

Los medios alternativos para la solución de conflictos

Nos proponemos entonces, a lo largo de esta monografía procesal, ingresar al estudio de esos medios alternativos al proceso en procura de la solución o resolución de los conflictos jurídicos, procurando no repetir lo que ya ha sido dicho por connotados estudiosos o no caer en la reiteración de cuestiones que la doctrina procesal tiene bien definidas y clarificadas; sin embargo, sí pretendemos atisbar o especificar algunos conceptos científicos y filosóficos que, de seguro, nos permitirán entender tales "formas alternativas".

Definición

La mera expresión "medios alternativos de solución de conflictos" nos plantea la siguiente interrogante: ¿alternativos respecto a qué? La respuesta que se ha venido dando a la misma connota que es en relación al proceso legal o judicial. Sin embargo, la misma no es lógica, dado que, del mismo modo, podríamos señalar que el proceso es alternativo en relación a la mediación, a la conciliación, el arbitraje, etc. Esta ilogicidad amerita un cierto grado de discernimiento o análisis conforme al cual postulamos el concepto de que referir la existencia de medios alternativos al proceso que permiten la solución o resolución de conflictos, constituye toda una impropiedad de lenguaje, por lo que lo más correcto y conveniente sería hablar de la existencia de medios o métodos de solución o resolución de los conflictos jurídicos.

Por otra parte, la palabra alternativa o alternativo, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, define como una cualidad que puede ostentar un cierto orden de cosas en el que participan más de dos elementos. Que una cuestión sea "alternativa" respecto a otra, implica que ostente la capacidad de alternar con función igual o semejante y, es claro que, no es del todo cierto que todos los medios de solución o resolución de los conflictos tengan una función igual o semejante, inclusive esto puede advertirse en el carácter o estado del caso juzgado que solamente puede derivarse de la sentencia y ciertos tipos de autos que adquieren la condición de inmutables e inimpugnables, como es el caso, en materia penal, del auto que postula un sobreseimiento definitivo firme y ejecutoriado. Otros ejemplos que podríamos presentar son los siguientes: la mediación –en la que la solución es de naturaleza convencional; la amigable composición – también la solución es pactal-; etc.

Gozaíni, siguiendo a Alcalá Zamora y Castillo, ha sostenido, en atención a lo que hemos venido señalando, que proceso judicial, auto-composición y auto-defensa presentan las variables posibles para resolver un litigio, sin que ello signifique ponerla en pie de igualdad, ni que entre ellas se repelan.[5] Por otra parte, la palabra "alternar" tiene diversos significados que van desde el variar las acciones diciendo o haciendo ya unas cosas, ya otras, y repitiéndolas sucesivamente; distribuir alguna cosa entre personas o cosas que se turnan sucesivamente; cambiar los lugares que ocupan los términos medios o los extremos de una proporción; hacer decir una cosa o desempeñar un cargo; sucederse unas cosas a otras recíproca y repetidamente; hacer vida social,

tener trato en ciertas salas de fiesta o lugares similares, tratar las mujeres contratadas para ello con los clientes para estimularlas a hacer algo en su compañía, del cual obtienen porcentaje; entrar a competir con alguien.

Como se puede advertir, luego, la palabra "alternativo-va" es de naturaleza multívoca y tal calificativo es proscrito por el lenguaje científico y técnico que es el que debe ser empleado en todo conocimiento con pretensiones científicas en el que debe imperar la valiosidad y univocidad de las palabras.

Fundamento y naturaleza

¿Cuál es el fundamento de estos medios o métodos de solución o resolución de conflictos?; ¿Cuál será su naturaleza jurídica? Si el proceso, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arbitramento, el defensor del pueblo –Ombudsman-, etc., son todos y cada uno de ellos efectivos medios y métodos para encontrar una conclusión que brinde, a su vez, una solución o resolución al conflicto, tendríamos que plantearnos el fundamento y la naturaleza jurídica de los mismos.

En ese orden de ideas, al igual que el proceso, entendemos que ninguno de ellos tiene naturaleza jurídica, ya que como advierte Alvarado Velloso respecto al proceso "...para explicar la esencia de la serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial e independiente, no se precisa buscar su encuadramiento en otra figura del Derecho en razón de que es un fenómeno único en el mundo jurídico y, por ende, inconfundible por irrepitable".[6] Además, hoy día a nadie se le ocurre discutir en torno a la naturaleza jurídica del proceso por lo que se sostiene, con rigor científico, que carece de tal naturaleza.[7]

Cada uno de esos medios implica la realización de un fenómeno insustituible, irrepitable e inconfundible en el plano de la realidad social. Ahora bien, podría argumentarse y sostenerse que la naturaleza jurídica de la mediación, la cláusula compromisoria para la celebración del arbitraje, la conciliación, etc., siguen la suerte propia de las relaciones jurídicas bilaterales, consensuales, en consecuencia le es común a todas ellas una naturaleza contractual; sin embargo, la naturaleza jurídica, que importa determinar, no es la del instrumento, acto o negocio jurídico que viabiliza la celebración de uno de estos medios, la cual es obvia, sino la del efectivo conflicto intersubjetivo de intereses que se suscita u origina en el plano de la realidad social y que se proyecta de modo bilateral, esto es, entre las partes antagónicas, lo cual permite que exista un pretendiente y un resistente, sólo que a diferencia del proceso, no se hace el debate frente a un tercero independiente e imparcial, sino que las partes ponen o deponen la solución o resolución de sus diferencias en el diálogo civilizado, pacífico y metódico en el cual impera la fuerza de la razón y no la razón de la fuerza.

En base a todo lo expuesto en este epígrafe, precisa que connotemos y denotemos a estos medios de solución o resolución de conflictos, y determinar, de una vez por todas, si ellos son

efectivos equivalentes jurisdiccionales o, de alguna manera, encierran a diversas instituciones sustitutivas del proceso público.

A nuestro juicio, no son ni una cosa ni la otra. La recién afirmada tesis de que tales medios carecen de encuadramiento en alguna categoría general del Derecho y habiendo brindado el concepto dominante en la actual teoría del Derecho Procesal respecto a la carencia de naturaleza jurídica del proceso, es menester expresar, que el concepto de "equivalente jurisdiccional" está ausente de todo sustento científico y ello por cuanto que no puede ser, desde el punto de vista lógico, histórico, ideológico y filosófico, que exista equivalente alguno al proceso que se connota, de modo exclusivo, en el ámbito de la jurisdicción. Inclusive, el propio Alvarado Velloso, se plantea serias preocupaciones en torno a la connotación pública del arbitraje y su ambivalencia jurisdiccional.

La tesis de que esos medios, formas o métodos de solución o resolución de controversias son equivalentes del proceso, fundamentalmente, civil; y, pertenece a Carnelutti como sustitutivos del proceso público a Prieto Castro; sin embargo, Piero Calamandrei opina que son medios que sirven de auxilio a la justicia y Niceto Alcalá Zamora y Castillo considera que tales medios son representativos de las vías autocompositivas y autodefensivas. Ninguna de estas tesis tiene la razón, aun cuando de cada una de ellas pueda advertirse la buena fe y sana intención que las alienta y anima. Como hemos sostenido *ut supra*, se tratan de medios *sui generis* que eligen las partes en conflicto y cuyas voluntades de arreglo o entendimiento se ven animadas y fortalecidas por la nobleza; la efectiva inclinación a la disolución del conflicto o diatriba; la intención positiva y una acendrada creencia y fe en la paz y el mantenimiento necesario de la convivencia armónica entre los hombres.

Marco para la resolución de conflictos

Existen algunos elementos para crear un marco de resolución de conflictos.

1) Determinar los roles al empezar el proceso de resolución de conflictos.

Abogado: representa y aboga por un interés particular

Árbitro: toma una decisión a pedido de los interesados

Componedor: el que convoca, inicia y diseña el proceso de resolución de conflictos junto a los interesados

Experto: provee información que puede ser útil para resolver el conflicto

El que toma las decisiones: tiene autoridad para decidir, puede o no ser una autoridad

Mediador: Sirve como parte neutral para asistir a los interesados a resolver el caso.

Negociador: participa como un representante de un interés particular en discusiones con otros interesados para resolver el conflicto.

Interesados: los individuos o grupos que están directamente involucrados en el conflicto o quienes están afectados por la forma en la que el conflicto será resuelto.

2) **Apreciación general:** es un intento estructurado de evaluar la naturaleza del conflicto. Se debe determinar quiénes están involucrados y obtener otra información que podría ser útil en diseñar un proceso de resolución de conflicto efectivo.

3) **Involucrar a las partes interesadas afectadas.** Esta es la fase de comunicación y negociación en la que se hace el intento de encontrar una solución que responda a los intereses reales de los interesados.

4) **Implementación y evaluación.** En esta etapa las soluciones son implementadas y evaluadas. Luego, suele ocurrir que el proceso se repite a medida que se identifican más temas y ocurren más conflictos.

Clases de medios alternativos de solución de conflictos

Existen varios estilos para resolver conflictos. Algunos de los más comunes son la negociación, la mediación, el arbitraje, la conciliación y la transacción, adjudicación. La adjudicación es usada en los tribunales estatales de justicia de algunos países de Latinoamérica como Argentina, Perú, Ecuador, Venezuela, entre otros.

A los otros estilos de resolución de conflictos se les ha denominado medios alternativos de resolución de conflictos, connotando con este adjetivo que son maneras de resolver conflictos alternativas a la administración pública de justicia. Esta característica, sin embargo, se está desvaneciendo en la medida que estos métodos están siendo incorporados en la estructura jurídica y de justicia del Estado.[8]

Presentamos brevemente las características de cada uno de estos métodos. Empezaremos por aquellos que no son coercitivos y que dejan más espacio para la decisión de las partes.

1. La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". Existen por tanto, dos tipos de transacción, a saber: la extrajudicial mediante la cual las partes se ponen de acuerdo con el fin de evitar un litigio, y la judicial –objeto del presente análisis- en la cual las partes manifiestan su mutuo consenso para poner fin a un juicio ya iniciado.

Con relación a la naturaleza jurídica de la transacción, RENGEL-ROMBERG señala que la transacción constituye "una especie del negocio de declaración de certeza (negocio de acertamiento), que es una convención celebrada por las partes con el objeto de establecer la certeza de sus propias relaciones jurídicas, o regular relaciones precedentes, eliminando ciertas faltas de certeza, al amparo del principio general de la autonomía de la voluntad privada, en aquellas zonas del derecho en que las partes pueden disponer del objeto que desean regular"[9].

Así, cuando ese negocio jurídico tiene por objeto poner fin a un litigio ya existente, mediante la recíproca voluntad de las partes, se está en presencia de la transacción.

2. La negociación.- Es una forma de resolver un conflicto mediante la que las partes intentan llegar a una decisión conjunta en asuntos de interés mutuo y en situaciones conflictivas donde tienen desacuerdos.

- No implica la participación de un tercero
- Sólo participan las partes y sus representantes
- Éstas tratarán de buscar un acuerdo y presentarán propuestas para ello
- Es un proceso privado
- No tiene carácter de cosa juzgada
- Las decisiones son tomadas por las partes
- No es de obligatorio cumplimiento

3. La mediación.- Es un proceso de negociación más complejo que implica la participación de un tercero que no es una de las partes.

- El mediador puede ser un individuo, un grupo de individuos, o una institución
- Las partes escogen al mediador
- Debe ser neutral
- No debe hacer juicios, ni tomar decisiones vinculantes para las partes
- Es únicamente un 'facilitador'
- Actúa para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo consensual; puede usar la persuasión y mejorar la comunicación
- Las partes deciden si aceptan sus sugerencias

4. El arbitraje.- La definición de arbitraje la damos, en un primer tramo, una definición legal^[10] Por otro lado la doctrina define al arbitraje como un proceso cuasi-judicial que vincula a las partes con un árbitro.^[11] Es la labor de un tercero (os) a cuya decisión otros se someten.

El árbitro es escogido por las partes, salvo excepciones y sus decisiones son imperativas; y el resultado de su decisión se constituye en un laudo arbitral con efectos jurisdiccionales y de obligatorio cumplimiento.

El juicio arbitral debe seguir ciertas normas procesales pre-establecidas; y así mismo, en las decisiones que tome el árbitro sólo recurrirá a su criterio de conciencia y en base a éste evaluará las posiciones de las partes, y propondrá una solución que deberá ser aceptada por las partes, y éstas se obligan a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral.

La decisión del o de los árbitros, o sea el laudo arbitral, tiene efectos erga omnes

5. La conciliación intra-proceso.- Es la facultad que tienen el juez y las partes de resolver el conflicto aviniendo los intereses contrapuestos de las partes en cualquier etapa del proceso judicial de primera instancia.

Para algunos autores consideran que la conciliación es un acto trilateral o sea las partes, sus representantes y el juez, sin embargo para nosotros al pie de la propia actividad forense creemos que es un acto de las partes y el juez, excluyendo a sus representantes, toda vez que desnaturalizaría el verdadero sentido de la conciliación.

En algunos países de América latina es obligatoria[12]

Las partes pueden rechazar la decisión o fórmula conciliatoria (pero si la fórmula establece derechos iguales o mayores a los de una sentencia previa, se impone una multa pecuniaria por rechazarla)

Tiene efectos de cosa juzgada

6. La conciliación extra-proceso.- Es un camino previo al proceso judicial y también implica la participación de un conciliador, las partes y sus representantes.

Los conciliadores pueden ser funcionarios de la administración pública, abogados, otros profesionales o cualquier persona con ciertas habilidades

El conciliador es escogido por las partes, y el objetivo es evitar un proceso judicial.

Las materias conciliables por lo general son Derechos disponibles de las partes; alimentos, régimen de visitas y violencia familiar; y cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos.

El acto de conciliación, implica una intensa persuasión por parte del conciliador, esto es manejar todas las herramientas conciliadoras y permitidas por la ley.

El resultado de la conciliación es meramente privado, esto es inter pares, confidencial.

Las partes pueden rechazar la decisión o fórmula conciliatoria

En algunos países de Latinoamérica la conciliación extra-proceso es un requisito previo a ciertos procesos judiciales.

Conclusiones

El presente trabajo no constituye, de ninguna manera, un intento de desentrañar los contenidos, mecanismos de operatividad, requisitos ni procedimientos de los distintos medios de solución o resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses y de contenido jurídico. Hemos pretendido desentrañar, desde el plano de la ciencia jurídica, la importancia de tales medios. Es por ello que los hemos insertado no como una temática propia del Derecho Procesal, que por cierto no lo es, y de esto ya hay consenso en la doctrina, pero sí como cuestiones propias que interesan a una teoría general del Derecho, y a una Sociología Jurídica. Desde esta perspectiva, la filosofía del Derecho

mucho tiene que decir frente a una existente y palpable crisis de los soportes del Derecho frente a los resortes del diálogo. La cultura de la paz impone que los hombres dialoguen entre sí, y cuando ello no es posible, que se asistan de un tercero que componga o heterocomponga el conflicto. Si este tercero solamente sugiere la solución, estaremos en presencia de una mediación; si la impone, se tratará de un árbitro y si la heterocompone de modo oficial, hablaremos de un juez. Si se trata de un mero componedor, podríamos estar pensando en la persona de un defensor del pueblo. Como ya lo hemos visto, ut supra, el mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia. De allí que hacemos nuestro el criterio del profesor Alvarado Velloso cuando señala que el amigable componedor no propone solución alguna; el mediador asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones que las partes tienen plena libertad para aceptar o rechazar, y la decisión del tercero – juez o árbitro – se impone por resolver definitivamente el conflicto, dado que las partes se han comprometido en forma previa a acatarla.

En el Derecho civil, comercial, empresarial y sobretudo en el Penal, cada día más, la mediación y la conciliación ganan mucho más terreno frente al proceso. Por ende, en el caso penal, no se debe tener al principio de legalidad criminal y procesal penal como obstáculo o freno para la viabilidad de ellas. El ius puniendi y el ius poenali frente a estos medios, indiscutiblemente, tiene que ser replanteado, no desde la perspectiva de la persecución, sino en plena consideración de lo que las partes persiguen, reparación frente al conflicto trascendente que capta el Derecho penal, pero también satisfacción frente al conflicto intrascendente que es captado por el derecho privado; pero, también, sin que se soslaye el conflicto humano que subyace en todo tipo de conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos.

Es importante, finalmente, destacar que la cultura de la paz, de la mediación y la conciliación, debe imponerse sobre la cultura del litigio, si es que esta última pueda ser tenida como tal y no como una subcultura.

La cultura del litigio, hoy en día, está tomando un papel menos importante como se solía tener en los siglos pasados, y así han surgido otras maneras de disolver o resolver los conflictos, vgr. la experiencia norteamericana, en donde se prescriben conferencias para arreglos judiciales – judicial settlement conferences; el examen preliminar y neutral del caso – earle neutral evaluation-; los pequeños o cortos juicios – Mini Trials; los procedimientos privados – Private Trials -; el arbitraje como un derivado judicial – Court Annexed Trial – y la determinación por experto judicial – Neutral Expert Factfinding – entre otros.

Esperamos que este pequeño y breve trabajo, permita a los interesados en este tema, sobretudo en la heterocomposición penal, anidar y alentar a profundizar la investigación en búsqueda de nuevas soluciones en el apartado de la Política Criminal.

Bibliografía

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL, Primera Parte. Reimpresión. Rubinzal- Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina, 1997.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. LA CONCILIACIÓN COMO MEDIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS DE INTERESES, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1986.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón. LA DINÁMICA DEL CONFLICTO EN MEDIACION Y SOLUCION DE CONFLICTOS. Habilidades para una necesidad emergente. Edit. Tecnos, Madrid, 2007.

BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2ª. Ed., Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999.

BRICEÑO SIERRA, Humberto. DERECHO PROCESAL, 2ª. Ed., Edit. Harla, México, 1995.

BROEKMAN, Jan M. DERECHO, FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

CARNELUTTI, Francisco.. SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I, Edit. Uthea Argentina, Bs. Aires, 1994.

COUTURE, Eduardo J. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL , 3a. ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, 2ª. Ed. Universidad. Bogotá, Colombia, 1997.

FÁBREGA, Jorge. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 2a. ed., Editora Jurídica Panameña, Panamá, Rep. de Panamá, 1999.

GOZAINI, Osvaldo. FORMAS ALTERNATIVAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.

GUASP. Jaime. DERECHO PROCESAL CIVIL. 4a. Ed., Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1998.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coordinador), COMENTARIOS A LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE. Edit. Grupo difusión, Barcelona, 2004, pp.26 y 27

LEDESMA, Angela E. MEDIACIÓN PENAL EN TEORÍA UNITARIA DEL PROCESO. Edit. Juris, Rosario, Argentina, 2001

MAIER, Julio B. DERECHO PROCESAL PENAL. I. Fundamentos. 2a. ed., 1a. reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1999.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. CONCILIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. Biblioteca Jurídica DIKE, 1a. ed., Bogotá, Colombia, 1995.

VINYAMATA CAMP, Eduard. MANUAL DE PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Conciliación, Mediación, Negociación. Edit. Ariel, Barcelona, 1999

Autor:

Carlos Luis Gil Mauricio

Abogado, Doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Barcelona. Máster en Ciencias Jurídicas por la Universidad Pompeu Fabra. Conciliador Registrado en el Ministerio de Justicia de Perú. Ex Defensor Público en Perú

NOTAS

[1] ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón. LA DINÁMICA DEL CONFLICTO EN MEDIACION Y SOLUCION DE CONFLICTOS. Habilidades para una necesidad emergente. Edit. Tecnos, Madrid, 2007 p.37

[2] VINYAMATA CAMP, Eduard. MANUAL DE PREVENCION Y SOLUCION DE CONFLICTOS. Conciliación, Mediación, Negociación. Edit. Ariel, Barcelona, 1999, pp.19 y ss

[3] ALVARADO VELLOSO, Adolfo. INTRODUCCIÃ" N AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL, Primera Parte. Reimpresión. Rubinzal- Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina, 1997, p..239

[4] Antes de entablarse la demanda tan sólo existe el conflicto; presentada ésta, surge, ineludiblemente, el litigio. Algunos procesalistas creen que en el plano del proceso existe un conflicto y emplean el pensamiento de CARNELUTTI para sustentarlo, señalando que antes del proceso existe una especie sub-judice lis est, lo cual es, indiscutiblemente cierto, pero no en el sentido de inexistencia de conflicto sino, por lo contrario, de la efectiva afirmación de un conflicto que llevado al proceso se convierte en puro litigio, esto es, litem inferre o litem orare., el proceso mismo decía Carnelutti. SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I, Edit. Uthea, Bs. Aires, 1994, p. 45

[5] GOZAINI, Osvaldo. FORMAS ALTERNATIVAS PARA LA RESOLUCIÃ" N DE CONFLICTOS. Ediciones Depalma-Buenos Aires, Argentina, 1995, p.8.

[6] ALVARADO VELLOSO, Adolfo. LA CONCILIACIÃ" N COMO MEDIO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS DE INTERESES, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1986.

[7] Es importante destacar que la más autorizada doctrina procesal española ya ha advertido esta situación. Por otra parte, todas las teorías que han intentado brindar una fundamentación so pretexto de explicar la naturaleza jurídica del proceso han fracasado, precisamente, por ser objeto de reducciones y asistematizaciones, pero además, porque no es posible, desde el punto de vista científico, insertarlas en una Teoría General del Proceso

[8] Como ejemplo tenemos al principio de oportunidad incorporado en muchos cuerpos normativos procesales penales, con vista a resolver entre víctima, victimario y Fiscal, los delitos de bagatela.

[9] RENGEL-ROMBERG, Arístides, TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL VENEZOLANO. Tomo II. Editorial Arte. Caracas, 1997.

[10] Véase Ley 60/2003, de 23 de diciembre, BOE Nº 309 del 26 de diciembre del 2003 concordante con el Reglamento de Arbitraje

[11] HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coordinador), COMENTARIOS A LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE. Edit. Grupo difusión, Barcelona, 2004, pp.26 y 27

[12] Perú: La ley 26872 del 12/11/97 y el D.S. 001-98-JUS del 13/01/98