

## **APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL: FUNDAMENTO DOGMÁTICO JURÍDICO\***

Por César Leonidas Gamboa Balbín\*\*

*«Los pingüinos discutían sobre el reparto de tierra y cultivo y uno de ellos golpeó a otro. Un pingüino que hablaba con un fraile dijo lo siguiente: “el acto que acababa realizar ese pingüino será celebrado en los fastos de la civilización, ese pingüino acaba de crear el derecho civil fundando la propiedad privada”»*

**EMILIO TROISE,  
(BUENOS AIRES, 1938).**

Hemos dividido la aproximación teórica a la conciliación extrajudicial en dos capítulos por distinguirse los fundamentos de ésta en un orden político e ideológico y en un orden dogmático jurídico u operativos. En este capítulo trataremos el discurso político de un efectivo “acceso a la justicia” y la necesidad de las reformas doctrinarias y legales sobre el proceso judicial, es decir, el planteamiento crítico-académico de un sector de la doctrina y el planteamiento operativo en la implementación de los “MASCs”.

### **2.1. Tercer Fundamento: El Acceso a la Justicia y el Proceso Judicial**

En este punto advertiremos como el acceso a la justicia y el proceso judicial se entretajan en la historia contemporánea a través de los derechos humanos de “segunda generación” y los movimientos ideológicos y sociales que exigen un carácter más participativo por parte del Estado con el lema “libertad + igualdad”, en el cual se impulsa el movimiento teórico e ideológico de Cappelletti y Garth.

El acceso a la justicia es el fenómeno ideológico y cultural institucionalizado del siglo XX, es decir, es una nueva forma de arreglar, solucionar, ajustar, componer los conflictos de intereses jurídicos, con potencialidad en convertirse en litigios. Esta función

---

\* Ensayo basado en el Segundo Capítulo de la tesis para optar el título de abogado “Los medios alternativos de solución de conflictos: Las virtudes y los vicios de la conciliación extrajudicial”, cuya nota aprobatoria fue sobresaliente. Esta investigación fue financiada por el Proyecto del Fondo para el Fortalecimiento Democrático - Siembra Democracia: “Historia de las Elecciones en el Perú desde la Cortes de Cádiz hasta Nuestros Días”, 2004 y una versión reducida de la misma se encuentra en César Gamboa, *Las virtudes y los vicios de la conciliación extrajudicial: Dualidad discursiva de la justicia moderna*, Lima, Consorcio Justicia Viva (Instituto de Defensa Legal-Pontificia Universidad Católica del Perú), 2005, segundo puesto en el Concurso de Ensayos Carlos Giusti Acuña, organizado por el Consorcio Justicia Viva.

\*\* Abogado y candidato a doctor en derecho y ciencia política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Experto en Mediación y Conciliación por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires e investigador visitante del Instituto Internacional de Sociología Jurídica (Euskadi, 2006 y 2009). Asociado de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR, consultor en temas ambientales y de pueblos indígenas.

social se ha manifestado dentro de un devenir histórico según el avance de la sociedad capitalista occidental.

### **2.1.1. Cuestiones Teóricas del Acceso a la Justicia**

Actualmente la apertura del “acceso al derecho” significa la posibilidad que tiene cada ciudadano de acceder a los órganos jurisdiccionales. El “acceso a la justicia” es una manifestación concreta del “acceso al derecho” y la apertura social del acceso al derecho es un cambio en las normas sustanciales y procedimentales para que los ciudadanos efectivamente accedan a la justicia.

Así, el desarrollo de los sistemas jurídicos occidentales contemporáneos está caracterizado por una “liberación notable de acceso a los tribunales”<sup>1</sup>. Ese proceso de acceso de la justicia ha sido desplegado dentro del ambiente político social de promoción del Estado de Bienestar, exactamente en la década de los setenta, a raíz de las investigaciones dirigidas por el jurista italiano Mauro Cappelletti. Este fenómeno se ha generalizado en parte por el localismo globalizado “ADR” norteamericano, produciendo una serie de reformas judiciales, especialmente en el procedimiento civil, financiadas en el ámbito internacional por organismos internacionales (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo) o agencias de cooperación (USAID, GTZ, etc).

Uno de los elementos más resaltantes de las nuevas políticas públicas sobre el acceso a la justicia es la reforma de las disposiciones de ayuda financiera para el acceso al derecho: la llamada “Asistencia Judicial”. La función de la ayuda judicial organizada es el paulatino progreso de la socialización del acceso a la jurisdicción ordinaria por parte de los ciudadanos que sufren una desigualdad social. Sin embargo ha existido una tensa contradicción entre las políticas públicas de acceso a la justicia promovidas en el tiempo del Estado de Bienestar con los “MASCs”<sup>2</sup>.

En consecuencia, es interesante observar en el plano teórico la contradicción entre la visión del acceso de la justicia del Estado de Bienestar y el globalismo localizado del fenómeno de desjurisdiccionalización de los conflictos, junto a los “ADR” norteamericanos. Supuestamente, el Estado de Bienestar es base del Movimiento de Cappelletti-Garth con el ideal de acceso a la justicia, sin embargo, este movimiento promueve reformas judiciales “liberales” como el proceso desjudicialización de los conflictos -proceso de reducción del papel del Estado, retorno a las libertades negativas- y la implementación de los MASCs en muchos países que se oponen ante la noción de Estado de Bienestar.

---

<sup>1</sup> Loic Cadiet, “Le Spectre de la Société Contentieuse”, en Jean Beauchard y Pierre Couvrat (com.), *Écrits en Hommage a Gérard Cornu. Droit Civil, Procédure, Linguistique Juridique* (Paris: Presse Universitaires de France, 1994), 37.

<sup>2</sup> Eso lo hace notar el jurista italiano Federico Carpi: “(...) se evidencia en los últimos años una decadencia en el interés científico, el apoyo político y la pasión que en las décadas anteriores impulsaban toda la temática de los servicios legales a los pobres. Por un lado, la organización de los grupos de consumidores que viene generando, en diversos países, mecanismos propios de defensa jurídica; y por otro, factores como la crisis del Estado benefactor y (...); la tendencia a adoptar mecanismos alternativos de solución de conflictos, con procedimientos que a menudo no requieren de la ayuda legal; (...)”. Federico Carpi, “Legal Aid in Italy and Europe”, en *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure* (Torino: Giappichelli, 2001), 7; citado por Roberto Omar Berizonce, “El Largo Camino hacia el Acceso Efectivo a la Justicia”, en *Libro de Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal* (Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2002), 124.

El “acceso a la justicia”, como aspiración de un orden social, tiene una manifestación histórica en el movimiento ideológico de Cappelletti y Garth a nivel del campo social; asimismo, en el campo netamente jurídico el acceso a la justicia tiene una normatividad específica sobre el derecho a acceder a una tutela efectiva.

#### **2.1.1.1. El Proceso Histórico del Acceso a la Justicia: La Autodefensa, la Autotutela, la Autocomposición y la Heterocomposición**

El origen del conflicto social está relacionado con el origen de la propiedad (“apropiación de las cosas”). Los conflictos intersubjetivos aparecen en el desarrollo de la humanidad con la desaparición de las sociedades “primitivas” y la institucionalización de normas jurídicas, especialmente del derecho civil y de la propiedad<sup>3</sup>. Ciertamente, este proceso ha sido correctamente sintetizado en el trabajo de Engels con respecto al origen de la propiedad privada y del Estado<sup>4</sup>.

En un primer momento, los hombres, que vivían en sociedades primitivas o básicas, subsistían gregariamente bajo intereses comunes, solucionando conflictos sobre la base de este bienestar común. La conciencia del “ser individual” o del “ser sujeto distinto del grupo” no existía, por lo que los conflictos sociales eran de carácter comunitario-naturaleza. El conflicto intersubjetivo se manifestaba con relación al grupo: relaciones endógenas (entre los miembros del grupo) y exógenas (entre grupos humanos). Sin embargo, al aparecer la división social por la especialización del trabajo, la apropiación del excedente de producción generado por el trabajo de un grupo social, y la constante dicotomía entre ser colectivo y ser individual, se originaron los conflictos sociales. Estos hechos dieron origen al Estado como un instrumento de control político de la violencia ejercida en las relaciones sociales a través de las normas que organizaría el nuevo orden de apropiación de los bienes y las relaciones entre las personas: el derecho civil.

La aparición del proceso judicial o de la jurisdicción es parte del origen del Estado como una necesidad histórica para solucionar los conflictos sociales. La solución de conflictos sociales desatados en la sociedad por la contradicción de las clases sociales -según el análisis marxista-, acarrea la necesidad que se institucionalice la solución del conflicto mediante la participación del Estado: el tercero que se avoca a solucionar el conflicto e impone esta solución como un acto de derecho.

Debemos aclarar dos características de los medios de solución de conflictos. Primero, el concepto de medios autocompositivos o heterocompositivos nos traslada al concepto de procedimiento. Si bien es cierto que la autotutela o la autodefensa no son en realidad procedimientos, estos “medios” hacen referencia a una secuencia de actos por los cuales las partes solucionan el conflicto. Más que modos de conclusión del proceso, se les enfoca actualmente como procedimientos para la solución de los litigios<sup>5</sup>.

Segundo, la clasificación de los medios de solución de conflictos viene de la oposición entre el Estado como “representante” del bien común, de la comunidad, del

---

<sup>3</sup> Cabe recordar el ejemplo señalado por Anatole France en la metáfora sobre el nacimiento del derecho civil. Emilio Troise, *Materialismo Dialéctico*, 3ª ed. (Buenos Aires: Editorial Platina, 1966), 258.

<sup>4</sup> Federico Engels, Op. Cit., 160 y ss.

<sup>5</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Op. Cit., 71-102; Héctor Fix-Zamudio, “Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre la Eficacia del Proceso”, en *IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, N° 165 (Madrid: 1985); Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El Acceso a la Justicia* (La Plata: Colegio de Abogados de La Plata, 1982), 91 y ss.

grupo social y la fundamentación liberal y racional de la autonomía de la voluntad privada en sociedad: la heterocomposición y la autocomposición. Uno de los primeros en clasificar los medios de solución o composición de los conflictos es el jurista italiano Piero Calamandrei<sup>6</sup>. Sin embargo, con el estudio del gran maestro español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “Proceso, Autocomposición y Autodefensa”<sup>7</sup>, se desnuda, desde la dogmática jurídica, cuales han sido los distintos procedimientos para solucionar los conflictos sociales. Posteriormente, muchos autores han señalado y repetido esta clasificación, logrando reafirmar la clasificación del eximio maestro italiano.

Este proceso de solución de conflictos se ha tornado en un proceso dialéctico donde conviven y luchan entre sí distintas tradiciones, prácticas y mecanismos jurídicos desde el origen de la sociedad. La clasificación de los medios sociales de composición de conflictos de Carnelutti y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo se manifiesta como sigue:

1. La Autodefensa y Autotutela.
2. La Autocomposición.
3. La Heterocomposición: el clásico “Proceso”.

La “autotutela” es conocida como “autodefensa”<sup>8</sup>, “autotutela”<sup>9</sup> o llamada en el ámbito legal normativo, la “defensa extrajudicial o privada de un derecho”<sup>10</sup>. Este medio de solución de un conflicto no es, en realidad, un procedimiento *per se*, sino la conclusión final de la imposición social del interés hegemónico de una de las partes, sacrificando el interés de la otra parte<sup>11</sup>. Este medio es manifestado socialmente como la venganza o *hacerse justicia por su propia mano*. A pesar de que la autotutela es una secuencia de actos sobre la imposición de una voluntad sobre otra, es, ciertamente, calificada como un medio, y no como un procedimiento, ya que se le considera como una forma “incivilizada, ruin y bárbara”<sup>12</sup>.

Un segundo medio social de solucionar un conflicto es la autocomposición. Existen dos formas de autocomposición: la bilateral y la unilateral. La autocomposición unilateral -conceptualizada por algunos en un “sentido restringido”- es caracterizada por llegar a solventar el enfrentamiento con el sacrificio del interés propio, dejando subsistir el interés

---

<sup>6</sup> Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires. Depalma, 1943).

<sup>7</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, 3ª ed. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1970), 71-102.

<sup>8</sup> Denominada “autodefensa” por el maestro italiano Francesco Carnelutti, en el sentido que la considera como un “genus, intro quale e possibile disconoscere delle specie diverse”. Francesco Carnelutti, *Sistema de Diritto Processuale Civile Composizione del Processo*, t. I (Padova: CEDAM, 1936), 168; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Op. Cit., 71-102.

<sup>9</sup> Denominada “autotutela” por el maestro uruguayo Eduardo J. Couture al definirla como “la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias”. Eduardo J. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1966), 9.

<sup>10</sup> Denominada así por el maestro Eduardo García Máynez en sentido excepcional del procedimiento y del ejercicio del derecho. Eduardo García Máynez, “Reseña del Libro Proceso, Autocomposición y Autodefensa de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* (México), t. X, N° 38 (abril-junio 1948), 172. Este término ha sido recogido por distintas legislaciones, entre las cuales se encuentra la del Perú.

<sup>11</sup> Es aprensible la definición de Flores sobre la autodefensa: “Solución caracterizada por la falta de un juez distinto de las partes, la carencia de un verdadero procedimiento y la *imposición del interés propio de una de las partes*, generalmente la hegemónica, *sacrificando el de la ajena*”. Fernando Flores García, Op. Cit., 141.

<sup>12</sup> La forma “primitiva” todavía presente en los problemas bélicos, es una forma de generalizar a las distintas variantes de estos medios de solución de conflictos. Fernando Flores García, Op. Cit., 141.

ajeno: la donación, la cesión de derechos, la renuncia o desistimiento de la pretensión (no de la demanda, de la instancia o de la acción) y el allanamiento. Se manifiesta la autocomposición de forma bilateral, con la conciliación, la mediación y la transacción<sup>13</sup>. Carnelutti señala cuales son las formas de autocomposición que “incluiría” una clasificación más exhaustiva:

1. La Renuncia.
2. El Desistimiento.
3. El Reconocimiento.
4. El Allanamiento.
5. La Transacción.

Al lado de la autocomposición “unilateral”, se encuentra la “autocomposición bilateral”, denominada así porque ambas partes son las que solucionan su conflicto. Así, Carnelutti las divide en autocomposición unilateral y bilateral, esta última, como hemos dicho, incluye a la transacción, la conciliación y la mediación. El carácter jurídico de la transacción no es meramente de composición contractual<sup>14</sup>, sino más bien responde a la noción de un procedimiento genérico denominado “negociación”.

En cuanto a las características de la autocomposición, creemos que ha habido una confusión que se ha trasladado al concepto de conciliación. Primero, los medios autocompositivos hacen referencia, como lo hemos mencionado, a un procedimiento de solución, a una composición opuesta al proceso judicial -adjudicación estatal-, es decir, la autocomposición es una composición consensual en la cual participan siempre ambas partes. La autocomposición “se trata de un arreglo pacífico del conflicto, por medio de un acuerdo, expreso o tácito, de los interesados en él, sin acudir a una tercera o entidad que para que lo dirima”<sup>15</sup>. Por ende, la autocomposición es siempre bilateral porque es una composición consensual -siempre se remite a la composición conjunta de las partes- que en su sentido material se denomina negociación y en su sentido jurídico se le ha denominado transacción -al menos hasta la aparición de la conciliación y la mediación-. En cambio, la llamada autocomposición en *strictu sensu*, “restringida” o “unilateral”, no es en realidad un procedimiento, sino más bien son actitudes jurídicas o conductas resueltas del procedimiento autocompositivo en su variante transacción, conciliación o mediación. El allanamiento, el reconocimiento, el desistimiento, la renuncia son posturas que asume una de las partes frente al contenido material del conflicto, no es un procedimiento en sí, no es un procedimiento de solución, sino una conducta que se toma a raíz de un procedimiento determinado.

El último procedimiento de solución de conflictos es el hétérocompositivo, llamado “adjudicación”. En la clasificación de Carnelutti, el “proceso” es un tipo de medio hétérocompositivo, es decir, un procedimiento por el cual un tercero ajeno a las partes decide sobre el litigio. Este tercero tiene la capacidad o potestad, *el imperium*, delegado o en representación, para solucionar el litigio. En un momento determinado de la historia,

---

<sup>13</sup> Otro elemento nuevo de esta clasificación es la autocomposición “restringida”. Este medio de solución de conflictos se caracteriza por solucionar el conflicto mediante el sacrificio o renuncia de la pretensión de una de las partes, es decir, el sacrificio del interés propio (¿unilateral o bilateral?), subsistiendo el interés ajeno (la donación, la cesión de derechos, la renuncia o desistimiento de la pretensión en el ámbito procesal, el allanamiento).

<sup>14</sup> Francesco Carnelutti, *Estudios de Derecho Procesal*, vol. I (Buenos Aires: EJE, 1952), 205. Específicamente N° 2, “La Función del Proceso del Trabajo.”

<sup>15</sup> Víctor Fairén Guillén, *Op. Cit.*, 20.

este tercero, denominado, “arbitro”, se separa de la sociedad, se articula institucionalmente y su facultad de decidir se torna en una potestad estatal (división de la heterocomposición estatal y arbitral). Con el proceso histórico de complejización social, se legitimó esta potestad estatal con una serie de doctrinas políticas, cambios sociales y económicos entre los cuales cabe destacar la legitimidad estatal de solucionar un conflicto por ser un acto de “Justicia de Dios”, “Justicia Divina” y, posteriormente, con el advenimiento de los “Tiempos Modernos”, en un acto de “Justicia Racional”, es decir, “una composición justa” del conflicto. Así, el proceso es el medio jurídico formal y formula racional social legitimada de monopolizar el control de la violencia social por parte del Estado. La aplicación correcta de la norma jurídica sustantiva para lograr la convivencia<sup>16</sup> ha culminado con el proceso judicial o “proceso jurisdiccional” -llamado así por Carnelutti-, denominación que ha pasado a ser universal como “la justa composición de litigio” o una “operazione, mediante la quale si ottiene la composizione de la lite”<sup>17</sup>.

Posteriormente, el jurista mexicano Fernando Flores García ha incluido una categoría más a esta clásica clasificación. De esta manera, se señala la aparición histórica de los “MASCs” (“equivalentes jurisdiccionales”), dándole autonomía frente a la categoría de la autocomposición<sup>18</sup>. En el próximo cuadro podremos observar la clasificación de Calamandrei - Alcalá-Zamora y Fernando Flores García:

**Cuadro N°**  
**Clasificación de los Medios de Solución de Conflictos**

<b>Clasificación de Carnelutti – Alcalá-Zamora</b>	<b>Clasificación de Flores García</b>
1. La Autodefensa.	1. La Autodefensa y la Autotutela.
2. La Autocomposición.	2. La Autocomposición en “sentido restringido”.
3. El “Proceso” como una variante de la heterocomposición.	3. El Proceso.
	4. Los Equivalentes Jurisdiccionales Carnelutianos

**Fuente:** Carnelutti (1944); Alcalá-Zamora (1970); García Flores (1998).

Carnelutti nos presenta a los distintos medios o procedimientos para solucionar un litigio. Primero, la decisión del juez, específicamente el proceso jurisdiccional, el cual no es el único medio para conseguir solucionar el litigio. Existen otros medios al lado de la heterocomposición “clásica”: la autodefensa y la autocomposición. En la clasificación de Flores García se incluye, pues, a las soluciones semejantes al proceso judicial denominados por Carnelutti “equivalentes del proceso civil”, “equivalentes procesales” o equivalentes jurisdiccionales en una amplia relación que abarca el proceso extranjero, el reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera, el proceso eclesiástico, la autocomposición de la litis, la

<sup>16</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Estudios Diversos de Derecho Procesal* (Barcelona: Bosch, 1987), 55-6.

<sup>17</sup> Carnelutti denomina al proceso como “una justa composición del litigio” o una “operación mediante la cual se obtiene la composición de la litis”. Francesco Carnelutti, Op. Cit., 44. El estudio del proceso provocó el nacimiento del *derecho procesal* y de la teoría general del proceso. Algunos autores hacen referencia a una *doctrina o teoría general del proceso*, pero todos mencionan la sistematización del proceso como instrumento social en la regulación de la compleja sociedad capitalista.

<sup>18</sup> Fernando Flores García, Op. Cit., 143.

renuncia, el reconocimiento, la transacción, la composición procesal, la conciliación y el compromiso, así como los excluyentes o sustitutivos del proceso<sup>19</sup>.

Aunque no lo hemos mencionado en la clasificación de Flores García, este autor ha querido incluir a la autodefensa como una forma de autocomposición en sentido lato, sin embargo, la distinción entre ésta y la autocomposición es que mientras en la autodefensa encontramos una falta de consentimiento de las partes -no existe una composición conjunta de la litis, sino la imposición de la voluntad de una de ellas<sup>20</sup>-, en la autocomposición, la decisión de solucionar el problema proviene de una manifestación conjunta. Sin embargo, cabe acotar que Flores García, siguiendo a Carnelutti, considera a los medios heterocompositivos de solución de conflictos divididos en dos vertientes o *desembocaduras*: el proceso jurisdiccional y *los equivalentes jurisdiccionales o procesales carneluttianos*, donde estos últimos forman el sector de soluciones semejantes al proceso. Lo interesante de los equivalentes jurisdiccionales es que esta “nueva” clasificación responde a la característica de la conciliación y la mediación: son medios paralelos a la composición justa o judicial, siendo esta realmente su naturaleza jurídica y social.

### **2.1.1.2 El Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia**

Este proyecto de investigación se convirtió en el movimiento cultural e ideológico que impulsó los estudios sobre “MASCs” y legitimó las reformas judiciales futuras sobre la materia. Esta investigación que según Cappelletti, “ha representado en los últimos decenios, una importante, tal vez la más importante, expresión de una radical transformación del pensamiento jurídico y de las reformas normativas e institucionales en un número creciente de países”<sup>21</sup>, fue la base para futuras investigaciones realizadas por organismos internacionales financieros que buscaban planes operativos de reformas del Estado en países periféricos, después del fin del “Estado de Bienestar”, en la época de la crisis del Petróleo (1973-2000).

Las sospechas del jurista mexicano Oscar Correas sobre el sentido político e ideológico del derecho y del campo de los estudios se torna vigente con el denominado “Movimiento de Acceso a la Justicia”, impulsado por Mauro Cappelletti y Bryant Garth. Correas manifiesta que los positivistas jurídicos (“formalistas”) niegan que el objeto de estudio del derecho no sea otro que la norma o su “logicidad”. Lo cierto es que el estudio de la “Teoría del Derecho”, según acusa Correas, ha estado al servicio de los intereses del capitalismo y la burguesía<sup>22</sup>. Esta situación podría repetirse si extendiésemos esta

---

<sup>19</sup> Se refiere más a medios para solucionar litigios que a modos de concluir el proceso, Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. I (Buenos Aires: Uthea, 1944), 197; Carlos Alberto Díaz, *Instituciones de Derecho Procesal*, vol. II (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972), 511-9. Esta clasificación proviene de Francesco Carnelutti, Op. Cit., 154-79; el mismo autor, *Instituciones del Proceso Civil*, 2ª ed., vol. I (Buenos Aires: EJE, 1973), 109-14.

<sup>20</sup> Quizás podrían entrar los llamados medios de autocomposición “unilateral” como un tipo de autodefensa que no involucra el consentimiento de ambas partes y soluciona el conflicto unilateralmente. Aún así, creemos que no son un procedimiento sino una postura frente al conflicto.

<sup>21</sup> Mauro Cappelletti, “L' Acceso alla Giustizia e la Responsabilità del Giurista”, en *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Vol. I (Padua: CEDAM, 1994), 264 citado por Eugenia Ariano, Op. Cit., 178.

<sup>22</sup> “Dice Kelsen: *El autor sólo puede hallarse en condiciones de preparar este libro porque tuvo el privilegio de venir a Estados Unidos y de trabajar durante dos años en la Universidad de Harvard. La oportunidad la debe principalmente a la generosa ayuda de la Fundación Rockefeller, a quien desea expresar su sincera gratitud* (Teoría General del Derecho y del Estado, UNAM, 1969, p. X). Por supuesto: no hay

interpretación al caso del “Movimiento de Acceso a la Justicia”<sup>23</sup>. Lo cierto es que los estudios del derecho y en especial, los resultados comparativos de la investigación de este movimiento “socio cultural”, han servido para el proceso de globalización del derecho en sus dos dimensiones: los “MASCs” como panacea jurídica (localismo globalizado) y la forma de conocer los futuros impactos en los países en los cuales se extendió este conjunto de instituciones jurídicas (globalismos localizados).

Según la jurista peruana Eugenia Ariano, el movimiento por el acceso a la justicia es un “movimiento cultural” que representa una reacción a la visión positivista y al reduccionismo normativista del derecho<sup>24</sup>. Esta autora cita a Cappelletti para reafirmar su veredicto sobre la visión integral del derecho de este movimiento en diversos puntos:

1. Una primera crítica a la corriente jusfilosófica del formalismo y del dogmatismo jurídico, con su absurda pretensión de un derecho “puro”, de una dogmática jurídica “neutral” u objetiva y de un sistema jurídico “autopoyético”.
2. Una visión integral del derecho: estudio de la norma, las personas y su contexto, las instituciones y los procesos a través de los cuales el derecho es parte integrante de un ordenamiento social más complejo.
3. Propuesta de investigación tridimensional: estudio del problema, necesidad o instancia social que una determinada intervención jurídica trata de resolver; examen de la respuesta jurídica en el plano normativo, institucional y procesal; y examen crítico de los resultados en el plano social (económico, político, etc.) para establecer la situación de indefensión y protección de las personas<sup>25</sup>.

---

ninguna prueba empírica de que Rockefeller ni ningún otro capitalista invirtiera dinero en nada que no redunde en beneficio de su capital...”. Oscar Correas, *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*, 337-8.

<sup>23</sup> Al leer el informe final de la investigación de Cappelletti y Garth dice que este “trabajo es fruto de un proyecto de cuatro años de investigación comparativa titulada “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia”, patrocinado por la Fundación Ford, y, con un enfoque ligeramente más local, el Consejo Italiano de Investigación”. Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El Acceso a la Justicia. La Tendencia en el Movimiento Mundial para hacer Efectivos los Derechos* (México: Fondo de Cultura Económica, 1996), 9.

<sup>24</sup> Eugenia Ariano, Op. Cit., 177.

<sup>25</sup> “El movimiento por el acceso a la justicia, si bien tiene como punto de partida la crítica realista del formalismo y del dogmatismo jurídico, con su absurda pretensión de una “pureza” que nada tiene que ver con la realidad, se propone objetivos más diferenciados y más fieles a la complejidad de la sociedad humana. El aspecto normativo del derecho no es renegado, pero es visto como uno de los elementos, y tampoco el más importante, dado que preeminentes son las *personas* (con todas sus peculiaridades culturales, económicas, sociales), las *instituciones*, los *procesos*, personas, instituciones y procesos a través de los cuales el derecho vive, se forma, evoluciona y se impone. Además el derecho es visto no ya como sistema separado, autónomo, autosuficiente “autopoyético”, sino como parte integrante de un más complejo ordenamiento social, en donde no puede ser artificialmente aislado de la economía, de la moral, de la política: se afirma así aquella que ha sido llamada la concepción “contextual” del derecho... En lugar de una concepción *unidimensional*, limitada al análisis de la norma, se propone así una concepción tridimensional del derecho y de su análisis: una primera dimensión que investiga las premisas, *el problema o necesidad o instancia social* que una determinada intervención jurídica trata de resolver; la segunda examina la *respuesta*, o *solución* en el plano normativo pero también institucional y procesal, dirigida a resolver aquel problema o necesidad o instancia social; mientras la tercera está dirigida a examinar críticamente los *resultados*, en el plano *latu sensu* social (económico, político, etc.) que de tal respuesta o solución derivan concretamente en el ámbito de la sociedad. El análisis del jurista se vuelve así extremadamente más complejo, pero también más fascinante e infinitamente más realista; aquel no se limita ya a determinar, por ejemplo, que para promover el inicio de un proceso, o para hacer valer una impugnación, se deban observar ciertos preceptos formales, sino que implica además un análisis de los *tiempos* requeridos para obtener el resultado querido, de los costos a afrontar, de las *dificultades* también psicológicas por superar, de los *beneficios* obtenibles, etc. A su vez, el análisis del derecho sustancial no puede ya limitarse a tomar nota, por ejemplo, del hecho que ciertas normas, inclusive a



El movimiento de acceso a la justicia planteó un proceso de reformas jurídicas dentro del Estado Social de Derecho en todo el mundo -al modelo del “Welfare State”-, específicamente, sobre los límites sociales impuestos a un efectivo acceso a la justicia:

1. La “barrera” económica social. Este límite impide a muchas personas acceder a los órganos judiciales a razón de su falta de capacidad económica, por lo cual sus derechos son meramente “formales” o “aparentes” (“la primera oleada”).
2. La “barrera” organizativa social. Este límite social impide que ciertos derechos, intereses “colectivos” o “difusos” no sean eficazmente tutelados sino se realiza una reforma o transformación de las normas, procedimientos e instituciones tradicionales del derecho procesal, cambios que permitirán tutelar aquellos derechos o intereses (“la segunda oleada”).
3. La “barrera” procesal social. Este límite se manifiesta en que ciertos tipos tradicionales de procesos resultaban impropios o inadecuados para tutelar ciertos intereses (“la tercera oleada”)<sup>26</sup>. En este grupo se encuentra la legitimación de las reformas judiciales emprendidas a partir del “Consenso de Washington” por los países latinoamericanos, es decir, el proyecto de inclusión del proceso de desjudicialización de los conflictos en los ordenamientos jurídicos nacionales a través de los “sistemas alternativos de justicia”.

La relación entre el “Acceso a la Justicia” y la conciliación extrajudicial se torna en una cuestión teórica y operativa. El “acceso a la justicia”, como una realización de la libertad e individualidad de la persona en sociedad, a través del Estado o fuera de este, es un concepto que tiene un nexo jurídico operativo entre el movimiento de acceso a la justicia y la conciliación extrajudicial. La conciliación es parte del programa de dicho movimiento y considerada como un fenómeno jurídico de la “tercera ola”. En esta tercera ola incluye el proceso de desjurisdiccionalización de los conflictos sociales a través de instituciones procesales, entre ellas, la conciliación extrajudicial.

Este movimiento es el que plantea y legitima los estudios de los “MASCs” y, especialmente, de la conciliación extrajudicial<sup>27</sup>. Sin embargo, es discutible si este movimiento parte, como dicen sus autores, de principios o valores universalizados, mínimos éticos compartidos, como son los derechos humanos de segunda generación. Es cuestionable también si este movimiento “cosmopolita” es el resultado del proceso de globalización jurídica en el cual los agentes económicos internacionales encontraron una legitimación jurídica y cultural para iniciar el proceso de “desjurisdiccionalización de los conflictos” según sus propios intereses políticos, económicos, etc.

### **2.1.1.3. La Noción Jurídica del Acceso a la Justicia**

---

nivel constitucional, proclaman la existencia de determinados deberes o derechos, o la protección del ambiente o de los consumidores, o de la salud, sino que debe extenderse a una visión crítica de los instrumentos ofrecidos a los individuos y a los grupos para rendir efectiva tal protección”. Mauro Cappelletti, “L’Acceso alla Giustizia e la Responsabilità del Giurista”, 269-71, citado por Ariano, Op. Cit., 178.

<sup>26</sup> Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El Acceso a la Justicia. La Tendencia en el Movimiento Mundial para hacer Efectivos los Derechos*, 24-49.

<sup>27</sup> “Si con una visión retrospectiva quisiéramos ubicar el origen de los denominados MARC tenemos necesariamente que pasar revista por aquel movimiento cultural y de reforma que se desarrolló después de la segunda guerra mundial y cuyos años de oro podemos ubicarlos en el veinteno 60-80. Nos referimos al cappellettiano “movimiento por el acceso a la justicia” (...). Eugenia Ariano, Op. Cit., 178.

La preocupación entre el formalismo que representaba la dogmática procesal clásica con respecto al proceso y la improbable realización de la justicia ha sido una constante desde el siglo XIX<sup>28</sup>. La contradicción entre el Estado liberal del siglo XIX -positivista y legalista- y la ebullición de los movimientos sociales del siglo XX terminó por establecer una nueva concepción de la justicia y del Estado (“Welfare State”). El movimiento por el acceso a la justicia propuso una serie de reformas para lograr un acceso a todos los ciudadanos. La filosofía política de este movimiento está relacionada con el valor o principio fundamental de la igualdad: una igualdad “sustancial”, “efectiva”, sustento del “Estado de derecho”<sup>29</sup>. Además, el estudio del acceso a la justicia se vincula con la historia del proceso y de forma extensiva, con las fórmulas, procedimientos y medios institucionalizados o no de solucionar los conflictos sociales de relevancia jurídica.

El movimiento por el acceso a la justicia, como movimiento ideológico en el derecho, no sólo constituyó un movimiento cultural, sino que propuso una serie de reformas en los sistemas jurídicos definiendo el propio concepto de “acceso a la justicia” sobre dos finalidades del ordenamiento jurídico: el sistema debe ser igualmente accesible para todos y la solución debe ser individual o socialmente justa. En consecuencia, la gente podría hacer valer sus derechos y solucionar sus conflictos a través del planteamiento teórico de nuevas formas operativas que cumplan estas dos finalidades<sup>30</sup>.

En el caso del tratamiento constitucional y legal del “acceso a la justicia”, este desarrollo histórico ha sido muy variado. En el ámbito constitucional, el tratamiento de la solución de conflictos es producto del proceso de constitucionalización de las garantías judiciales. El concepto político jurídico de “Debido Proceso” es una institución constitucional y procesal que implica una nueva concepción en lo que representa la justicia y la forma de llegar a ella para la sociedad moderna. Así, es inviolable por la ley el medio por el cual el Estado cumple con el rol de adjudicador y soluciona el conflicto entre las partes: es una coraza más de protección a los intereses de las partes frente al “Ius Punendi” o la “jurisdictio” estatal.

En el campo legal, la prohibición de acceder a la justicia por “mano propia” (autodefensa) -medio no institucionalizado- es la restricción paulatina de la capacidad de las personas, ofreciéndosele “a cambio un sistema que debe mostrarse eficaz”<sup>31</sup>. Estas restricciones las encontramos en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú de 1993

---

<sup>28</sup> Santiago Sentís Melendo, “Presentación”, en Vittorio Denti, *Estudios de Derecho Probatorio* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974), 8-9.

<sup>29</sup> “Este es el criterio que diferencia el tradicional “Estado de derecho” del moderno “Estado social de derecho”. En otras palabras, la idea del “acceso” ha sido afirmada como esencial criterio de una moderna concepción social-liberal del Estado, entendido como *Welfare State*”. Cappelletti, Op. Cit., 273, citado por Ariano, Op. Cit., 179.

<sup>30</sup> “Las palabras “acceso a la justicia” no se definen con facilidad, pero sirven para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos. Nuestro enfoque, en este caso, será en especial sobre el primer propósito, el acceso pero necesariamente tendremos en cuenta el segundo... Este enfoque, según será, va mucho más allá que todos los anteriores. Quizá se haya originado en la desaparición de la fe tradicional en la solidez de nuestras instituciones legales y sea inspirado por el deseo de hacer reales y no simplemente simbólicos los derechos de la gente común, por lo que exige reformas de gran alcance y una nueva creatividad”. Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El Acceso a la Justicia. La Tendencia en el Movimiento Mundial para hacer Efectivos los Derechos*, 9-10.

<sup>31</sup> Francisco Ramos Méndez, *El Sistema Procesal Español* (Barcelona: Bosch, 1997), 123.

sobre la “administración de justicia”<sup>32</sup>. En el derecho constitucional comparado, encontramos como icono de la prohibición de la autotutela a la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917<sup>33</sup>. La consagración jurídica de la autotutela o autodefensa solo es permisible en casos excepcionales<sup>34</sup>, tanto en el ámbito civil como en el penal, como bien lo señalan los Códigos Civiles y Penales del Perú<sup>35</sup>. En consecuencia, tenemos claro que existe un concepto de justicia o de acceso al bien social de justicia dentro del campo constitucional y de la legislación que tiene como contenido una concepción de entender la justicia, es decir, una apropiación ideológica de lo que la sociedad considera justo e injusto, como es el caso de la justicia a “mano propia”. Esta es una de las primeras diferencias entre medios justos lícitos e ilícitos, entre medios formales y no formales, como sucedería con la conciliación extrajudicial.

### 2.1.2. El Proceso Civil

Desde el plano histórico social, las exigencias de distintas clases, enfrentadas al poder estatal monárquico absolutista, se centraban en demandar seguridad para atenerse a los efectos de su propio accionar político, social, económico y, sobre todo, de los actores estatales. Especialmente la necesidad de una clase, la burguesía, de controlar el sistema normativo que regulaba sus actividades económicas determinó los criterios de legitimidad del principio de *seguridad jurídica*<sup>36</sup>.

Por otro lado, en el plano teórico se realizó el primer paso para configurar un sistema normativo de protección de los derechos humanos. Se consideró que el elemento formal (la seguridad jurídica) de los derechos humanos era esencial para su materialización en una realidad legal y social<sup>37</sup>. Después de un proceso político tan largo como intenso, las garantías formales de la seguridad jurídica se manifestaron como *garantías*

---

<sup>32</sup> “Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

<sup>33</sup> En el Perú, ha habido una serie de constituciones que prohíben la autotutela desde la Constitución de 1823. Una de las primeras constituciones latinoamericanas fue la mexicana cuyo precepto constitucional se ha repetido en las demás constituciones de la región. El artículo 17 de la Constitución Mexicana dice lo siguiente: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho (...)”.

<sup>34</sup> Existe la autodefensa en la “legítima defensa, el derecho de retención, el de huelga, la posibilidad de cortar árboles o plantas del vecino que invadan mi predio, aun la propia *exceptio de nos adimpleti contractus*. Y en el derecho internacional, la guerra como la ultima *ratio*”. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 2ª ed. (Bogotá: Temis, 1999), 2.

<sup>35</sup> En la legislación nacional, existen dos excepciones de a la prohibición de la autotutela: la “Legítima Defensa” regulada en el artículo 20 del Código Penal y la “Defensa Posesoria” señalada en el artículo 920 del Código Civil.

<sup>36</sup> La finalidad formal de los derechos humanos, es la *lucha contra la arbitrariedad* o la reivindicación de la *seguridad jurídica*. Guy Haarscher, *Philosophie des Droits de l’Homme* (Bruselas: Éditions de la Université de Bruxelles, 1993), 25-7.

<sup>37</sup> Karel Vasak, “Los Derechos Humanos como Realidad Legal”, en Karel Vasak (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos* (Barcelona: Serbal / Unesco, 1984), 27-35.

*constitucionales*. Actualmente, la noción jurídica anglosajona del *due process of law* ha logrado reunir bajo su seno este carácter formal de los derechos humanos<sup>38</sup>.

El carácter alternativo de la conciliación extrajudicial en el Perú como un medio o procedimiento al cual podemos recurrir antes que al proceso -según la ley de conciliación- implica no solo una nueva visión de la conciliación extrajudicial sino del propio proceso judicial. Reparemos sobre este medio hétérocompositivo o adjudicador de decisiones, el cual es criticado por las “teorías modernas” de la dogmática procesal.

### **2.1.2.1. Los Aspectos Históricos del Proceso**

El estudio histórico del proceso es en realidad un objetivo tan encomiable como amplio. El origen del proceso está relacionado con la coerción social y la institucionalización de la jurisdicción como capacidad social del Estado de solucionar monopólicamente los conflictos que suceden en su seno. Asimismo, se afirma que la explicación del nacimiento del proceso se origina con el paso de la acción directa -irracional y parte del imaginario del Estado de Naturaleza hobbesiano- a la acción civil, acto racional y social que implica aceptar que el “conflicto de intereses debía ser resuelto por una persona que no fuera partícipe de este, es decir, por alguien que fuera ajeno a sus efectos”<sup>39</sup>. Sin embargo, esta división está consagrada a esconder u oscurecer el proceso complejo entre la potestad del Estado y su poder jurisdiccional en toda la historia occidental. En la época primitiva, en la edad antigua, en culturas como la egipcia, los fenicios, hebreos, griegos y romanos, se repite una constante: la lucha entre el Estado como constitución de un espacio político mucho mayor que los espacios políticos locales de estas culturas y su imposición o coerción para lograr establecer un orden mucho más amplio y complejo a través del derecho.

Un segundo punto que oscurece nuestro análisis es la contemplación dogmática y la apropiación liberal. La contemplación dogmática es el análisis del “proceso” como un devenir discursivo sin ninguna alteración histórica normativa desde Roma hasta nuestros días, cuando el fenómeno del “proceso” ha cambiado según las necesidades sociales, políticas, ideológicas y culturales de cada sociedad. Por otro lado, la apropiación liberal es aislar el proceso del contexto social y concebir la instrumentalización del proceso dentro del discurso liberal. Ello se expresa actualmente en la supuesta “libertad” de las personas para elegir la forma de solucionar los conflictos -a través del supuesto contrato social- y superar el Estado de naturaleza de violencia o de ignorancia<sup>40</sup>.

Sobre el discurrir temporal de los antecedentes del proceso moderno, el caso romano es muy particular. Ciertamente este es uno de los primeros modelos del proceso judicial -junto con la tradición germana-. Tanto los procedimientos civiles romanos, la

---

<sup>38</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ensayos de Derechos Procesal* (Buenos Aires: Jurisprudencia, 1944), 547-679; Eduardo Couture, “La Garanzia Costituzionale del Dovuto Processo Legale”, *Rivista di Diritto Processuale* (Milán), Vol. IX (1954), 802-13; el mismo autor, “El Debido Proceso como Tutela de los Derechos Humanos”, *Revista La Ley* (Buenos Aires), t. 72 (1953), 802-13; Arturo Hoyos, *El Debido Proceso*, 1ª reimpr. (Bogotá: Temis, 1998), 17 y ss.; Marcelo De Bernardis, *La Garantía Procesal del Debido Proceso* (Lima: Editorial Cuzco, 1995), 386; Iñaki Esparza Leibar, *El Principio del Debido Proceso* (Barcelona: Bosch, 1995), 67 y ss.

<sup>39</sup> Juan Monroy Gálvez, Op. Cit., 3.

<sup>40</sup> “La Elección de la persona encargada de resolver los conflictos de intereses intersubjetivos se hizo con criterios diferentes en las distintas culturas primitivas. Es probable que inicialmente algunas sociedades eligieran al más fuerte a fin que la decisión tuviera un elemento coercitivo adicional”. Juan Monroy Gálvez, Op. Cit., 4.

acción de la ley<sup>41</sup>, el procedimiento ordinario<sup>42</sup> y el procedimiento extraordinario<sup>43</sup>, tenían una serie de características propias de los condicionantes materiales, culturales y políticas de la sociedad romana. Con la tradición jurídica romana se comienza a conceptualizar las primeras nociones de proceso, aún muy unidas al concepto de acción. Sin embargo, la forma de los procedimientos judiciales romanos es un aporte invaluable y sustantivo a la doctrina procesal. En esta evolución del proceso, el maestro Mauro Cappelletti nos aclara que el desarrollo histórico del proceso se encuentra relacionado con la concepción imperante de la sociedad. Como ejemplo, la sociedad feudal plasmaba su jerarquía social y estamental, su desarrollo organizativo desigual en las instituciones procesales (medios probatorios y otros)<sup>44</sup>.

La vinculación entre las ideologías que forman la base del derecho sustancial, público y privado, y de sus institutos con el derecho procesal se manifiesta en todo el devenir histórico de las sociedades occidentales. En la época feudal, en la Edad Media, en los “Tiempos Modernos”, en el derecho actual -llamado “derecho burgués” o “derecho liberal”-, el derecho adjetivo o procedimental responde al derecho sustantivo y éste responde a la ideología que es hegemónica en una sociedad y en un tiempo determinado. El proceso es un producto moderno, es un producto donde el Estado actual cumple el supuesto de tercero que dirime la ruptura del pacto social entre los hombres mediante el conflicto y sólo aplicando la ley (“voz del pueblo”, “voz de la nación”) se reconstituye nuevamente el pacto social. El proceso es solución del conflicto regulado, en igualdad de condiciones para las partes, con los mismos derechos y oportunidades.

Sin embargo, el proceso no logra la satisfacción del interés o volver al contrato social -dirán los liberales modernos-, es decir, que por su ineficacia no lo consigue o por la percepción de lo “justo” en la ley, no lo realiza. Tanto el mecanismo adversarial y formalista otorgado por el proceso a las partes, no lograría solucionar los conflictos sociales que caen en su ámbito. En consecuencia, el proceso cae en obsoleto.

### **2.1.2.2. Noción Jurídica del Proceso**

El proceso se puede definir como una serie de actos que suceden temporalmente con una relación entre sí por el carácter teleológico que cumplen como un todo. La finalidad que se apremia es la justicia a través de la certeza del juez<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Mirta Beatriz Álvarez e Irma García Netto, “Acciones de Ley”, en Nelly Dora Louzan de Solimano (com.), *El Procedimiento Civil Romano. Su vigencia en el Derecho Argentino*, 2ª ed. (Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1996), 47-66.

<sup>42</sup> Héctor Della Costa, “El Procedimiento Formulario. Generalidades. Ubicación Histórica”, en Nelly Dora Louzan de Solimano (com.), Op. Cit., 67-88.

<sup>43</sup> Carlos L. Rosenfeld, “Procedimiento Extraordinario”, en N. Louzan (com.), Op. Cit., 113-21.

<sup>44</sup> “(...) puede colegirse del estudio de los sistemas feudales, en los cuales los institutos del derecho sustancial reflejaban con bastante claridad una concepción o ideología diferenciada, jerárquica, antiigualitarista de la sociedad. Esta ideología antiigualitarista penetraba en el proceso bajo formas diversas y múltiples”. Mauro Cappelletti, *Proceso, Ideologías, Sociedad*, 6.

<sup>45</sup> “El proceso es una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y que se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata”. Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 21ª ed. (México: Editorial Porrúa, 1994), 640.

Dentro de la tradición crítica del derecho, la opinión del profesor Oscar Correas -siguiendo de alguna manera a Cappelletti-, entiende al proceso como una expresión ideológica de nuestra sociedad, de su composición o estructura social, de sus intereses. Este autor llega al extremo de decir que el “proceso” tiene la forma de un contrato<sup>46</sup>. Dejando de lado la posible crítica hacia la vieja concepción contractual del proceso, traída a colación por este jurista, lo cierto es que el proceso judicial es una expresión de su tiempo. Como hemos mencionado, Cappelletti afirmaba que las características obvias del proceso como la igualdad de las partes o el valor de los medios probatorios son productos actuales de la sociedad moderna y capitalista, características que no se repetían en los sistemas judiciales feudales de la Edad Media o del “Antiguo Régimen”.

Sin embargo la definición de proceso encierra no solo una naturaleza política o social sino técnica. La diferencia entre proceso, procedimiento o juicio es tan central para nuestra investigación que nos es imperativo mencionarla<sup>47</sup>. El proceso “como instrumento necesario para que los órganos jurisdiccionales cumplan su función”, tiene una cercanía conceptual con el procedimiento, el juicio y el acto procesal<sup>48</sup>. En la distinción que realizan entre proceso y procedimiento, los juristas Monroy Gálvez y Montero Aroca, a parte del origen histórico en el plano metodológico del estudio procesal de ambos conceptos, podemos concluir lo siguiente:

1. El procedimiento, en este sentido histórico, equivale a la forma.
2. El procedimiento es un concepto que puede ser aplicado a cualquier actividad o función estatal (procedimientos judiciales, administrativos, electorales, etc.).
3. El procedimiento es la consecución o sucesión de actos que realizan los órganos estatales. Sin embargo, esto no implica que no puedan realizarlo órganos privados por mandato de una norma jurídica. En consecuencia, el procedimiento implica la actividad administrativa que “se realiza en cualquier actividad jurídica”.
4. El procedimiento judicial es la sucesión de actos o la actividad judicial que desarrollan exclusivamente los órganos jurisdiccionales.
5. El proceso “es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional”, es decir, tiene una “estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan”.
6. Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento.

---

<sup>46</sup> “De la misma manera, el juicio civil tiene la forma de un contrato. El juez es designado por el Estado; pero las partes pueden recusarlo, aún sin causa. Pero luego que se ha aceptado su jurisdicción, igual que cuando se acepta el cambio [se obliga contractualmente], no es posible la retractación, como tampoco lo es en la compraventa. Luego, como ambas partes son iguales, tienen las mismas oportunidades. Pueden presentar el mismo número y calidad de testigos, pruebas, confesiones, etc. Llegado el caso, pueden transar voluntariamente y sin que el juez tenga la posibilidad de evitarlo. El derecho norteamericano ha llevado este principio donde no se ha atrevido el derecho francés de raigambre: el fiscal puede transar con el criminal, reducir la acusación, a “cambio” de la delación de sus cómplices o jefes”. Oscar Correas, *La Ciencia Jurídica*, 63.

<sup>47</sup> Juan Montero Aroca *et al.*, *Derecho Jurisdiccional*, vol. I, 7ª ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997), 295-8; Juan Monroy Gálvez, Op. Cit., 132-6.

<sup>48</sup> En el caso de proceso y juicio – término muy poco usado por el lenguaje técnico jurídico – es mucho más simple. El “juicio” ha sido considerado como sinónimo de sentencia o “prueba” en su sentido estricto (“certeza”). El juicio se refiere a la acción de juzgar. En el caso de enjuiciamiento – termino del lenguaje técnico jurídico español – involucra proceso, procedimiento y juicio. Las nociones de proceso, procedimiento y juicio nos servirán para determinar el concepto de conciliación.

7. Algunos procedimientos judiciales no tienen la forma externa de un proceso -en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente como son los de jurisdicción voluntaria-.
8. Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos.

### **2.1.2.3. Las Características del Proceso**

La doctrina procesal ha establecido una serie de características al proceso. Como señala el maestro español Montero Aroca, el proceso como institución jurídica es de carácter “instrumental, artificial y técnico”<sup>49</sup>. En el caso de la característica de la instrumentalidad del proceso, ésta debe ser entendida no solamente como la distinción entre normas sustantivas (materiales) y normas procesales (formales), sino que las normas procesales son instrumentales porque sirven como una forma, un medio, un mecanismo para la realización de las primeras. Así, para la realización del derecho privado y del derecho penal se establecen el derecho procesal civil y penal respectivamente, ya que estos medios no “atribuyen de modo directo derechos subjetivos y obligaciones, al limitarse a regular el medio por el que se obtiene del Estado-Juez el efectivo cumplimiento de esos derechos y obligaciones”.

Asimismo, Montero Aroca señala que el proceso como instrumento hace referencia a que es el medio a través del cual los órganos jurisdiccionales estatales han de cumplir la función que les asigna la Constitución y la ley y, también, a que el proceso es el medio por el cual las personas o ciudadanos pueden satisfacer el derecho a la tutela judicial que se les reconoce constitucionalmente -satisfacer sus “intereses”-.

La característica artificial del proceso hace referencia a que es una creación de la norma, del derecho y que se distingue, especialmente, de instituciones jurídico materiales (compra-venta) o medios de solución de conflictos (autodefensa o la autotutela). En el caso de la conciliación, según el espacio tiempo histórico, esta característica puede asemejarla al proceso o distanciarla. A veces la conciliación es recogida por el derecho (“ley”) y otras veces es una creación de este derecho. Sin embargo, casi siempre, en la mayoría de casos, la conciliación es un instrumento artificial.

El carácter técnico del proceso está referido a su naturaleza formal concatenada. Como dice Montero Aroca, “los procesos son así instrumentos técnicos al servicio de los órganos jurisdiccionales, dependiendo su conformación de razones técnicas”. Este instrumento técnico contiene principios procesales que se han formado históricamente y tienen una dimensión ideológica y política, por lo cual el carácter instrumental no aleja al proceso de su “parcialidad social”. Esta expresión integral del proceso se aprecia en su dimensión dogmática jurídica (artificialidad), en su dimensión normativa legal (técnica) y constitucional (garantías constitucionales) y, finalmente, en su dimensión ideológica (“parcialidad social”).

### **2.1.2.4. El Derecho Procesal y la Teoría Sistémica**

Tendencias actuales plantean una modificación del objeto de estudio de la teoría general del proceso. Es decir, hay diversos medios, mecanismos e instituciones que son fórmulas para solucionar las contiendas jurídicas (conflictos sociales relevantes jurídicamente), sin

---

<sup>49</sup> Juan Montero Aroca *et al.*, Op. Cit., 284-6.

embargo, no existe disciplina jurídica que las estudie. Indudablemente, este es un acercamiento al planteamiento neoinstitucionalista de Douglas North con respecto a las normas formales y no formales que incluiría como objeto de estudio a los medios legales y no legales de solución de conflictos sociales.

Por otro lado, el jurista mexicano Flores García señala la necesidad de nominar a esta nueva área de estudio que involucra las funciones sociales por las cuales se pone fin a los conflictos, reconociendo la dificultad de encontrarle un *nomen juris* idóneo. Pese a ello, se ha intentado norminar con la “teoría de la composición litigiosa”, la “teoría general de las soluciones de los conflictos de intereses”, la “teoría del litigio” y de su composición, encontrando todos estos nombres insatisfactorios<sup>50</sup>.

Actualmente, el acceso a la justicia es una aspiración totalmente divorciada del Poder Judicial por la ineficiencia de este órgano técnico-político del Estado. Junto a otros factores sociales, económicos, culturales y políticos, los discursos jurídicos actuales, fundamentados en estudios sociológicos sobre la actuación y eficacia de la llamada “administración de justicia”, han concluido en una necesaria reforma judicial y en la idea esbozada por la magistrada norteamericana Sandra Day O’Connor en la necesidad del carácter obligatorio de los MASCs en Estados Unidos, porque hasta el momento éstos son facultad de las partes y potestad del juez exigirlos<sup>51</sup>.

Desde la elaboración de los principios que rigen la actividad jurisdiccional del Estado, el estudio del proceso y la tríada procesalista (acción, jurisdicción y proceso) ha posibilitado la construcción de un sistema de normas autónomas que integran el “Derecho Procesal” y que son parte del derecho público, parte de la facultad de creación jurídica estatal<sup>52</sup>. Sin embargo, esta definición clásica ha comenzado a ser cuestionada. La ampliación metodológica y dogmática jurídica del estudio de los medios de solución de conflictos como una disciplina autónoma del derecho es aún un tema de debate académico. El estudio de los medios utilizados para solucionar los conflictos de intereses jurídicos comprendería:

1. La “autodefensa” dentro de la autocomposición (*inter partes*) en sentido lato.
2. La “autocomposición restringida” o transacción, renuncia de la pretensión, una forma de la conciliación y allanamiento.
3. El “proceso jurisdiccional”, aunque cabe señalar que en México hay juzgamiento material de conflictos, llevados a cabo por órganos no pertenecientes al Poder Judicial.
4. El campo de los “Medios Alternativos de Solución de Conflictos o Litigios” distintos del proceso civil. En nuestro caso, me refiero a la mediación, al

---

<sup>50</sup> Fernando Flores García, Op. Cit., 144.

<sup>51</sup> “Los tribunales de este país no deben ser el lugar donde comience la resolución de disputas. Deben ser los espacios donde los conflictos finalicen, después de haberse examinado e intentado los métodos alternativos de resolución de disputas. Los tribunales de nuestras diversas jurisdicciones deben ser considerados los tribunales del último recurso”. Sandra O’Connor, “Consumer Dispute Resolution: Exploring the Alternatives”, discurso de apertura en la *American Bar Association National Conference* (Washington: 1983), citada por Larry Ray, “El Sistema Legal descubre Nuevas Herramientas: Las Técnicas de Resolución de Disputas”, en Karen Grover Duffy, James W. Grosch y Paul V. Olczak, *La Mediación y su Contextos de Aplicación*, (Barcelona: Paidós, 1996), 229.

<sup>52</sup> Nelly Dora Louzan de Solimano, “Principios del Procedimiento Civil”, en Nelly Dora Louzan de Solimano (com.), Op. Cit., 10.



avenimiento, a la amigable composición y naturalmente al arbitraje y a un tipo de la conciliación, de carácter heterocompositivo.

Dicha disciplina jurídica sería más amplia que la actual teoría general del proceso, ya que esta última estudiaría la tríada procesal y constituiría una vertiente de esta nueva rama del derecho. Como afirma el jurista mexicano Cortés Figueroa -opinión compartida por la doctrina procesal mayoritaria-, el “proceso” no es la única manera de solucionar situaciones y estados conflictivos porque en la historia de la humanidad y en los sucesos actuales, los hombres han buscado diversos caminos, entre los que hay que tener presentes desde la “venganza de propia mano”, hasta el más respetable arbitraje privado. Las otras “formas” suelen consistir en el allanamiento, la renuncia de las pretensiones, la intervención de conciliadores (improvisados o de oficio), la transacción (como arreglo de “toma y daca”) y aun la violencia misma. Tan distintas formas exigen, obviamente, un mínimo tratamiento sistemático, incluyendo a las formas “excluyentes del proceso y a los equivalentes jurisdiccionales”, que ajenas al proceso son también compositivas del litigio<sup>53</sup>.

## **2.2. Cuarto Fundamento: Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASCs)**

Es claro que la categoría “medios alternativos de solución de conflictos” proviene de la categoría norteamericana “ADR” (“Alternative Dispute Resolution”). Asimismo, como lo hemos mencionado en este capítulo, esta categoría comprendería a una serie de procedimientos, normas e instituciones que producto de la globalización del derecho, se han convertido en un localismo “norteamericano” globalizado en los últimos diez años a raíz de las reformas judiciales y de la adopción de leyes especiales en muchos países latinoamericanos por obligaciones internacionales que estos han suscrito con organismos financieros internacionales.

Desde el planteamiento operativo que sugerimos en un comienzo, los MASCs están incluidos en una serie de reformas estatales, especialmente en el área judicial, que se ha denominado proceso de “desjurisdiccionalización o desjudicialización de los conflictos” a través de distintas instituciones jurídicas. Las políticas públicas de liberalización de los mercados y reducción de rol estatal en la sociedad son el marco de la reducción de los gastos que realiza el Estado en el sector de reforma judicial.

Por otro lado, investigaciones y estudios jurídicos contemporáneos -como los realizados por los juristas argentinos Wilde-Gaibrois, el jurista panameño Jorge Fábrega y los especialistas Dany Ertel y Roger Fisher<sup>54</sup>, han podido establecer ciertos criterios que identifiquen a los “MASCs”.

Con respecto a la denominación de estos medios, estos han sido llamados de muy diferentes maneras:

---

<sup>53</sup> Carlos Cortés F., *Introducción a la Teoría General del Proceso* (México: Cárdenas Editor, 1974), 91-3.

<sup>54</sup> Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *¿Qué es la Mediación?* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994) 11-32; Jorge Fábrega, Op. Cit., 311-30; el mismo autor, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Panamá: Editora Jurídica Panameña, 1998), 911-32; Dany Ertel y Roger Fisher, “Alternativas para la Solución de Disputas: una Guía Práctica”, en Dany Ertel (com.), *Negociación 200, La Colección de Conflict Management* (Bogotá: McGraw-Hill, 1996), 75 y ss. En el idioma italiano, tenemos el estudio de Judith Resnik, “Risoluzione Alternativa della Controversia e Processo: uno Sguardo alla Situazione Nordamericana”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 3 (1997), 700 y ss.

1. Medios Alternativos de Solución de Conflictos (“MASC”).
2. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (“MARC”).
3. Medios Alternativos de Resolución de Disputas (“MARD”).
4. Resolución Alternativa de Conflictos (“RAC”<sup>55</sup>).
5. Resolución Alternativa de Disputas (“RAD”<sup>56</sup>).
6. Formas de Conducción de Conflictos o Disputas (“FCC” o “FCD”<sup>57</sup>).
7. Medios Participativos de Justicia (“MPJ”).
8. Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos (“SARC”<sup>58</sup>).

No es verdaderamente significativa la denominación de estos medios alternativos al proceso jurisdiccional sino su conceptualización y los medios que se incluyen en esta amplia clasificación. En sí, esta clasificación contiene un carácter alternativo político y “social”. El carácter político se involucra con el establecimiento de políticas públicas y programas de cooperación internacional cuyo objetivo es desarrollar estos “MASCs” con fines políticos determinados. El carácter social está relacionado con la finalidad social que cumplen estos medios en la sociedad con respecto al rol del Poder Judicial y a la eficacia de las reformas judiciales. Finalmente, el carácter alternativo tiene la finalidad de interiorizar en el conocimiento ciudadano las diversas instituciones jurídicas distintas a la jurisdicción estatal, de carácter eminentemente privada y que solucionan con “mayor efectividad” los conflictos sociales.

La naturaleza de los “MASCs” es subsidiaria y complementaria. Es la característica de “alternatividad” la que distingue esta nueva categoría jurídica de los conceptos clásicos de medios de solución de conflictos: la participación en la solución de “terceros” o de las propias partes (“autocompositivo”). El carácter “alternativo” de los MASCs evoca la vieja dicotomía entre lo público y lo privado, entre la justicia consensual y la justicia estatal, aunque operativamente no se ha querido presentar así al sistema de justicia de los MASCs. La presentación de los MASCs se basa en la posibilidad de las partes de elegir dos caminos: la justicia consensual o la estatal. El carácter autocompositivo pasa a un segundo plano y se revaloriza la “consensualidad” en nuevas formas de solucionar los conflictos, por lo cual se incluye el arbitraje, que pese a ser heterocompositivo, es consensual porque en todo momento las partes llevan adelante este procedimiento.

La justificación para el estudio previo de los mecanismos de solución de conflictos se debe a la necesidad de aclarar la supuesta naturaleza jurídica proteiforme de la conciliación como afirman muchos juristas<sup>59</sup>. Esta institución participa eventualmente de

---

<sup>55</sup> Marinés Suares, Op. Cit., 47; Zulema Wilde y Luis Gaibrois, Op. Cit., 12.

<sup>56</sup> Linda R. Singer, *Resolución de Conflictos* (Barcelona: Paidós, 1996), 9; Jorge Fábrega, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 914.

<sup>57</sup> Estas dos últimas formas de clasificación a los “MASCs” son mencionados por el experto en mediación, el argentino Suares, al señalar que la palabra inglesa “management” ha sido comúnmente traducida como “gerenciamiento”, “coordinación”, “manejo”, tratando de alejarse al campo empresarial y de la psicología, buscando una denominación nueva para la mediación. Marinés Suares, Op. Cit., 42 y 69; Dany Ertel (com.), Op. Cit.

<sup>58</sup> Juan Enrique Vargas, “Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos como Alternativa de Política Pública en el Sector Judicial”, *Revista Sistemas Judiciales* (Santiago de Chile), Año I, Nº 2 (dic. 2001).

<sup>59</sup> Augusto Mario Morello, “Nota para el Estudio de la Conciliación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Argentina de Derecho Procesal* (Buenos Aires), Nº 1 (1968), 69.

algunas, varias o todas las notas propias de esas otras figuras que son modos anormales o distintos de la terminación clásica del proceso, es decir, distintos a la sentencia; pero si identificamos el concepto de la conciliación, podemos establecer su relación con otras instituciones como son el allanamiento, el desistimiento, la renuncia, el reconocimiento, etc.

### **2.2.1. Aspectos Históricos de los MASCs**

El estudio clásico de los “MASCs” desde un punto de vista jurídico ha sido realizado por diversos autores, a raíz del movimiento académico internacional de “Acceso a la Justicia” impulsado por Garth y Cappelletti. Entre esos estudios, cabe rescatar la síntesis que realiza el jurista panameño Jorge Fábrega. Este jurista encuentra un origen tan remoto como es el derecho romano para estos medios alternativos al proceso judicial<sup>60</sup>. Trataremos de interpretar muchas de las afirmaciones de este autor a favor de nuestro propio estudio.

#### **2.2.1.1. La Heterocomposición y la Autonomía Privada**

Fábrega menciona que desde la antigüedad, específicamente desde la antigua china, existían referencias sobre los “MASCs” con el fin de que las partes aprendiesen a superar sus diferencias de intereses a través de acuerdos<sup>61</sup>. Igualmente, Fábrega se refiere como antecedentes al “proceso formulario” romano, el cual se equipara como un proceso arbitral por el carácter dispositivo del procedimiento; y, mucho después, al proceso que se llevaba ante el “Tribunal de Aguas de Valencia”, el cual mediaba desde el siglo XIII (entre 1239 y 1321 bajo el reinado de Jaime II), entre los campesinos para regular el conflicto sobre la racional utilización del agua, uno de los problemas más importantes y constantes de la región<sup>62</sup>.

Lo cierto es que frente a la dogmática procesal que estudia el sistema de solución de conflictos a través del proceso y la jurisdicción, Fábrega plantea un recuento histórico de los MASCs mediante los antecedentes de la conciliación. Asimismo, este autor nos recuerda que el origen del Estado trae como consecuencia la monopolización de la justicia desde un punto de vista político y la instauración del proceso jurisdiccional, desde un punto de vista procesal. La heterocomposición, cúmulo de procedimientos en los cuales los conflictos sociales de relevancia jurídica se solucionan por la decisión de un tercero, está íntimamente referida al Estado a través de la jurisdicción. Dentro de los procedimientos heterocompositivos, el denominado “proceso jurisdiccional” por el maestro Carnelutti, según Fernando Flores García, “es la formula mejor y más utilizada”.

---

<sup>60</sup> Jorge Fábrega, “Los Medios Alternativos...”, 311; y en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 911.

<sup>61</sup> Fábrega cuenta que “en la antigua China, se cuenta que el Emperador Kang Hsi consideraba que era propio del hombre vulgar caer en pleitos y que por eso aconsejaba que los tribunales fueran “espantosos, podridos, modelos de mal trato”, para ahuyentar a los litigantes crónicos y desalentar toda forma adversaria”. Jorge Fábrega, “Los Medios Alternativos...”, 311.

<sup>62</sup> “Las huertas de Valencia o las llanuras inmensas valencianas albergan quintas, casas de labranzas, barracas y pueblos. La tierra parcelada se trabajaba en dos momentos: durante el día, se trabajaba la tierra, y durante la noche, se regaba la tierra. La administración del agua estaba controlada por el “Tribunal de las Aguas”, el que reunía (y se reúne todavía) una vez por semana (habitualmente los jueves al mediodía), en las puertas de la catedral de Valencia”. Jorge Fábrega, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 911.

A pesar de este breve recuento histórico, el estudio de los “MASCs” como una categoría jurídica puede ser perfilado desde la dimensión política y jurídica en una arista común: la experiencia norteamericana. La sociedad norteamericana no tiene pasado más que los antecedentes de otras instituciones jurídicas similares a la conciliación o mediación que se desarrollaban en espacios locales de comunidades religiosas, étnicas, etc. y que cumplían funciones diferentes. Actualmente, los “MASCs” son apreciados como mecanismos creados desde el ámbito privado de la sociedad, con una naturaleza “contractual” o “patrimonial” notoria sin contar la presencia o intervención del Estado. Esta idea ha sido mantenida desde que se comenzó a repensar sobre la posibilidad de incluir los MASCs en nuestra legislación<sup>63</sup>.

Es importante señalar a la autonomía privada como principio político-jurídico que sustenta los “MASCs”. La autonomía de la voluntad privada es el principio que legitima el uso alternativo de la conciliación frente a la otra fuente del derecho que es la ley, la cual sustenta la jurisdicción y regula el accionar del Estado. La libertad de los hombres es el sustento de la consensualidad para solucionar los conflictos. Desde los conceptos de Duguit, Colin y Capitant, y de juristas franceses del siglo XIX, queda claro el carácter biunívoco de las fuentes del derecho desde la visión liberal: la ley y la voluntad privada. Sobre la base de esta voluntad privada, la cual debía ser protegida frente al accionar del Estado mediante la protección de la ley, se reguló la sociedad moderna.

El contenido del principio de la autonomía de la voluntad se expresa en el derecho en dos principios contractuales: la libertad de contratar y la libertad contractual. Ambos principios están limitados, así como la voluntad privada a través de las barreras infranqueables señaladas por la ley nacional: la norma imperativa que contiene disposiciones de orden público, la moral, las buenas costumbres, nociones jurídicas con un alto contenido valorativo e ideológico de la sociedad y manifestados a través del derecho<sup>64</sup>.

Este fue un proceso histórico sumamente complejo. El voluntarismo romano, el principio “pacta sunt servanda”, las posiciones actuales del voluntarismo y normativismo (parte del positivismo jurídico kelseniano) no hacen más que reafirmar el principio de la libre voluntad como eje jusfilosófico del ordenamiento jurídico nacional y mundial.

### **2.2.1.2. Los MASCs en la Sociedad Moderna y en el Perú**

Los “MASCs” son una producción reciente del sistema capitalista mundial. Su origen es señalado en la década de 1970 en Estados Unidos. A partir de esa fecha, frente a la onerosidad del sistema judicial norteamericano, la utilización de estos medios fue en aumento hasta que se incorporó al sistema legal estadounidense. En algunos Estados, como

---

<sup>63</sup> “La solución contractual [los MASCs], es en cambio, mas cómoda y fácil para el litigante, colaborando al mismo tiempo con la Celeridad Procesal. Esta puede ser intentada por espontánea voluntad de cualquiera de las partes o por la mediación de un tercero, al mismo tiempo que advertido de las diferencias, no hace otra cosa que buscar el camino para que, antes de accionar, encuentren la coincidencia. Este tercero, avenidor, conciliador, puede ser un particular o un funcionario”. Néstor Eduardo Pomareda Chávez-Bedoya, *La Conciliación y la Celeridad Procesal*, Tesis para optar el Grado de Bachiller (Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional mayor de San Marcos, 1974), 104.

<sup>64</sup> Estos límites son claros cuando se da el tratamiento constitucional y legal de los derechos humanos y otros bienes jurídico constitucionales. Es el caso de las críticas del multiculturalismo contra el monoconstitucionalismo liberal latinoamericano actual que no reconoce los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas. César Gamboa Balbín, Op. Cit., 30.

es el caso de la mediación en California, se instituyó los MASCs como un requisito de procedibilidad o instancia obligatoria, previa al proceso judicial<sup>65</sup>.

El desarrollo de instituciones gubernamentales en el orden administrativo para solucionar conflictos -sin tener que llegar a recurrir a la jurisdicción y reducir en cierta manera la violencia y crisis social- se manifestó con la institución de la Defensoría del Pueblo, que por ejemplo, en el derecho francés se llama “Médiateur de la République”, o el “Ombudsman” sueco. Estas funciones cumplen un rol mediatorio entre órganos estatales y la sociedad civil.

Como lo hemos señalado anteriormente, los “MASCs” es la clasificación que agrupa procedimientos como la negociación (especie), mediación, conciliación y el arbitraje que dentro del “Movimiento de Acceso a la Justicia” son las formas de reparo frente al excesivo ritualismo y formalismo del proceso judicial. Estos medios idóneos de solución de algunos conflictos serían las herramientas sociales de una nueva cultura que propone como valores la cooperación (la solidaridad) y la autogestión (autonomía privada), valores que producen “paz y tranquilidad” en las sociedades para el progreso.

El movimiento general de “Acceso a la Justicia” ha “encontrado” una serie de limitaciones de los órganos jurisdiccionales que producen ineficacia al solucionar los conflictos. Una relación de causas ha establecido la llamada “crisis estructural” del sistema tradicional de solucionar los conflictos, entre ellos, los más importantes son<sup>66</sup>:

1. **Inaccesibilidad a los Órganos Jurisdiccionales.** El primer problema de la “justicia formal” es su inaccesibilidad para un número indeterminado de personas, grupos sociales y tipos de conflictos que supuestamente no son relevantes jurídicamente - no son contemplados en las normas sustantivas o por las normas procesales-. Este carácter inaccesible de la justicia formal se ve materializada por factores sociales más específicos:
  1. Onerosidad Procesal. Los costos económicos y sociales de llevar adelante un proceso judicial para las partes imposibilitan la solución de pequeños litigios y, en algunos casos, algunos litigios con cuantías altas.
  2. Ineficacia Temporal. La dilación en solucionar los litigios por falta de recursos materiales o “carencias presupuestarias endémicas”, se enfrenta a las necesidades de una dinámica social económica que exige una eficacia más expeditiva en los órganos jurisdiccionales. El ordenamiento jurídico procesal siempre ha sido un sistema conservador; generalmente, las reformas procesales siempre llegan tardíamente a los cambios sociales<sup>67</sup>.
  3. Barreras Culturales, Psicológicas e Ideológicas. Estas pueden ser distintas dotaciones culturales, sin embargo, algunas de las prácticas sociales están relacionadas con razón de causa al liberalismo político y al positivismo jurídico (estructura jurídica).

---

<sup>65</sup> Marinés Suares, Op. Cit., 47-8.

<sup>66</sup> Mauro Cappelletti y Bryant Garth, “Settlement of Disputes out of Court: A Comparative Report on the Trend toward Conciliation”, 5.

<sup>67</sup> En la opinión del jurista Fábrega: “en la actualidad, por ejemplo, el proceso continúa siendo formalista, lento y oneroso con preclusiones rígidas, procedimientos artificiales, divorciados de la tecnología moderna, que le corresponde en la sociedad de hoy. El justiciable que entra por vez primera en un tribunal se siente en un mundo irreal”. Jorge Fábrega, “Los Medios Alternativos...”, 313.

4. El carácter social “conservador” del juez. El derecho es aplicado por funcionarios jurisdiccionales que, por razón de su condición económico social y formación profesional, se tornan parte del sistema social estático y se transforman en una barrera infranqueable contra la actualización de las normas jurídicas.
  5. Ineficacia Procesal. El carácter formalista del derecho procesal al igual que la concepción legalista de la justicia son conceptos relacionados con el “fetichismo jurídico”<sup>68</sup>. La ley se ha preocupado y se preocupa más por una actuación y una solución de acorde a lo “legal” que por una solución “justa”<sup>69</sup>.
  6. Lenguaje Tecnificado y Elitista. El lenguaje judicial es elitista e inaccesible al público, a los ciudadanos que se encuentran en un estado de indefensión. Es una barrera social entre los abogados y todas aquellas personas que, aunque involucradas en el proceso, no lo manejan.
  7. Ineficacia Administrativa. El congestionamiento de miles de litigios en los órganos judiciales.
2. **Condicionantes Materiales.** Estos pueden dividirse en:
1. Incapacidad Administrativa y jurisdiccional para solucionar los litigios por parte de los órganos judiciales.
  2. Insuficiencia del Presupuesto del Poder Judicial para cumplir con la función jurisdiccional.
  3. Insuficiencia de órganos judiciales que se avoquen a los litigios.
  4. Aspectos relacionados con la formación y estructura de los jueces y litigantes.
  5. Aspectos relacionados con el ambiente social y geográfico.
  6. Aspectos culturales distintos a los de la naturaleza humana. Tal como lo mencionada Jerome Frank, los condicionantes materiales extra o metajurídicos son una constante en la forma de solución de conflictos dentro del Poder Judicial a través de los órganos jurisdiccionales<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Oscar Correas, Op. Cit., 68

<sup>69</sup> El formalismo jurídico, la “cultura de lo jurídico”, el “fetichismo judicial” o el “tecnicismo jurídico” son dimensiones de un mismo fenómeno que impide o restringe el acceso a los órganos judiciales: “El “tecnicismo” modalidad sofisticada del formalismo es un “valor determinante” de la jurisprudencia. Dentro de ese contexto el juez tradicional se interesa en establecer “la verdad formal” (las reglas probatorias y el instituto de las ficciones, a pesar de importantes innovaciones, desempeñan un papel dominante) y en disquisiciones “lógica-lingüística”, más que en consideraciones sociales y cuestiones de hecho. El formalismo que genera criterios lingüísticos llevan al juez a divorciarse de la realidad social y de la justicia del caso concreto. El fallo – y las argumentaciones del abogado litigante, que conoce el modo de pensar del juez - se contrae a argumentaciones y formalismos más que en aspectos de justicia. El juez que dicta una sentencia que se ajusta formalmente a la ley siente que ha cumplido adecuadamente su deber, pero la parte agraviada y el público que vive el caso quedan con una sensación de frustración y resentimiento”. Jorge Fábrega, Op. Cit., 312.

<sup>70</sup> “Aunque la situación de litigio se hubiera reducido por la exclusión de estos aspectos que están en las bases del juicio provisional y no hubiera causal relacionada con los fallos, los factores psicológicos y culturales deberán permanecer. Aunque las técnicas están a mano para el estudio de las relaciones causales de cada factor de los fallos, la manipulación colectiva precisamente está fuera de cuestión y sería absurdo intentar exponer la situación de litigio en término precisamente de variables en relaciones causales con el fallo. La formulación de semejante ecuación es una ilusión... El pronóstico del curso de los fallos o incluso un fallo particular en algunos campos por lo menos puede tal vez ser tan probable como la predicción del meteorólogo”. Jerome Frank, *Courts on Trial*, 338, citado por Jorge Fábrega, Op. Cit., 313.

3. **Insatisfacción con los Procedimientos y los Órganos Jurisdiccionales.** Cierta ineficacia -y la consecuente pérdida de confianza en el sistema- y los altos costos económicos que todo esto implica.
  1. Manipulación Social. Este es un proceso social en el cual la sociedad civil a través de los medios de comunicación, la experiencia social, el propio desempeño del Poder Judicial y otros elementos sociales producen la convicción de la incapacidad de los órganos jurisdiccionales para poder solucionar ciertos conflictos sociales (conflictos de intereses difusos, colectivos, comunitarios, locales-vecinales, etc).
  2. Rechazo de la Legalidad. La negación y la hostilidad popular a la “justicia formal”, ritualizada y elitista frente a las extralegalidades o ilegalidades, considerados nuevos ordenes jurídicos en los propios espacios nacionales cuyo objetivo es funcionar como un sistema de solución de conflictos paralelo, menos formal, flexible, de acuerdo con las modalidades del caso concreto (“La justicia del Cadi” de Weber).

Estas limitaciones de los órganos jurisdiccionales y de la “justicia formal” van deslegitimando y minando la idea del “monopolio jurisdiccional” estatal y la atribución a los órganos jurisdiccionales de la “capacidad exclusiva” de solución de conflictos sociales y económicos para los cuales “la experiencia”, ciertamente, y los estudios “objetivos” sobre este punto, han demostrado que no es el medio más eficiente<sup>71</sup>.

### **2.2.1.3. Los MASCs en el Derecho Internacional**

La negociación entre Estados (“negociación internacional”) para llegar a acuerdos internacionales antecede a los “MASCs”<sup>72</sup>. Cuando analicemos el Derecho Internacional Público del siglo XX, encontraremos que la sociedad internacional se ha organizado de tal manera que ha conformado una comunidad internacional sobre la base del orden “Westfaliano”. En este orden internacional, se desarrollaron y promocionaron los medios de solución pacíficos de controversias entre Estados que es el conjunto de procedimientos que tienen como objetivo evitar o solucionar un conflicto internacional. Estos medios de solución de controversias incluyen a la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación y el arbitraje.

Los antecedentes de los MASCs en el “derecho internacional americano” se pueden perder en distintos tratados internacionales adoptados en el siglo XIX. El internacionalista peruano Víctor Maurtua consideró que “los más lejanos antecedentes de los tratados de conciliación y arbitraje en Washington el 5 de enero de 1929, se encuentran, pues, en el Tratado del Congreso de Panamá de 1826”<sup>73</sup>. El gran jurista peruano afirmaba que el intento de las nuevas republicas americanas de constituir un orden continental americano,

---

<sup>71</sup> Jorge Fábrega, Op. Cit., 312-3.

<sup>72</sup> Juan Carlos Beltramino, *Como Negociar Internacionalmente* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994), 14 y ss.

<sup>73</sup> Víctor Maurtua, “Revisión de las Convenciones Interamericanas de Conciliación y Arbitraje”, en Domingo García Rada (com.), *Biblioteca de Cultura Peruana Contemporánea: Derecho*, vol. III (Lima: Ediciones El Sol, 1963), 293; y en Víctor M. Maurtua, *Páginas Diplomáticas* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1940), 437.

bajo el liderazgo del libertador Bolívar, tenía como pieza fundamental el buen entendimiento entre los nuevos sujetos de derecho internacional a través de la conciliación y el arbitraje. Seguramente, estas instituciones jurídicas provenían de los propios tratados europeos de los siglos XVI y XVII, o tal vez del propio tratado de la Santa Alianza de 1815 y de la experiencia histórica de la conciliación y arbitraje suizo; sin embargo, el Tratado de Panamá de 1826 moldea un *orden de justicia y solidaridad continental basado en la conciliación, que hasta ese momento se confundía con el concepto de mediación*.

Actualmente, en el orden internacional, la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), al tratar ambas la solución pacífica de las controversias, rescatan la institución de la “mediación”. Luis Solari Tudela hace referencia al tratamiento de la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 1 que señala la finalidad de esta organización<sup>74</sup>. Estos medios pacíficos mencionados en el artículo 1 se recogen en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>75</sup>. Por otra parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece en su artículo 5 que las controversias internacionales deben ser solucionadas por medios pacíficos<sup>76</sup>. Asimismo, más adelante, en la misma Carta de la Organización de los Estados Americanos, en el capítulo IV se señala los procedimientos de solución de controversias, entre los que se encuentran la mediación y la conciliación<sup>77</sup>. En consecuencia, notamos que diversos organismos internacionales y los propios Estados consideran que, en efecto, hay formas de lograr soluciones de forma pacífica y que entre los medios considerados, están la mediación y la conciliación.

En el derecho internacional público, la conciliación extrajudicial es un medio muy apreciado y privilegiado de solucionar diferencias entre los Estados. De una manera voluntaria los Estados recurren a los procedimientos de “buenos oficios”<sup>78</sup>. En consecuencia, es necesario establecer una clasificación de los medios de solución de las controversias en el derecho internacional<sup>79</sup>. Estos son:

---

<sup>74</sup> “Art. 1. Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

1. (...); y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o el arreglo de controversias (...).” Luis Solari Tudela, *Derecho Internacional Público*, 5ª ed. (Lima: Librería Studium, 1994), 231.

<sup>75</sup> “Art. 33. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales *tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación*, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”.

<sup>76</sup> “Art. 5. Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios: (...);

g) las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados Americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos; (...).”

<sup>77</sup> “Art. 21. Son procedimiento pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden en cualquier momento las partes”.

<sup>78</sup> “(...) en el derecho internacional público, el carácter inapreciable – de la conciliación, al ser una solución “integradora”, es decir, sin ganadores o perdedores – explica el hecho que se trata de un medio privilegiado de solución de conflictos entre los Estados, voluntariamente, y en esta perspectiva, se recurre al procedimiento de buenos oficios”. François Terré, *Introduction Générale au Droit*, 3ª ed. (Paris: Dalloz, 1996), 503-4.

<sup>79</sup> Felipe Portocarrero Olave, *Derecho Internacional Público* (Lima: Ediciones Peruanas, 1966), 292 y ss; Michel Virally, *El Devenir del Derecho Internacional* (México: Fondo de Cultura Económica, 1998), 413 y ss; Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, 7ª Reimpr. (México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 627 y ss.; Antonio Remiro Brotons *et al.*, *Derecho Internacional* (Madrid: McGraw-Hill, 1997), 825 y ss.



1. **Métodos Políticos de Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales**
  1. Negociación Directa
    1. Negociaciones Políticas
    2. Negociaciones Diplomáticas
  2. Intervención de Terceros
    1. Buenos Oficios
    2. La Mediación
    3. Investigación, Encuesta o Determinación de los Hechos
    4. La Conciliación
  
2. **Métodos Jurisdiccionales de Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales**
  1. El Arbitraje
  2. El Arreglo Judicial
  3. Procedimiento ante Cortes Internacionales

La mediación es uno de los medios de solución de controversias más desarrollado y más antiguo en las relaciones internacionales<sup>80</sup>, porque al ser el sistema internacional un orden carente de regulación adecuada creando “una ficción de un poder institucionalizado”<sup>81</sup>, la sociedad internacional utilizó estos medios para poder relacionarse y solucionar sus conflictos evitando una conflagración internacional.

El concepto de mediación se establece en la Primera Conferencia de la Paz de La Haya, realizada entre el 18 de mayo y el 29 de julio de 1899, en la que tomaron parte las principales potencias (países centrales)<sup>82</sup>. El artículo 4 estipulaba el rol facilitador del mediador<sup>83</sup>. Posteriormente, se adoptaron diversos instrumentos interamericanos (resoluciones, actas, tratados) donde aparece la institución de la mediación, sin embargo, es el artículo XII del “Tratado Americano de Soluciones Pacíficas”, el cual define a la mediación como la asistencia de un tercero que ayuda a las partes en un conflicto, sin la facultad de proponer fórmulas de solución<sup>84</sup>. Posteriormente, el mediador tendría esta facultad.

Dentro de las relaciones internacionales, el concepto de mediación es un concepto compartido por toda la doctrina internacionalista. Según el criterio generalizado, la mediación consiste en la injerencia de uno o más Estados en un conflicto surgido entre otros Estados para hallarle arreglo o solución pacífica: el Estado mediador interviene en la negociación y propone una solución del litigio. El Estado mediador o un tercero mediador quien, a pedido de las partes, interviene en un rol activo preponderante, pues no solo se

---

<sup>80</sup> La mediación es una función que cumplía el Papado en la Edad Media. Eduardo Ferrero Costa, “La Mediación: Teoría y Práctica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (Lima), N° 41 (1987), 41; Jean Touscoz, “L’Influence du Droit International sur le Droit Français en matière de Médiation”, en *Melanges Plantey* (Paris: 1995), 87 y ss.

<sup>81</sup> Marcel Merle, *Sociología de las Relaciones Internacionales* (Madrid: Alianza Editorial, 1978), 415.

<sup>82</sup> Un antecedente más remoto en el Tratado de París de 1856. Max Sorensen, Op. Cit., 632-3.

<sup>83</sup> “Art. 4.- *El papel del mediador consiste en conciliar las reclamaciones antagónicas y apaciguar los sentimientos de agravio que puedan haber surgido entre los Estados desavenidos*”.

<sup>84</sup> “Artículo XII. *Las funciones del mediador o mediadores consistirán en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera mas sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable. El mediador se abstendrá de hacer informe alguno, y en lo que a el atañe, los procedimientos serán absolutamente confidenciales*”.

limita al intento de acercamiento sino que también asume la dirección de las rotativas y hace proposiciones que los interesados están en plena libertad de aceptar o no, es decir, lo que caracteriza a la “mediación” -en el orden nacional sería denominada “conciliación”- en las relaciones internacionales es la capacidad del tercero de proponer una fórmula para la solución del conflicto, sin imponerla<sup>85</sup>.

Por otro lado, encontramos a la conciliación que, a partir de 1919, se introdujo como un nuevo procedimiento internacional<sup>86</sup> en la práctica de la sociedad internacional a través de instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales. La conciliación consiste en someter a una comisión especial u órgano colegiado (“Comisión de Conciliación”) el estudio del conflicto surgido entre las partes para que, luego de investigar y esclarecer los hechos, expida un informe y proponga una fórmula solucionadora que estime conveniente<sup>87</sup>. En consecuencia, la “conciliación internacional” es un medio de solución no jurisdiccional que más se asemeja, entre los medios políticos de solución de controversias, a los que sí son medios jurisdiccionales. Basta mencionar algunas de sus características:

1. Los Miembros que componen la comisión generalmente son juristas.
2. La Comisión tiene competencia sobre todas las cuestiones del litigio de acuerdo con un procedimiento contradictorio.
3. Al final, del procedimiento, la comisión emite un informe en el que proponen una solución completa de la controversia.

La fórmula de solución que contiene el informe de la comisión de la conciliación es una recomendación y no es vinculante. Pese que la conciliación es uno de los medios de solución de controversias internacionales más utilizados<sup>88</sup> -junto con el arbitraje y el arreglo judicial-, este medio no tiene ningún parecido con los medios alternativos de solución de conflictos denominados “conciliaciones” en los ordenamientos jurídicos nacionales. Al parecer, de la fusión de la conciliación y mediación internacional nace la moderna “conciliación extrajudicial”.

#### **2.2.1.4. Los MASCs en el Derecho Internacional Privado**

A inicios de la década de 1920, se creó la Cámara de Comercio Internacional y se recurría a este organismo, exactamente a los Comisionados de los países miembros que formaban una comisión administrativa (París) quienes aportaban su experiencia como abogados y negociadores para llevar a cabo procedimientos conciliatorios. Actualmente, los miembros de la Corte de Arbitraje de la cámara son los que ejercen la función de “conciliadores honorarios”.

---

<sup>85</sup> Felipe Portocarrero Olave, Op. Cit., 294. Cabe acotar que Remiro Brotóns no menciona explícitamente la capacidad de los mediadores para presentar una fórmula de solución, aunque ello se desprende de sus afirmaciones. Antonio Remiro Brotóns *et al.*, Op. Cit., 836.

<sup>86</sup> Felipe Portocarrero Olave, Op. Cit., 295. Sin embargo, Remiro y Sorensen mencionan que la Resolución de 1822 de la Tercera Asamblea de la “Liga de las Naciones” le da carta de nacimiento a la conciliación, en la cual se recomienda a los miembros de la Sociedad de Naciones la utilización de este medio de solución. Antonio Remiro Brotóns *et al.*, Op. Cit., 840; Max Sorensen, Op. Cit., 634-5.

<sup>87</sup> Felipe Portocarrero Olave, Op. Cit., 295; Antonio Remiro Brotóns *et al.*, Op. Cit., 839.

<sup>88</sup> Antonio Remiro Brotóns *et al.*, Op. Cit., 840.

Desde esa década, se adoptaron una serie de tratados internacionales en materia de derecho internacional privado (“Convenciones Internacionales sobre Arbitraje Comercial internacional”), especialmente comercial, que incluían a los “MASCs” como el Protocolo de Ginebra de 1923, la Convención Internacional de Ginebra de 1927, la Convención de Nueva York de 1958 y el Convenio de Washington de 1965, de carácter internacional; la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961, el Acuerdo de Paris de 1962, la Convención Europea de Estrasburgo de 1966, de alcance regional europeo; los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, el Código de Derecho Privado o “Código Bustamante” de 1928, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o conocida por sus siglas “CIDIP I” de 1975 en Panamá, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias de 1991 suscrito dentro del marco del MERCOSUR, de carácter regional americano.

Existen otros modelos normativos en el ámbito internacional privado que incluyen procedimientos conciliatorios, es decir, diversos “MASCs” de distintos órganos y organismos internacionales<sup>89</sup>, como la Ley Modelo (CNUDMI o UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1985, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y su Corte Arbitraje, y las Reglas de Arbitraje del Centro para Arbitraje Internacional de la Comisión Económica para el Asia y Lejano Oriente de las Naciones Unidas. En consecuencia, es en la “lex mercatoria” internacional donde la conciliación, conjuntamente con el arbitraje, ha tenido más difusión, siendo este campo jurídico uno de los más transnacionalizados en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales.

### **2.2.2. Definición de los MASCs**

Los “MASCs” o “MARCAs”, conocidos por estas siglas en castellano, son los “Medios Alternativos de Solución o de Resolución de Conflictos”. La noción de medios alternativos proviene del término “ADRs” -siglas en inglés- o “Alternative Dispute Resolutions”, los cuales son instrumentos alternativos y complementarios del proceso jurisdiccional en el “common law”.

Los medios de solución de conflictos contemplados por la doctrina procesal se ven disgregadas por este criterio conceptualmente oponible a la jurisdicción clásica. El criterio histórico de la autotutela, autocomposición y heterocomposición pasa de un criterio teórico a un criterio operativo: El conjunto de procedimientos de solución de conflictos de carácter privado abordados por los “MASCs” es presentado, frente a la jurisdicción estatal, como un medio de solución de conflictos de interés social. Así, los MASCs son un conjunto de procedimientos que escapan de la clasificación “clásica” de la doctrina procesal para

---

<sup>89</sup> La XXVII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados (Cartagena de Indias, 1989) creó en el Comité Internacional de Derecho Arbitral. Al año siguiente, la XXVII conferencia de la Federación Internacional de Abogados (Washington, 1990) definió el arbitraje como la figura jurídica para solucionar un conflicto entre partes sometiendo su decisión a un tercero imparcial que dicta un laudo definitivo sin recurrir a otra autoridad que la pueda modificar.

insertarse operativamente en el sistema nacional de justicia de cada país como un grupo más de solución de conflictos. A veces estos medios son subsidiarios o complementarios a la jurisdicción estatal -caso en que el juez tiene la potestad de que la causa vista por él pase a un procedimiento conciliatorio o mediatorio con el consentimiento de ambas partes-, a veces son medios alternativos -las partes tienen la posibilidad de elegir entre el proceso jurisdiccional o los MASCs- y a veces estos medios se encuentran superpuestos al proceso judicial -estos ocurre cuando existe un requisito de obligatoriedad para intentar la conciliación o mediación antes que el proceso jurisdiccional-.

### 2.2.3. Carácter Jurídico de los MASCs

He aquí una de las incertidumbres más oscuras de los “MASCs”. Los MASCs han sido equiparados por nociones jurídicas que algunos juristas italianos habían desarrollado. Los MASCs podrían incluirse dentro de la categoría jurídica de “Equivalentes Jurisdiccionales” del proceso civil: otro medio “jurídico” de tanto valor como el proceso civil o de tanto reconocimiento por el ordenamiento jurídico para componer un litigio, para solucionar un conflicto<sup>90</sup>.

Es interesante lo planteado por Alcalá-Zamora y Castillo en cuanto a las relaciones entre jurisdicción, conciliación, mediación, autocomposición -en el sentido restringido, es decir, como negociación- y arbitraje. Este jurista español señala que la jurisdicción -desde tal punto de vista lato de la jurisdicción-, la conciliación, la mediación y el arbitraje coinciden en que su finalidad es solucionar litigios inminentes o presentes -en este aspecto concuerda con la autocomposición-. Así, para aclarar este punto, estableceremos la clasificación de medios de composición de litigios clásica, juntamente con la categoría de los MASCs:

<b>MEDIOS DE COMPOSICIÓN DE CONFLICTOS</b>	<b>MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS</b>
1. La Autotutela y la Autodefensa (la Agresión y la Acción en Defensa Propia)	1. La Negociación (la autocomposición)
2. La Autocomposición (la Negociación, la Mediación y la Conciliación)	2. La Conciliación (la autocomposición)
3. La Heterocomposición (el Proceso Judicial y el Arbitraje)	3. La Mediación (la autocomposición)
	4. El Arbitraje (la heterocomposición)

**Fuente:** Gamboa (2003)

Como podemos advertir en el cuadro, los medios de composición de litigios son tres: la autodefensa, la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. Según la clasificación moderna de los “MASCs”, todos esos procedimientos son consensuales o en otras palabras, las partes (los privados) tienen el control del procedimiento de solución del conflicto, así como la decisión de finalizar el conflicto mediante el acuerdo entre estos. El caso del arbitraje es muy especial porque siendo hétérocompositivo -un tercero soluciona el

<sup>90</sup> Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, 109.

conflicto-, por cuestiones y prácticas sociales, se considera de la misma naturaleza social de los medios autocompositivos -la voluntad de las partes se restringe a través del aumento de las funciones o capacidades de los árbitros-. Aunque esta última afirmación es discutible, lo cierto es que los medios alternativos escapan de la estricta clasificación de autocomposición para sumarse o centrarse como procedimientos cuya característica esencial es ser extrajurisdiccionales o extraprocesales, que dependen de la voluntad privada de las partes. Los MASCs son una categoría jurídica señalada por conceptos sociales, jurídicos y hasta ideológicos.

La diferencia de la participación del tercero, específicamente de su función en el procedimiento, se manifiesta en el clásico rombo: existen dos partes que están en conflicto, mientras que el juez se encuentra en una posición “suprapartes” y, por tanto, impone una solución; por otro lado, el conciliador que formalmente se halla “interpartes”, aunque materialmente esté “infrapartes” -lo mismo que el mediador-, el cual se limita a proponer una o más soluciones. Es decir, para el jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, el mediador no tiene capacidad de proponer soluciones<sup>91</sup>.

### **2.2.3.1. Negociación y los MASCs**

La noción de la negociación es el meollo de la conceptualización errada en los discursos promotores de los MASCs, así como en la doctrina especializada procesal. El concepto jurídico de transacción es la institución que materializa la noción de negociación en el ordenamiento jurídico. Se diferencia de otros procedimientos porque la transacción es el procedimiento a través del cual las partes directamente intentan solucionar el conflicto sin la intervención de un tercero a través de concesiones recíprocas; a diferencia de los procedimientos conciliatorios y mediatorios que son llevados a cabo con la asistencia de un tercero.

La relación entre estos tres procedimientos y la negociación es fundamental porque es la que aclara la confusión sembrada sobre la conceptualización de los “MASCs”. La relación entre negociación y mediación, conciliación y transacción es la de género a especie. La negociación representa el concepto abstracto de composición consensual por excelencia, los otros medios son tipos especiales de negociaciones con características propias, es decir, son variantes procedimentales de la negociación<sup>92</sup>.

### **2.2.3.2. La Noción de Negociación como Procedimiento**

Los especialistas norteamericanos propulsores de la Escuela de Negociación de Harvard, Fisher y Ury, definen de una manera sencilla a la negociación: un medio en el cual dos personas comparten intereses comunes y opuestos<sup>93</sup>. La negociación es el desenvolvimiento

---

<sup>91</sup> De manera gráfica, la posición de los sujetos en las tres hipótesis la representa mediante dos triángulos isósceles que, al acoplarse por la base, determinan un rombo: las partes están en los extremos del rombo y el juez está en las partes superior del rombo, el conciliador en el punto medio del rombo y el mediador en el extremo inferior del rombo. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Op. Cit., 75-6.

<sup>92</sup> Pinkas Flint Blanck, *Negociaciones Eficaces. Implementando las Mejores Estrategias y Tácticas* (Lima: Editorial El Comercio, 2001), 17.

<sup>93</sup> “La negociación es un medio básico para lograr lo que queremos de otros. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando usted y otra persona comparten algunos intereses en común, pero

de actos en un tiempo determinado cuya finalidad es la satisfacción de intereses de las partes.

Así, debemos tener claro que la negociación tiene dos acepciones en el lenguaje jurídico especializado de los MASCs. La negociación es tanto un concepto de genero y de especie. La negociación es un concepto de genero cuando involucra a los procedimientos conciliatorios, mediatorios y de transacción, es decir, cuando se equipara al concepto de “composición consensual”. Ciertamente, la mediación y la conciliación son procedimientos o negociaciones que tienen la cualidad de la intervención de un tercero. La segunda acepción de la negociación -como un concepto “especie”- se encuentra dentro de la clasificación de los MASCs, es decir, cuando se equipara a la transacción, a la negociación directa entre las partes.

Por otro lado, la transacción ha sido definida como procedimiento y como acuerdo - estamos seguros que de estas acepciones proviene una de las mayores confusiones conceptuales sobre la conciliación extrajudicial-. Ya sea la transacción judicial o extrajudicial, estamos interesados en la acepción de la transacción como acepción de procedimiento. La transacción es el procedimiento en la cual las partes tratan directamente de componer consensualmente su conflicto. Así, la acepción de transacción-procedimiento es la acepción negociación-especie. Sin embargo, cabe acotar que se pueden diferenciar ambas cuando el sistema jurídico de cada país realiza particularidades en cada procedimiento. Muchos teóricos diferencian ambas instituciones, la transacción judicial con la negociación pre-procesal cuando ambas partes no han recurrido al Poder Judicial o la transacción extrajudicial porque este es el procedimiento-acuerdo en donde las partes “realizan concesiones recíprocas”.

En consecuencia, los MASCs (negociación, conciliación, mediación y arbitraje) son composiciones consensuales o medios autocompositivos -a excepción del arbitraje- de tendencia privada: procedimientos no jurisdiccionales o procedimientos equivalentes a la jurisdicción. La negociación es el procedimiento madre de todos ellos, la primera alternativa teórica y de propuesta de solución de los conflictos<sup>94</sup>, representa la composición consensual y el ideario de la conversión del pacto social liberal.

#### **2.2.4. Clasificación de los MASCs**

Los “MASCs” han sido clasificados de distintas maneras. Existe una clasificación que divide en MASCs procesales -tienen por finalidad evitar la sentencia (conciliación procesal, transacción judicial, desistimiento, abandono, allanamiento y reconocimiento)- y MASCs extrajudiciales -evitan el proceso (arbitraje, conciliación extrajudicial, mediación y la negociación o transacción extrajudicial)-. Lo cierto es que esta clasificación peca de imprecisa porque los MASCs procesales como serían los medios anormales de conclusión de un proceso -medios que evitan la decisión del juez a través de la sentencia como el desistimiento, el abandono, el allanamiento y el reconocimiento- el resultado de una decisión unilateral de una de las partes proveniente de un procedimiento de negociación. Si no fuera así, entonces, estas decisiones no provendrían de procedimiento alguno y entrarían al campo de la autodefensa como decisiones unilaterales. En el caso de la conciliación

---

que también tienen algunos intereses opuestos”. Roger Fisher, W. Ury y Bruce Patton, *Si...; De Acuerdo; Cómo Negociar Sin Ceder*, 3ª reimpresión (Bogotá: Editorial Norma, 1995), XVII.

<sup>94</sup> Dany Ertel y Roger Fisher, Op. Cit., 68.

procesal y la transacción judicial son procedimientos judicializados por lo cual no pueden ser comprendidos dentro de la categoría de MASCs procesales.

Lo rescatable de esta clasificación es la utilización de dos criterios que se confunden: el carácter extrajudicial y extraprocésal de los MASCs. Los MASCs son extrajudiciales cuando los procedimientos son llevados a cabo fuera de la injerencia de la organización judicial. El carácter extraprocésal hace referencia a que los procedimientos pueden realizarse fuera del proceso, ya sea antes o después de éste. Así, en el caso de la conciliación extrajudicial, es un MASC extraprocésal por ser previo al proceso y, asimismo, es extrajudicial porque se realiza fuera de la organización judicial, excepto cuando el juez de paz actúa como conciliador extrajudicial porque en la práctica el procedimiento conciliatorio se realiza en sede judicial, bajo la judicatura. Asimismo, otra clasificación que se basa en el criterio “confrontacional” de los procedimientos de solución de conflictos dentro de los medios lícitos se presenta en el siguiente cuadro:

<b>MEDIOS LÍCITOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS</b>	
<b>Medios Adversariales de Solución de Conflictos</b>	<b>Medios No Adversariales de Solución de Conflictos</b>
1. Proceso Jurisdiccional.	1. Conciliación.
2. El Arbitraje.	2. Mediación.
3. Formas Mixtas o sucedáneas de los medios legales.	3. Transacción o Negociación.

**Fuente:** Gamboa (2003).

En esta clasificación, se presentan medios “adversariales y no adversariales” de los conflictos, es decir, fuera de la clasificación histórica de la dogmática procesal de los medios de solución de conflictos -autotutela, autocomposición y heterocomposición-, de la clasificación de criterios oponibles entre proceso jurisdiccional (adjudicación) y MASCs (procedimientos de consensualidad), se introduce una tercera clasificación de procedimientos que promueven la “adversariedad” o no de las partes. Un criterio de legitimación más para fomentar los MASCs.

#### **2.2.4.1. La Clasificación Tradicional de MASCs.**

Dentro del desarrollo teórico de los “MASCs”, se han clasificado cuatro tipos de medios o procedimientos “clásicos” a través de las cuales las personas pueden “resolver” sus controversias sin necesidad de la intervención jurisdiccional. Estos procedimientos son:

1. **La Negociación.** Es el procedimiento a través del cual dos partes de un conflicto intercambian opiniones sobre el mismo y se formulan mutuamente propuestas de solución.
2. **La Mediación.** Es el procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, quien facilita la comunicación entre aquellas para que puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución. El tercero no hace propuestas de arreglo.

3. **La Conciliación.** Es el procedimiento a través del cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, quien facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto y que, además, formula propuestas de solución.
4. **El Arbitraje.** Es el procedimiento en el cual un tercero, ajeno e imparcial que no actúa con funciones de juez y que ha sido nombrado o aceptado por las partes, resuelve un litigio mediante una decisión vinculante y obligatoria. Veamos el siguiente cuadro:

**CARACTERÍSTICAS COMPARATIVAS DE MASCS Y EL PROCESO**

<b>Características</b>	<b>Negociación</b>	<b>Mediación</b>	<b>Conciliación</b>	<b>Arbitraje</b>	<b>Proceso</b>
<b>Carácter Vinculante</b>	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Vinculante, generalmente	Vinculante y apelable
<b>Voluntario/ Involuntario</b>	Voluntario	Voluntario	Voluntario	Voluntario	Involuntario
<b>Terceros</b>	Inexistente	Elegido por las partes o por el proceso	Elegido por las partes o por el proceso	Elegido por las partes	Impuesto. Tercero decisor
<b>Conocimiento del Conflicto Material</b>		Si	Si	No ocurre siempre	Generalmente no
<b>Formalidad</b>	Informal y estructura básica	Informal y estructura básica	Informal y estructura básica	Proceso menos Formal a decisión de las partes	Estructurado y formalidades por normas previas y rígidas
<b>Naturaleza del Procedimiento</b>	Libre presentación de pruebas, argumentos, intereses	Libre presentación de pruebas, argumentos, intereses	Libre presentación de pruebas, argumentos, intereses	Las partes regulan la presentación de pruebas, argumentos, intereses	Se regula por ley la presentación de pruebas, argumentos, intereses
<b>Resultado</b>	Se busca acuerdo de satisfacción de las partes	Se busca acuerdo de satisfacción de las partes. El mediador no propone fórmulas de solución	Se busca acuerdo de satisfacción de las partes. El conciliador propone fórmulas de solución	Se busca decisiones de principios basados en opiniones fundamentadas A veces se busca una solución equitativa	Se busca decisiones de principios basados en opinión con un debido fundamento
<b>Carácter Privado/ Público</b>	Privado	Privado, excepto que se realice en un proceso	Privado, excepto que se realice en un proceso	Privado, salvo por la nulidad del fallo	Público
<b>Control del Procedimiento</b>	Por las partes	Por las partes y el tercero	Por las partes y el tercero	Más el tercero que las partes	Tercero

Fuente: Ormachea (1998)<sup>95</sup>

<sup>95</sup> Iván Ormachea Choque, *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial* (Lima: Editorial Cuzco, 1998), 23.



Este cuatro de medios alternativos presenta una característica común: la ausencia de un juez “público” o, al menos, su intervención no con facultades decisorias en el caso de la mediación y la conciliación intraprocesales. Así, pasaremos revista con más detalle a estos procedimientos alternativos de solución de conflictos.

1. **La Negociación.** Es el proceso de comunicación por excelencia. Es el procedimiento o la consecución de actos para satisfacer algún interés particular, para celebrar acuerdos o solucionar conflictos. Es un proceso voluntario donde constan dos partes generalmente, controlan el resultado así como también los procedimientos a través de los cuales alcanzaran el acuerdo. La satisfacción del interés particular de una parte depende de la voluntad y, principalmente, del interés de la otra parte.

La negociación se hizo reconocida por las promociones que realizaron diferentes universidades al estudiar en la teoría y en la práctica la negociación. La escuela de negociación de resolución de conflictos más reconocida es la llamada “Negociación Colaborativa” que sistematizó la “Escuela de Harvard”<sup>96</sup>. Dado que las partes establecen muy pocas limitaciones al proceso de negociación, este permite una gran gama de soluciones posibles, optimizando la posibilidad de “ganancias conjuntas” (“colaboración neocontractual”).

La mayoría de los conflictos -con o sin relevancia jurídica- se solucionan mediante la negociación. La negociación es el concepto general de los “MASCs”, es decir, es la composición negocial, consensual y, en algunos casos, contractual, por excelencia. Como hemos señalado líneas arriba, la negociación en su modalidad “específica” es un procedimiento más dentro de los “MASCs”: es el “esqueleto” o “esquema” de solución de conflictos que subyace en todos los demás procedimientos alternativos, incluso en el arbitraje -en cierto sentido-. La negociación puede ser expeditiva, poco costosa, privada y menos complicada que muchos otros procesos de solución de conflictos. Asimismo, la negociación requiere la disposición de las partes para comunicarse acerca del conflicto y requiere generalmente la voluntad para transigir. Puede resultar difícil hacer las concesiones necesarias. Las características de la negociación son:

1. La intervención directa y mediata de las partes.
2. Las partes deben colaborar para lograr sus objetivos.
3. Las partes pueden influirse para lograr ciertas formas que posibiliten beneficios recíprocos o que eviten daños.
4. Las partes no se ven afectadas por restricciones de tiempo.
5. Las partes pueden identificar y acordar cuales son las cuestiones en conflicto.
6. Los intereses, objetivos y necesidades de las partes no son enteramente incompatibles.

---

<sup>96</sup> Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, Op. Cit. Otros estudios de negociación en Howard Rafia, *El Arte de la Negociación*, 1ª Reimpresión (México: Fondo de Cultura Económica, 1996); Karen Grover Duffy, James W. Grosch y Paul V. Olczak, *La Mediación y sus Contextos de Aplicación* (Barcelona: Paidós, 1996).

7. Las restricciones externas tales como la refutación, el costo y el riesgo de una decisión adversarial disminuyen en la participación directa de las partes en un proceso privado y cooperativo.

Una distinción entre la conciliación y la transacción -realiza por Pallares-, es el sacrificio de intereses recíprocos que realizan las partes en la transacción como una figura reconocida por la doctrina jurídica y de diversos ordenamientos jurídicos, lo cual la distancia del concepto abstracto de la negociación<sup>97</sup>.

2. **La Mediación.** Para el jurista uruguayo Enrique Vécovi, el mediador “es un tercero que intenta comunicar a las partes entre sí, por propia iniciativa de éstas o de un tercero que se lo pide; propone medios de solución aceptables y puede, en consecuencia, lograr el acuerdo de aquellas sobre el punto de discrepancia”<sup>98</sup>. Una noción procesal sobre la mediación es la manifestada por Moore en el cual tampoco se menciona la capacidad del tercero de formular propuestas de solución, principal diferencia entre mediación y conciliación<sup>99</sup>.

Si nos guiáramos por el derecho internacional, la mediación sería una particular forma de interponer los “buenos oficios”, es decir, el caso del “buen vecino” que busca el acuerdo antes que el pleito. En su forma más simple, la mediación es la negociación facilitada por una tercera persona. El “proceso” de mediación es privado, voluntario, informal y no obligatorio para los participantes. El mediador no tiene poder para imponer una solución. En la opinión de Flores García, la mediación podría ser de tres formas:

1. La mediación es héterocompositiva cuando el mediador logra una solución.
2. La mediación es autocompositiva bilateral cuando se torna en una transacción.
3. La mediación es autocompositiva unilateral cuando una de las partes sacrifica su propio interés, “si lo hace el actor, estaría en presencia de una renuncia o desistimiento de la pretensión, y finalmente si es el demandado el que admite en forma total o parcial lo pretendido por el actor, sería un allanamiento. Renuncia y allanamiento son, supuestamente, “fórmulas autocompositivas unilaterales”<sup>100</sup>.

Esta clasificación que realiza el jurista mexicano es inexacta. Nuevamente confunde las categorías de hétero y autocomposición con la participación de tercero en el proceso mediatorio -cuestión similar ocurre cuando se refiere este autor a la conciliación-. Asimismo, Vécovi agrega que la solución obtenida por mediador

---

<sup>97</sup> “También importa señalar la diferencia que la distingue de la transacción. Para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a los derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe. En cambio, la conciliación no exige dicho sacrificio. Tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de su contraria. Lo propio de la conciliación es que se evita un pleito futuro o se termina uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesitar la intervención jurisdiccional del conciliador”. Eduardo Pallares, Op. Cit., 168.

<sup>98</sup> Enrique Vécovi, *Teoría General del Proceso*, 4.

<sup>99</sup> “[La] intervención en una disputa o negociación de un tercero aceptable, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptado”. Christopher Moore, *El Proceso de Mediación* (Buenos Aires: Editorial Granica, 1995), 44.

<sup>100</sup> Fernando Flores García, Op. Cit., 166-7.

extrae su eficacia del acuerdo de las partes, “es un mero contrato, una transacción, normalmente. Salvo que una de aquellas renuncie a sus pretensiones por completo”<sup>101</sup>.

Habría que deslindar entre los procedimientos para solucionar los conflictos como la conciliación, la mediación, el arbitraje, el proceso judicial del resultado final de estos procedimientos. En algunos casos, estos acuerdos contendrán una “actitud jurídica” de una de las partes -siempre acordado por ambas partes- (allanamiento, reconocimiento, etc.) o de ambas partes (concesiones recíprocas, transacción, etc.). *La mediación y la conciliación siempre serán procedimientos sin importar el resultado a que lleguen las partes, siempre serán autocompositivas o consensuales, sin importar la actitud de las partes frente al conflicto.*

Los profesores norteamericanos Folberg y Taylor definen el “proceso de mediación” como aquel mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. En consecuencia, la mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Es un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes<sup>102</sup>.

La función del mediador se determina a través de la decisión de las partes. Las características esenciales de la mediación que la hacen un procedimiento distinto de los demás son las siguientes:

1. En la mediación, los terceros mediadores tenían la capacidad de sugerir fórmulas de solución, por lo menos, eso se manifestaba y, en algunos casos, aún se manifiesta en la experiencia internacional y en la legislación de muchos países. Actualmente se restringió esta capacidad de dar fórmulas por la aparición de la conciliación como figura mixta de elementos extrajudiciales y judiciales. Al parecer, en un inicio esa capacidad era muy restringida hasta que se fue desenvolviendo en el siglo XX. A través de esta capacidad -que puede ser restringida por las partes-, los mediadores, ahora conciliadores, proponían fórmulas para satisfacer a las partes y las persuaden para realizar mutuas concesiones. En otros casos, los mediadores realizaban su labor con las propuestas manifestadas por las partes y presenta el mediador las opciones de esta plataforma de fórmulas en forma pragmática. Ahora, la principal función del mediador es intentar, en un inicio, proveer un ambiente donde las partes puedan comunicarse de manera constructiva, asistir a las partes para superar los obstáculos que impidan solucionar sus conflictos y, finalmente, lograr que las partes con el camino allanado se formulen propuestas de solución.
2. Una segunda característica de la mediación es su carácter consensual o privado - a decir de Carnelutti-, que la aleja de los propósitos de una composición justa como sería el caso de la conciliación extrajudicial llevada a cabo por el juez de paz. Esta composición negocial no necesariamente sería justa a la luz del

---

<sup>101</sup> Enrique Vescovi, Op. Cit., 6.

<sup>102</sup> Ray Folberg y Alison Taylor, *Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio* (México: Limusa, 1992), 27.

derecho, sino, se expondría a una racionalidad particular, a un interés de las partes, es decir, a un campo más amplio que es la voluntad privada, donde los límites se encontrarían en la satisfacción del interés de ambas y lo que señale el orden público y las buenas costumbres.

El mediador tiene las siguientes facultades, entre otras:

1. Logra que las partes se concentren en el litigio.
2. Reduce los factores de personalidad que contribuyen al conflicto.
3. Asiste a las partes a discernir y a comunicar los intereses subyacentes de las cuestiones que se disputan.
4. Ayuda a las partes en el análisis de una lista de opciones para solucionar el conflicto basándose en aquellos intereses subyacentes de las partes.

El procedimiento mediatorio puede durar un día como varios y el costo es razonablemente menor al del proceso judicial. No se practican los medios probatorios rigurosamente, así que se ahorra en tiempo y dinero. La mediación permite una mejor visión del conflicto y la identificación de los puntos contradictorios. En suma, la mediación es un procedimiento no adversarial, cooperativo, confidencial, autocompositivo cuya distinción es la participación o asistencia de un tercero ajeno a las partes. Las partes conservan el poder de decisión y participan activamente en la solución. Este procedimiento es informal aunque tiene una estructura negociadora.

3. **El arbitraje.** Lo único importante del arbitraje para nuestra investigación se presenta en cuanto es incluida en los “MASCs” aún cuando es un medio de composición de litigios “hétero-compositivo”. Así, el arbitraje es un medio hétero-compositivo, adversarial y vinculante. Es más flexible que el proceso judicial aunque menos que la mediación y la conciliación. Se introduce a los MASCs concatenado a su nueva forma institucional, dentro de las Cámaras de Comercio u otras organizaciones similares, adquiriendo mayor prestigio en grupos sociales especializados y de difícil acceso social (empresariales, comerciales).

Con el arbitraje, nos damos cuenta que la categoría de los MASCs rebasa conceptualmente a los medios autocompositivos. Tomamos nota de que los MASCs es una categoría jurídica de carácter político y social “sui generis” de aparición reciente.

#### **2.2.4.2. La Clasificación en el Common Law**

En el derecho anglosajón, el desarrollo de los “Alternative Dispute Resolution” o “ADR” ha sido notorio en las últimas décadas. La clasificación básica de “ADR” en los Estados Unidos y en Inglaterra se basa sobre el arbitraje, la conciliación -en la modalidad extrajudicial y judicial- y la mediación.

Recientemente, se han añadido a esta clasificación, producto de la práctica judicial norteamericana, de los estudios de abogados, de la tradicional actitud creativa de abogados y la reconocida onerosidad de su proceso judicial, nuevos procedimientos que ya han

proporcionado buenos resultados<sup>103</sup>, al menos en Estados Unidos. Una clasificación pertinente es la que realiza Judith Resnik utilizando el criterio de la naturaleza de la intervención de los terceros<sup>104</sup>:

1. Procedimientos Cuasi-Jurisdiccionales: el arbitraje contractual y la “Court-Annexed Arbitration”.
2. Procedimientos de Consulta o Consultación: el “Summary Jury Trial”, los “Mini Trials” y la figura del “Early Neutral Evaluation”, donde el tercero no interviene para emitir una decisión, sino para informar a las partes sobre el modo cómo un extraño evalúa su controversia y, eventualmente, aquella que sería su decisión si le fuera requerida.
3. Procedimientos Conciliatorios cuya función realiza el propio Tribunal: mediación y la “Judicial Settlement Conferences” destinada a estimular a las partes a llegar a un acuerdo y a poner fin a la litis en la fase de “pretrial”.

---

<sup>103</sup> Zulema Wilde y Luis Gaibrois, Op. Cit., 13.

<sup>104</sup> Judith Resnik, Op. Cit., 700 y ss.