste en la obligación de las partes de no recurrir a los tribunales nacionales ante disputas que están dentro del ámbito del convenio arbitral. Por otro, un efecto negativo, que consiste en la abstención de los tribunales nacionales para conocer y resolver las referidas disputas.

9. La resolución de la controversia en el arbitraje está a cargo de los árbitros. Estos son terceros designados por las partes. Usualmente, el tribunal arbitral está conformado por una o tres personas. En el primer caso, lo ordinario es que las partes se ponen de acuerdo para la designación; y en el segundo, lo estándar es que cada parte elige a un árbitro y estos dos árbitros eligen al tercer árbitro.

10. Por regla general, las partes son libres para elegir a sus árbitros. Sin perjuicio de ello, las partes cuentan con las solicitudes de recusación o remoción cuando tengan fundadas dudas sobre la imparcialidad del árbitro o sobre su capacidad para ejercer el cargo, respectivamente.

11. De otro lado, no hay requisitos especiales que deben cumplirse para ser árbitro. Bastaría, por regla general, ser ciudadano en ejercicio. No obstante, las partes pueden establecer requisitos especiales que los árbitros deberían cumplir (por ejemplo, exigir título profesional de abogado).
12. En cuanto a sus obligaciones, los árbitros tienen que cumplir con un conjunto variado de prestaciones. Además de la obligación principal de resolver el caso, sobre el árbitro recaen obligaciones legales, convencionales y éticas.
13. Los árbitros cuentan, en esencia, con competencia para dos temas distintos: a) competencia para definir su propia competencia sobre el fondo y b) competencia exclusiva para resolver el fondo del asunto.

En cuanto a la primera, esta implica que el tribunal arbitral es el que decide sobre la validez de su constitución y la extensión de sus facultades para la resolución de las controversias que les son sometidas. Respecto a la segunda, sucede que ningún otro agente, sea un organismo judicial, administrativo o un particular cualquiera, puede irrogarse la potestad de resolver el conflicto sometido a juicio del tribunal arbitral. El tribunal arbitral es el único que puede resolver la controversia si las partes lo dispusieron así.

14. A través del laudo arbitral, se pone fin a la controversia sometida a arbitraje. Dicho laudo contiene la solución expedida por los árbitros frente a la controversia. La misma es una decisión final puesto que esta es inapelable. Finalmente, cabe destacar que el laudo arbitral en el Perú constituye título ejecutivo, lo que permite que pueda ser presentado ante los tribunales nacionales en un proceso de ejecución para lograr que sus decisiones se materialicen en la realidad.
15. El arbitraje no está exento de control judicial. En específico, para el caso peruano, la impugnación del arbitraje puede manifestarse

a través de a) la anulación del laudo y b) una acción de amparo contra el arbitraje.

Por un lado, la anulación del laudo se dirige a cuestionarlo sobre la base de anomalías que afectan irremediablemente al arbitraje en general o al laudo en específico. Los supuestos que derivan en la anulación del laudo se encuentran en el artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje.

Asimismo, en el Perú puede plantearse amparo contra arbitrajes. Empero, el amparo solo resultará procedente en los siguientes casos: a) la afectación directa a precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; b) el ejercicio de control difuso, por parte de los árbitros, sobre normas que el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial ha declarado constitucional; y c) el reclamo de un tercero ajeno al arbitraje que se sustente en la afectación a sus derechos constitucionales.

16. El arbitraje puede ser clasificado de diferentes maneras. Así:

- Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia. El primero involucra resolver la controversia con las normas del ordenamiento jurídico; el segundo es aquel en el que los árbitros resuelven la controversia bajo el concepto que tienen de equidad y justicia.
- Arbitraje entre privados y arbitraje con componente público. En el primero, los agentes involucrados son particulares. En el segundo, cuando menos una de las partes es una entidad estatal. La distinción es particular toda vez que la existencia de un componente público en el arbitraje necesariamente impacta en la estructura y contenido de esta última.
- Arbitraje doméstico y arbitraje internacional. En el caso de que el arbitraje se dé entre partes con domicilios distintos, o la sede esté en un lugar distinto al domicilio de las partes, o el objeto de la controversia o las obligaciones estén más estrechas a otro

Estado, el arbitraje será internacional. En caso contrario, el arbitraje será doméstico.

- Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones. El arbitraje comercial involucra disputas entre particulares relativas a las incidencias propias de la circulación económica de bienes y servicios. El arbitraje de inversiones se enmarca en la dinámica de particulares que invierten y realizan iniciativas empresariales en países extranjeros.
- Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. Esta clasificación se da en función a quién se encarga de la administración del arbitraje. Si el arbitraje es administrado por una institución, será institucional; si el arbitraje es administrado por una persona natural por cuenta propia, será *ad hoc*. En términos prácticos, la administración del arbitraje se da a través de la figura del secretario arbitral, quien se encarga de aspectos procedimentales y logísticos del arbitraje. Asimismo, en los arbitrajes institucionales los árbitros deberán estar inscritos en una nómina propia de la institución administradora.

8. PREGUNTAS

1. ¿Qué define al arbitraje?
2. ¿El arbitraje es un mecanismo adversarial o cooperativo de solución de conflictos?
3. ¿Cuáles son los elementos estructurales del arbitraje?
4. ¿Qué significa que un convenio arbitral sea separable?
5. ¿Qué competencias tienen los árbitros?
6. ¿Existen mecanismos para cuestionar al arbitraje? ¿Cuáles son?

CAPÍTULO 7

EL PROCESO JUDICIAL

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En estricto, este libro se ha enfocado en dos temas: la teoría del conflicto y los MARCs. Y justamente los MARCs tienen la etiqueta de «alternativos» puesto que son vías distintas a una vía clásica y tradicional: el proceso judicial.

Estudiar el proceso judicial implicaría dejar el campo del derecho de los MARCs —línea de estudio más que evidente en este manual— y pasar a una nueva disciplina, la del derecho procesal. Recordemos que, según expusimos en el capítulo 1, los conflictos también pueden ser estudiados bajo el enfoque del derecho procesal.

En este capítulo, entonces, presentaremos los principales lineamientos del proceso judicial como mecanismo de solución de conflictos.

2. EL ROL DE LOS TRIBUNALES NACIONALES Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

2.1. Los tribunales y su existencia indispensable para la garantía de los derechos sustantivos

Ejemplo 1:

Supongamos que usted celebra un contrato con una empresa para que esta le provea mensualmente de toneles de vino. Al tercer mes, la empresa deja de cumplir con el suministro acordado y alega que usted ha incumplido diversas estipulaciones del contrato. Frente a ello, usted busca recurrir a un mecanismo cooperativo de solución: trata de contactarse con la otra parte para llegar a un acuerdo. No obstante, la contraparte se rehúsa a comunicarse con usted. Usted trata insistentemente de reunirse para dialogar pero la contraparte simplemente no responde ni se deja ver.

Ejemplo 2:

Supongamos que usted está manejando y un ladrón detiene su vehículo y bajo amenaza hace que usted salga del mismo y se lo lleva. Dado que instaló un localizador GPS en su auto, usted sabe dónde se encuentra el mismo y posteriormente determina también la identificación del ladrón.

Ejemplo 3:

Usted va a trabajar para una empresa hace veinticinco años. Un día, sin previo aviso y sin razón alguna, la empresa le informa que está despedido. Usted sabe que en el Perú el despido arbitrario es ilícito y que aún si el despido fuese válido, debería pagársele por diferentes conceptos debido a la extinción de la relación laboral, cosa que la empresa no ha hecho. Usted trata de conversar con su empleador, pero este se vale de su personal de seguridad para mantenerlo alejado cada vez que trata de ingresar a las oficinas de su extrabajo.

¿Qué puede hacer en estos tres ejemplos? ¿Cómo lograría usted hacer valer sus derechos? La respuesta es evidente: recurriría a los tribunales judiciales para solicitar la tutela de sus derechos. Y es así como se puede notar la vital importancia de los tribunales judiciales para un ordenamiento. Sin tribunales los derechos que ostentamos serían meramente ilusorios. Sin tribunales no podríamos reclamar la protección de nuestras propiedades, tampoco el cumplimiento de normas obligatorias y ni siquiera los derechos fundamentales podrían estar garantizados (por ejemplo, sería perfectamente posible que usted, en un descuido, sea esclavizado y nada podría hacer contra ello).

Los derechos materiales, entonces, no podrían materializarse en la realidad de no existir tribunales. El proceso judicial «garantiza» la aplicación de los derechos materiales y evita, por tanto, que estos no sean entelequias sin ningún valor real y tangible.

2.2. La tutela jurisdiccional efectiva

En el apartado anterior presentamos la importancia de la existencia de tribunales judiciales. No obstante, la existencia de estos tribunales tampoco sería realmente útil si es que los mismos no estuviesen enmarcados en un sistema de protección de derechos. Ello, empero, es solo una parte de lo que se conoce como «tutela jurisdiccional efectiva».

¿Qué es la tutela jurisdiccional efectiva? Reconocida en el artículo 139 de la Constitución, esta consiste en el derecho de cualquier persona a recurrir a los tribunales judiciales con el fin de obtener justicia. A través de ella, se garantiza que las personas no queden en un estado de indefensión y vulnerabilidad ante cualquier atentado contra sus derechos o intereses (jurídicamente protegidos) (Sumaria, 2014, pp. 143 ss.).

El concepto de tutela jurisdiccional efectiva puede esquematizarse en diferentes fases o grados. Así:

- Tutela jurisdiccional de primer grado o acceso a la justicia. Señalamos en el apartado anterior la importancia de la existencia de los tribunales. Pues bien, tan importante como su existencia es la posibilidad de acceder a los mismos. Las personas tienen derecho a recurrir ante los jueces y a, bajo ningún concepto, no ser apartados de las cortes (desvíos de jurisdicción).
- Tutela jurisdiccional de segundo grado o proceso justo. No basta con poder acceder a un tribunal para presentar un reclamo o defenderse de un reclamo ajeno; es necesario también que se siga un proceso objetivo, equilibrado y «debido». De esta forma, aquí aparece el debido proceso: las partes deben seguir una dinámica conformada por una serie de derechos —derecho a ser escuchado, a ofrecer pruebas, a la defensa, etcétera— que garanticen la justicia del proceso.
- Tutela jurisdiccional de tercer grado o respuesta cualitativa. El seguimiento y finalización de un (debido) proceso debe derivar en una respuesta congruente, adecuada, razonable y oportuna del órgano jurisdiccional. Aquí aparece, por ejemplo, el derecho a la debida motivación de la sentencia, el que garantiza que la decisión judicial no sea arbitraria, sino que responda a razones objetivas y válidas.
- Tutela jurisdiccional de cuarto grado o eficacia. La tutela jurisdiccional efectiva no sería efectiva si las sentencias expedidas

por jueces no tuviesen ningún valor real. Así, es necesario que las sentencias puedan ser ejecutadas para materializar la justicia administrada por los órganos jurisdiccionales (Chamorro, 1994).

3. EL PROCESO JUDICIAL COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Bajo el derecho procesal, el proceso judicial es el mecanismo de solución de conflictos «por excelencia». Es decir, más allá de su carácter subsidiario, el proceso judicial es un mecanismo que garantiza la administración de justicia e inclusive asegura la paz social.

Lo cierto es que el proceso judicial es un mecanismo de solución de conflictos. Aun cuando desde los MARCs el proceso judicial sea criticado por la ausencia de una decisión que sea de aceptación y acuerdo de todos los involucrados, a su manera, el proceso judicial provee soluciones para las disputas que ocurren dentro de la sociedad.

Ahora bien, una pregunta importante desde el derecho procesal es cómo es que el proceso judicial asegura decisiones «justas». Esto porque el proceso judicial solucionará conflictos en la medida en que emita decisiones que sean conforme a justicia.

En específico, para que el proceso judicial sea justo debe haber justicia en a) el procedimiento y b) en el resultado (Rivas, 2017). Pasaremos ahora a explicar cada uno de estos puntos.

3.1. La justicia en el resultado

Bajo el derecho procesal, los jueces administran justicia. Pero, ¿cómo se produce esto? La respuesta es bastante simple: a través de decisiones «justificadas». Esto, aunque quizás a primera vista no tenga sentido, se explica en el hecho de que el término «justificado» significa «conforme a justicia».

Ahora bien, ¿cómo saber si una decisión es justificada o no? La respuesta la trae la teoría de la argumentación jurídica, que estudia

la resolución de problemas jurídicos concretos (Arienza, 2005, p. 2). Así, dicha teoría plantea que «el contenido de una decisión está jurídicamente justificado si y solo si se deriva lógicamente de una norma jurídica N y la descripción de ciertos hechos» (Moreno, Navarro & Redondo, 1992, p. 257).

En términos simples, la justicia en el resultado surge de una decisión que aplica el derecho sobre los hechos acaecidos. La decisión «justa» del proceso judicial nace del razonamiento que hacen los jueces para aplicar las leyes correspondientes a lo sucedido en el litigio.

3.2. La justicia en el procedimiento. El debido proceso

Los jueces, vimos, deciden de manera justa si aplican el derecho sobre los hechos. Sin embargo, este juicio no aparece de manera espontánea y sin orden alguno. La decisión del juez es el punto final de un camino seguido por las partes para resolver el conflicto y este camino es justamente el «proceso». Así:

La voz proceso sirve, pues, para indicar *un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado*, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea *justa y cierta*: la justicia debe ser una cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados *no saben*, y si no es justo, *no sienten* lo que es necesario para obedecer (Carnelutti, 1950, p. 22; las cursivas son nuestras).

El proceso, en consecuencia, asegura que el resultado final sea, en palabras de Carnelutti, «bondadoso».

¿A qué nos referimos con proceso? A grandes rasgos, podemos utilizar la idea social general que se maneja del mismo y hablar de un juicio. El proceso judicial es una secuencia en la que las partes plantean sus ideas, confrontan sus posiciones y litigan hasta que el juez ponga fin a ello a través de una decisión justificada.

Ahora bien, este concepto de proceso a secas no basta para el derecho procesal. En realidad, a efectos de garantizar que la decisión sea justa, se requiere un «debido» proceso. Es decir, un proceso que cumpla con una serie de garantías mínimas necesarias para asegurar que se administre justicia.

Hay varias formas de ilustrar cómo se manifiesta un debido proceso:

Ejemplo 1:

¿Qué pasaría si se entera de que el juez de su caso es hermano de la contraparte a la que usted se enfrenta? En un caso así tendría razones válidas para desconfiar de la idoneidad del juez para resolver el caso porque, a fin de cuentas, tiene una indiscutible relación cercana con una de las partes. Pues bien, el debido proceso asegura que una situación como esta no pueda darse.

Ejemplo 2:

Imagine que en un proceso judicial una parte tiene cinco días para apelar las resoluciones del juez, pero la contraparte tiene quince días para hacer lo mismo. Es claro que en tal situación hay una ventaja arbitraria para una de las partes y una consiguiente desventaja para la otra. Un proceso debido asegura que no haya desigualdad en el tratamiento de las partes.

Ejemplo 3:

Pensemos por un momento en un proceso judicial que dure en promedio de 30 a 35 años. Un proceso judicial así no traería realmente justicia, puesto que, como señaló Séneca, «nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía».

El debido proceso, entonces, asegura que el camino seguido por las partes no distorsione o afecte la validez y justicia de la decisión final. En realidad, el debido proceso asegura que tal decisión sea válida y justa.

Ahora bien, cuando hablamos de debido proceso estamos tocando un concepto sumamente amplio. Si lo vemos en detalle, este se conforma por una serie de diferentes garantías y derechos específicos para las partes involucradas en una disputa llevada a juicio.

Entonces, con el fin de entenderlo de mejor manera, presentaremos algunos de sus principios, derechos y garantías específicas.

- Principio de exclusividad de la función jurisdiccional. Hablar de un debido proceso requiere definir cuál es el organismo encargado de administrar justicia. No cualquier persona puede irrogarse la autoridad de conocer una disputa judicial entre dos ciudadanos cualesquiera. En otras palabras, el debido proceso presupone la determinación de un sistema u órgano que tiene exclusivamente la función de resolver las disputas judiciales.
- Principio de independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales. En cuanto a la independencia, el debido proceso garantiza que los juzgadores estén desvinculados a cualquier mandato externo o ajeno; esto es, asegura que los jueces cuenten con plena autonomía para decidir cómo se resuelve cada caso. Asimismo, el debido proceso también garantiza que los jueces no estén inclinados a favorecer a alguna de las partes.
- Derecho de defensa y audiencia. Un proceso judicial no tendría ningún valor si las partes involucradas no tuvieran oportunidad para presentar y oponer sus argumentos. Por ello, parte esencial del debido proceso es que cada una de las partes pueda sustentar sus posiciones tanto de manera escrita como oral. En otras palabras, se trata del derecho a ser escuchado y atendido.
- Principio de inmediación. ¿Quién debe resolver el litigio? ¿Un juez que ha estado presente durante todo el proceso y cercano al mismo?

¿O un juez que no ha tenido mayor contacto directo con el caso y solo recibe el mismo en la etapa final? Aparece así el principio de intermediación, que

quiere que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales debe derivar su convencimiento, esto es, que haya entrado en relación directa con las partes, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, etc., a base [sic] de la inmediata impresión recibida de ellos y no a base de la relación ajena (Chioyenda, 1949, p. 254).

- Derecho a un proceso de plazo razonable. El proceso debe, por regla general, finalizar en un plazo que resulte razonable para la dificultad y complejidad del tema en disputa (Grillo, 2005, p. 184). En términos simples, los procesos judiciales no pueden tomarse largos períodos de tiempo, puesto que ello afectaría la efectividad real de la decisión que expida el juez. Como dijimos antes, un proceso judicial que dure veinticinco años nunca podrá calificar como debido proceso.
- Garantía de la pluralidad de instancia. Bajo el derecho procesal, existe un derecho de las partes a cuestionar las decisiones de la judicatura. Así, las partes tienen un derecho a apelar las decisiones, lo que genera que un órgano jurisdiccional superior asuma el conocimiento de la cuestión apelada. Esto, en teoría, garantiza que el error humano (el que es inevitable) sea filtrado y no altere la administración de justicia (Monroy Gálvez, 1996, pp. 78-100).

En síntesis, el debido proceso es la salvaguarda de la justicia en el procedimiento. El proceso es justo en la medida que se cumplan con todos los lineamientos del debido proceso, lo que en última instancia impedirá la indefensión de las partes involucradas o la desventaja injustificada para alguna de ellas.

4. SÍNTESIS

1. Según vimos, el proceso judicial constituye un mecanismo que escapa a los MARCs y asume toda una disciplina propia, que es el derecho procesal. Constituye un mecanismo adversarial de solución de conflictos (relevantes jurídicamente) en el que un juzgador (juez) resuelve a través del derecho y dicha decisión es vinculante.
2. El proceso judicial es relevante toda vez que los derechos que tenemos serían ilusorios de no existir tribunales ante los cuales pudiéramos reclamar por la afectación de los mismos. Los derechos pueden hacerse valer gracias a la existencia de tribunales a través de los cuales el ordenamiento jurídico pueda ejecutar o hacer respetar sus disposiciones.
3. Es aquí donde entra el concepto de tutela jurisdiccional efectiva. Esta consiste en el derecho fundamental de toda persona a solicitar ante un tribunal la administración de justicia en un caso concreto. La tutela jurisdiccional efectiva no se limita, por cierto, a solo acceder a los tribunales. En realidad, dicha tutela abarca cuatro fases importantes: a) el mencionado acceso a los tribunales, b) un proceso justo, c) una solución cualitativa y válida, y d) la materialización en la realidad de lo dispuesto por el órgano jurisdiccional.
4. El proceso judicial es un mecanismo de solución de conflictos. Bajo el derecho procesal, la solución se da a través de la administración de justicia. En esa línea, se puede hablar de justicia en el resultado y justicia en el procedimiento.
 - En cuanto a la justicia en el resultado, para el derecho procesal dicha justicia se da, sin ánimo de caer en tautologías, a través de una decisión justa; esto es, una decisión justificada en la aplicación del derecho sobre los hechos sucedidos. Entra aquí a colación el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica.

- Por otro lado, respecto a la justicia en el procedimiento, aparece aquí el debido proceso. Para que la decisión final sea justa, es necesario que se haya dado una secuencia de actos que asegure la validez de la decisión final. Así, el debido proceso asegura que las partes puedan contar con un proceso correcto que cumpla con todas las garantías, principios y derechos necesarios para que las partes no se hayan encontrado en indefensión o en injustificada desventaja.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cómo clasifica el derecho procesal a los mecanismos de solución de conflictos?
2. ¿Qué es la heterocomposición?
3. ¿Es el proceso judicial la única forma de heterocomposición?
4. ¿Para qué existen los tribunales judiciales en un ordenamiento jurídico?
5. ¿En qué consiste la tutela jurisdiccional efectiva?
6. ¿La tutela jurisdiccional efectiva se agota con la posibilidad de acceder a un tribunal?

Fondo Editorial PUCP

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (2009). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México DF: UNAM.
- Atienza, Manuel (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México DF: UNAM.
- Briseño Sierra, Humberto (1963). *El arbitraje en el derecho privado*. México DF: Imprenta Universitaria.
- Bullard González, Alfredo (2008). ¿Es un arbitraje un juicio? En Carlos Alberto Soto Coaguila (dir.), *El arbitraje en el Perú y el mundo* (pp. 145-156). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Caballol Angelats, Lluís (1997). *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*. Barcelona: Bosch.
- Caivano, Roque J. (1998). *Negociación, conciliación y arbitraje*. Lima: APENAC.
- Caivano, Roque J. (2000). *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Caivano, Roque J. (2007). Los métodos alternativos de resolución de conflictos en América Latina: logros y desafíos. *Punto Medio*, 3, 51-68.
- Cantuarias Salaverry, Fernando (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Cantuarias Salaverry, Fernando & Manuel Aramburú Izaga (1994). *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Puente.

- Carnelutti, Francesco (1950). *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Carnelutti, Francesco (2008). *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis.
- Castillo Freyre, Mario & Ricardo Vásquez Kunze (2006). *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Volumen I. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.
- Chamorro Bernal, Francisco (1994). *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch.
- Chiovenda, José (1949). *Ensayos de derecho procesal civil*. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Druckman, Daniel & Iván Ormachea (2003). *Negociación. De la teoría a la práctica*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Entelman, Remo F. (2002). *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa.
- Fairén Guillén, Víctor (1992). *Teoría general del derecho procesal*. México DF: UNAM.
- Fisas Armegol, Vicenç (2006). *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona: Icaria.
- Franco Conforti, Oscar Daniel (2015). Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y hacia dónde vamos. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 4. http://www.indret.com/pdf/1182_es.pdf. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2016.
- Galtung, Johan (1989). *Solving Conflicts: A Peace Research Perspective*. Honolulu: University of Hawaii Press.
- García-Calderón Moreyra, Gonzalo (2004). *El arbitraje internacional*. Lima: CECOSAMI.
- González de Cossío, Francisco (2004). *Arbitraje*. México DF: Porrúa.

- González de Cossío, Francisco (2008). La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VIII, 509-525.
- Gozáni, Osvaldo A. (1995). *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma.
- Grillo Ciochini, Pablo Agustín (2005). Debido proceso, «plazo razonable» y otras declamaciones. En *Debido proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba* (pp. 175-200). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- La Rosa Calle, Javier (2003). *Manual de conciliación*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Lederach, Jean Paul (1992). *Enredos, pleitos y problemas*. Guatemala: Semilla.
- Ledesma Narvárez, Marianella (2009). *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Mitchell, Christopher R. (1981). *The Structure of International Conflict*. Londres: Palgrave Macmillan.
- Monroy Gálvez, Juan (1996). *Introducción al proceso civil*. Lima: Temis.
- Moreno, Josep Joan, Pablo Navarro & Cristina M. Redondo (1992). Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 11, 247-262.
- Murray, John (1986). Entendiendo teorías rivales de la negociación. En *Materiales de Lectura del Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación* (pp. 103-110). Lima: Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación (IPRECON).
- Ormachea Choque, Iván (1999). *Manual de conciliación*. Lima: IPRECON.
- Ormachea Choque, Iván (2000). *Manual de conciliación procesal y preprocesal*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Paulsson, Jan (2013). *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

- Pruitt, Dean G. (1983). Achieving Integrative Agreements. En Max Bazerman y Roy Lewicki (eds.), *Negotiations in Organizations* (pp. 35-41). California: SAGE.
- Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby & Constantine Partasides (2006). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Rivas Caso, Gino (2017). El rol de la justicia en el procedimiento y conclusión de los MARCs y el proceso judicial. *Themis*, 71, 195-208.
- Santistevan de Noriega, Jorge (2015). *El arbitraje con el Estado*. http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp. Fecha de consulta: 8 de mayo de 2015.
- Sologuren Calmet, Hugo & Luis Miguel Purizaga Vértiz (2014). Arbitraje de conciencia, ¿en qué casos y para qué fines? *Ius Et Ratio*, 2(1), 30-35.
- Suares, Marinés (1999). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.
- Sumaria Benavente, Omar (2014). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Rodhas.
- Vado Grajales, Luis Octavio (2006). Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. En *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano* (pp. 369-389). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Vinyamata, Eduard (2014). *Conflictología: Curso de resolución de conflictos*. Barcelona: Ariel.
- Virgós Soriano, Miguel (2007). Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 11, 79-88.
- Watzlawick, Paul y otros (1987). *Teoría de la comunicación humana*. Barcelona: Herder.
- Wróblewski, Jerzy (1971). Legal Decision and Its Justification. *Logique et Analyse*, 14(53-54), 412.

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
abril 2018 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP