
LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Alejandro Ranilla Collado

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa)

INTRODUCCIÓN

Las facultades de derecho están produciendo abogados litigantes en serie, salvo excepciones. En el Perú, el ochenta o noventa por ciento de ellos viven de la defensa de los pleitos. Los abogados, en gran parte, son promotores de procesos judiciales que no debieron existir, los promueven porque es su medio de vida y una posibilidad de realización personal.

De otro lado, un sector considerable de la población tiene una manifiesta tendencia conflictiva y en cada disputa encuentra su razón de existencia. Las consecuencias se ven en los órganos jurisdiccionales del Estado, saturados de expedientes. El ordenamiento concebido para lograr la paz social en justicia, mediante la economía procesal en gastos, tiempo y esfuerzos, no tiene un perfil favorable. En la opinión pública subsiste la imagen pesimista y de rechazo al quehacer de jueces y abogados, porque la justicia sigue siendo larga y oscura, propia de una administración con los ojos vendados. Sobre la imagen del abogado pesa la imputación de culpabilidad de las injusticias.

Frente a tales circunstancias están los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (Marc), como modos orientados a reducir los volúmenes de litigios ante el Poder Judicial y buscar

nuevas formas de acceso a la justicia. Se justifica por razones prácticas y éticas, mientras el proceso jurisdiccional del Estado siga siendo largo, exista la conciencia de una justicia mal administrada, el proceso estatal sea adversarial, agrave la escalada del conflicto y la sociedad aspire a un modelo de cultura paz.

El propósito de este trabajo es motivar la reflexión sobre los Marc, informar acerca de las instituciones básicas del sistema, exponer el perfil profesional del abogado del futuro, revisar la experiencia histórica de los mecanismos alternativos en el Perú, identificar una relación de tareas por realizar para fortalecer e impulsar el desarrollo de la justicia alternativa. Motivar el espíritu en la prospección de instituciones que integren un curso universitario en el área. De esta forma pretendo rendir homenaje al CLXIX Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín, en la que oficio de docente.

1 ¿POR QUÉ ESTUDIAR LOS MARC? TRES RAZONES FUNDAMENTALES

1.1 *Necesidad de coadyuvar con la administración de justicia*

El Estado se encuentra en una situación de impotencia para resolver los conflictos de intereses con relevancia jurídica. Las razones son internas y externas: económicas, de idiosincrasia social y por defectos del sistema jurídico. Ricardo León Pastor (1996), al hacer un diagnóstico de la cultura judicial, en su condición de asesor de la Academia de la Magistratura, precisa que los jueces peruanos tienen una mentalidad legalista carente de conocimiento de la realidad, temor al poder político, deficiente capacitación, poco competentes profesionalmente

y están bajo la amenaza de la corrupción. Un sector de la opinión pública considera que las facultades de Derecho son en gran parte las culpables de la calidad de los magistrados.

En el área del derecho procesal existe preocupación con respecto a "cómo hacer mejor la justicia;" en esa aspiración están los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (Marc). Los estados de América Latina están respaldando la iniciativa de instituciones promotoras, generalmente financiadas por órganos internacionales, que han asumido la misión de difundir, promover y capacitar a la juventud, así como a cuadros representativos de la sociedad en el conocimiento y práctica de alternativas de justicia distintas del proceso judicial. En el Perú se pretende implementar programas pilotos en la educación, convenios para desarrollar cursos de capacitación universitaria en Marc dirigidos a empresarios, gremios profesionales y organizaciones de base a partir de las cámaras de comercio, colegios profesionales, sindicatos y organizaciones de pobladores con el mismo propósito.

Existe aquí una razón de justificación práctica, de necesidad primaria.

1.2 *El proceso jurisdiccional del Estado agrava el conflicto*

Ésta es una segunda razón que justifica por qué estudiar los mecanismos alternativos. Los procesos de justicia del Estado agravan los conflictos. La acción, la contradicción y la sentencia son instituciones procesales que limitan el ejercicio de los derechos y no sirven para satisfacer los intereses de las partes en una concepción dinámica de justicia, obliga a la impostación de conductas en función de la defensa de posiciones prefijadas y cerradas, conductas que se radicalizan progresivamente en el desenvolvimiento del proceso. Esta conno-

tación agudiza la escalada del conflicto, porque en la medida en que avanza el proceso se acentúa la defensa, polarizándose las posiciones. La sentencia puede expresar justicia para una de las partes, pero normalmente es injusticia en la convicción de la otra; es más, el mismo juez, muchas veces, resuelve en conflicto con su propia conciencia para evitar el prevaricato y porque está obligado a rendir culto a la ley.

La justicia del Estado exalta las pasiones de unos y humilla a otros. El modelo alternativo sustituye la administración de justicia basada en la defensa de posiciones por el intercambio de intereses.

Existe aquí una razón de justificación ética.

1.3 Necesidad de una nueva cultura

Ésta es una tercera razón para estudiar los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Se traduce en la necesidad de concebir las relaciones humanas en una dimensión de armonía y no de contradicción, en una dimensión de dignificación y no de exaltación de la venganza, guardando las formas.

Las técnicas que sirven para tal fin son la comunicación constructiva, el reconocimiento de causas de los conflictos, la identificación de las relaciones en interdependencia, los intereses comunes, el encuentro de alternativas de solución en una proyección presente y a futuro.

Cada una de las técnicas señaladas, cada uno de los principios que rigen el conocimiento de los mecanismos alternativos de justicia, serán a futuro temas básicos de la teoría de una nueva área de la ciencia del derecho procesal.

Existen aquí razones de justificación de carácter ético y teleológico.

2 MARCO CONCEPTUAL

2.1 *Carácter multidisciplinario*

Los Marc tienen un marco conceptual multidisciplinario que requiere de conocimientos de ciencias de la comunicación, psicología, administración, planificación, y otras compatibles con la naturaleza del conflicto por resolver; también de economía, como ciencia relativa a las necesidades materiales; de derecho, como disciplina del orden; y de la axiología, como filosofía de los valores. Renglón especial merece la teleología, como disciplina de los fines de la actividad humana, en cuyo afán están las orientaciones conductuales de la inteligencia, la lógica de las razones y las buenas intenciones, así como sus opuestos. Estas disciplinas inciden en el reconocimiento, comprensión y estudio de las orientaciones teóricas de los mecanismos alternativos de justicia.

2.2 *Acepciones y concepciones*

El término "resolución de conflictos" tiene varias acepciones: a) como modalidad empleada para poner fin a una disputa o controversia, en forma directa mediante el ejercicio del poder personal, el acuerdo de las partes con o sin intervención de un tercero imparcial; b) como forma de detener disputas, sin que importe que se recreen; c) conjunto de procedimientos institucionalizados y legitimados para solucionar conflictos; d) forma de solución de conflictos basada en la necesidad de solucionar problemas; e) forma de solución de conflictos basada en principios, diversos a la jurisdicción del Estado, cuyo método es la persuasión para el logro de intereses comunes.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos basados en la resolución

de problemas y en principios expresan dos concepciones en la forma de entender el tema. Por razones de tiempo, espacio y criterio de preferencia, en esta exposición, se dará mayor atención a los mecanismos alternativos basados en principios.

2.3 *Los Marc como método de solución de problemas*

Responde a la experiencia tradicional de resolver conflictos sobre la base de la negociación de posiciones, mejorada con técnicas específicas de persuasión para morigerar el regateo. En países desarrollados económicamente existen grandes estudios, contratados por una de las partes, decididos a negociar, pero tutelando los intereses del contratante. Es decir que se acude a mecanismos alternativos por razones de conveniencia, basándose en la defensa de posiciones específicas, principales y accesorias, con cargo a negociarlas algunas o modificar otras, conforme a un plan preestablecido. Zartman, Berman y William Maureen (1982), informan que en la evolución de este modelo existe una línea suave, consistente en que los protagonistas se imponen el objetivo prioritario de llegar a un acuerdo; y una línea dura, que consiste en lograr la victoria como monitores y titulares de las posiciones principales, sometiendo al contrario a posiciones de regateo o concesiones secundarias.

Resulta comprensible que en sociedades de consumo sean vigentes y se desarrolle el modelo expuesto. Por separado, con una visión a futuro y en una perspectiva diferente, está el modelo de los mecanismos alternativos basados en principios, del que me ocuparé con mayor detenimiento.

2.4 *Los Marc basados en principios*

Roger Fisher y William Ury (1981), propusieron esta teoría en la década de los

ochenta; partiendo de experimentaciones en juegos psicosociológicos, y aportes de la psicología y la sociología, observaron que las personas cargan una serie de prejuicios en la búsqueda de beneficios unilaterales. Existe la tendencia a ostentar la defensa de posiciones cerradas, motivando las contradicciones humanas al crear una mentalidad ganador-perdedor, de competencia normalmente cargada de pasiones, susceptibles de ir en progresiva degeneración. La búsqueda de beneficios unilaterales y la mentalidad ganador-perdedor han sido reforzadas por el sistema político-jurídico. En esta concepción se ha legitimado el proceso jurisdiccional del Estado, como modelo vertical, adversarial, para resolver los conflictos de intereses con relevancia jurídica, con apoyo adicional a la teoría de la preservación de la soberanía. En esta coyuntura, propusieron un modelo de resolución de conflictos cuyo fundamento es la negociación basada en siete principios, orientados a asegurar un acuerdo compartido de intercambio de intereses comunes. Wayne Davis (1990), elaboró la relación de principios para la Universidad de Harvard, bajo la denominación de "Los siete elementos", que a continuación se reseñan:

Identificación de alternativos. Son el conjunto de posibilidades de solución, identificadas por las partes fuera de la mesa de conversaciones. Su función es desarrollar una mejor alternativa de un acuerdo negociado (Maan), protege de malos resultados y sobre todo ayuda a negociar mejores opciones.

Identificación de intereses. Conjunto clasificado de necesidades, utilidades, ganancias, provechos o valores perseguidos a causa del conflicto.

Normalmente el ser humano supone que todos sus intereses son opuestos; por ejemplo, si tenemos interés en defendernos pensamos que los demás quieren atacar-

nos, esto obliga a asumir una posición fija de defensa y ataque. Un examen racional nos revela que en una relación determinada pueden encontrarse una relación ilimitada de intereses recíprocos y no opuestos. Si llevamos este razonamiento al caso del ejemplo, podrá detectarse en vía de referencias que los protagonistas del ataque y la defensa pueden resolver sus diferencias si logran que se entiendan en las causas de éstas sus reales intereses personales. En la medida en que esos intereses no sean imponer la violencia, el pleito concluirá con el intercambio de alternativas de solución en beneficio recíproco, distintas a la defensa de posiciones cerradas. Detenerse en los intereses facilita la solución creativa de los problemas. Una nación podría alcanzar la soberanía sobre el planeta, mientras otras podrían retener los derechos a los recursos naturales. Identificar nuestros propios intereses y luego entender los intereses de la otra parte aumenta la comprensión de los problemas. Enfocar las conversaciones a partir de los intereses, no de las posiciones, es el mensaje central de este principio.

Identificación de las mejores opciones. A cada parte le beneficia idear opciones para provecho mutuo. Las opciones son proposiciones, fórmulas de solución capaces de convertirse en cláusulas de un acuerdo. No es buena la opción de aquellas hermanas que acordaron partir una naranja, comiendo una la mitad de la pulpa, tirando la cáscara; mientras la otra utilizó la cáscara para un pastel y tiró la pulpa. La comprensión de los intereses propios y ajenos acrecienta la inventiva y alienta la aportación de ideas que, aun desfasadas o locas, de ellas pueden surgir otras auténticas o convenientes.

Utilizar criterios de legitimidad como medio de persuasión. La legitimidad es el acto de probar o justificar la verdad en la calidad de una persona, la existencia de

una cosa o las características de una situación. Esta exigencia debe tenerse en cuenta en los casos en que los enfoques son diferentes. La justicia y la equidad se alcanzan mediante la legítima persuasión, mientras que la intransigencia refleja el exceso en el ejercicio del poder. Los criterios de imparcialidad, aplicabilidad general, reciprocidad, tratamiento a la parte más débil, opinión de un neutral, etc., pueden ser recursos de persuasión idónea y de protección de la coacción. El uso de criterios de legitimidad deben ser firmes, pero flexibles; hay que razonar, estar abierto al razonamiento y empezar con el argumento más razonable. No ceder ante una presión ilegítima porque motiva el mal comportamiento que luego será reiterativo. Indagar los criterios de razonabilidad de las propuestas contrarias.

Los compromisos deben asumirse al final de las conversaciones. Asumir compromisos antes de cerrar todas las conversaciones convierte el mecanismo alternativo en un proceso tradicional de concesiones por regateo, genera resentimientos y daños en las relaciones. Los compromisos hechos al final mejoran la calidad del resultado. El mejor momento para hacer promesas sustanciales es después que los intereses sean comprendidos, las opciones estén sobre la mesa y se hayan aprobado los criterios para decidir los términos justos. Frecuentemente los acuerdos provisionales o condicionales son los más apropiados.

Mejorar las comunicaciones. Las partes ganan si logran crear y mantener la comunicación en dos sentidos, en la que ambas partes sepan hablar y escucharse: a) comunicar productivamente, esto es escuchar y dar a entender al contrario que ha entendido su mensaje, de esa forma el otro considerará lo que uno dice; b) cuando sea posible se debe pedir consejo a otros antes de decidir los problemas que pudieran

afectarles; c) escuchar activamente, dejando que sepan los demás que uno está escuchando; d) demostrar preocupación cuando uno no entiende al otro, inquiriendo que se aclaren ambigüedades; e) repetir lo que se escucha para confirmar su exactitud; f) hablar con un propósito claro; g) evitar la atribución de motivos al otro lado, no decir lo que uno cree que el otro piensa o lo que otros dijeron y h) evitar comunicaciones que son como señales de humo en un espacio con viento fuerte.

Ser constructivo en las relaciones. Importa ordenar, disponer el ánimo y proceder positivamente, con inteligencia, naturalidad y conciencia de necesidad. Cuando las relaciones se agravan se toman decisiones con las emociones y no con la razón, ninguna de las partes trata de entender a la otra, hay desconfianza mutua y se trata de influir mediante la coacción, se llega a desconocer la legitimidad de los sujetos con quien se conversa y se abandona el diálogo. Las relaciones funcionan por la forma en que tratamos al otro, lógica o emocionalmente, clara o ambiguamente, honesta o engañosamente. Tener en cuenta los siguientes factores: necesidad de equilibrio entre emoción y razón, comprensión, atención al grado y naturaleza de las comunicaciones, demostrar confianza, ni la coacción ni la influencia son buenas para la aceptación. Separar los problemas de relación de los problemas esenciales. Aceptar al contrario en su condición, no emplear métodos intimidatorios porque ellos generan conductas de reserva, que dan lugar a posiciones cerradas.

3 RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS MARC

¿Qué son, cuáles son y cómo se clasifican los Marc?

3.1 Los Marc

Operativamente son procesos distintos a los de la jurisdicción estatal, cuya composición se realiza básicamente mediante la negociación directa, asistida o el arbitraje, persiguiendo lograr la paz en justicia en forma integral, con el derecho o más allá del derecho y en una proyección de armonía en las relaciones en el presente y a futuro.

Interesa destacar en la definición expuesta que la negociación y el arbitraje son dos modelos básicos de Marc, a partir de los cuales se puede entender a los demás. Al mismo tiempo, sirven para señalar que partiendo de ellos se puede clasificar los mecanismos alternativos en: jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

La negociación. Es un proceso que supone el arte de lograr un acuerdo, con el concurso de las partes o sus representantes, gracias al diagnóstico del conflicto, la identificación de relaciones en interdependencia y el intercambio de las mejores alternativas, con máximos beneficios recíprocos en el presente y a futuro.

Constituye un arte, porque el proceso no se ajusta a formas fijas, las relaciones se desvuelven gracias a la capacidad personal, aptitud y voluntad de las partes para negociar. El proceso de negociación es de autocomposición directa, porque intervienen sólo las partes o sus representantes; no hay intervención de terceros intermediarios, salvo asesores personales.

El diagnóstico del conflicto supone estudiar causas y consecuencias, alternativas de solución; implícita está la necesidad de un pronóstico para señalar implicancias, alcances, ventajas en tiempo, espacio y requerimientos. Supone decidir estrategias y tácticas en las conversaciones.

La identificación de relaciones en interdependencia es la consecuencia de la pon-

deración de un diagnóstico "en doble sentido"; éste es el resultado de la evaluación del diagnóstico hecho en la perspectiva de una de las partes, en contraste con el diagnóstico elaborado desde la perspectiva de la otra parte; esta operación facilita la comprensión de propuestas de la otra parte y contrastar posibilidades de alternativas. No de posiciones fijas

La mediación. Denominada también "facilitación". Es un proceso de negociación asistida. Esto es que interviene un tercero imparcial en la composición del proceso, con el exclusivo propósito de facilitar las comunicaciones, las informaciones y el diálogo entre las partes. El mediador o facilitador no interviene en cuestiones de fondo del conflicto, se limita a facilitar la actuación procesal de las partes y del objeto del conflicto.

Se denomina también facilitación porque el rol o papel del tercero que interviene se limita a facilitar la actuación procesal de las partes y de la composición del conflicto, no interviene en las cuestiones de fondo o en todo caso debe abstenerse.

La conciliación. Es también un proceso de negociación asistida, porque interviene un tercero imparcial en la composición. El tercero dirige la composición del proceso; solo o con auxilio de las partes elabora o estudia el diagnóstico del conflicto, identifica relaciones de interdependencia o posibilidades de alternativas, puede proponerlas a las partes, aportar argumentos, opiniones u opciones que puedan satisfacer los intereses de las partes, hasta llegar al acuerdo.

La conciliación ha sido una institución que los legisladores han recogido para incorporarla como una fase del proceso jurisdiccional del Estado. En otros casos y en varios países está regulada como un proceso prejudicial facultativo u obligatorio (antes del proceso judicial).

En teoría y en la legislación comparada, los términos "mediación" y "conciliación" se confunden en sus denominaciones, situación que felizmente no ocurre en nuestro ordenamiento.

El arbitraje. Es un proceso jurisdiccional, no estatal, pudiendo ser de amigables compondores o de derecho.

Es un proceso jurisdiccional porque está reconocido ordinariamente con ese carácter por los sistemas jurídicos, aunque en doctrina se discute su naturaleza jurídica; se somete a un procedimiento previsto, acordado por las partes o decidido por los árbitros; la dirección del proceso está a cargo de un tercero imparcial; se postulan pretensiones y defensas; se ofrecen y actúan medios de prueba; se resuelve mediante un pronunciamiento jurisdiccional llamado laudo arbitral, equivalente a la sentencia. También es jurisdiccional porque comparte el carácter adversarial en su composición y adjudicativo de derechos en su resolución, esto es que las partes defienden posiciones y se someten a una decisión en la que se reconoce a un ganador y a un perdedor.

El proceso arbitral no es estatal, porque por mandato de la ley se reconoce la posibilidad de ejercer jurisdicción por particulares, con las limitaciones que la propia ley establece. Los árbitros tienen poder de conocimiento, emplazamiento y resolución. La limitación fundamental radica en la falta de coerción.

El arbitraje es de derecho cuando el pronunciamiento se somete a las normas previstas por la ley. Es de amigables compondores cuando el pronunciamiento y generalmente el procedimiento se someten al arbitrio o al real saber y entender de los árbitros elegidos por las partes.

Roque Caivano (1993) propone el estudio del arbitraje a partir de cuatro capítu-

los: El acuerdo arbitral, los árbitros, los procedimientos y el laudo.

Otros mecanismos alternativos. A partir de los modelos referidos es posible inventar una relación ilimitada de formas de resolver conflictos distintos al proceso oficial, capaces de ser aplicados en la solución de conflictos tradicionales que ordinariamente se resuelven ante autoridades judiciales, administrativas o incluso para resolver conflictos políticos internos o de carácter internacional. Como ejemplos pueden mencionarse los siguientes, tomando como fuente la sociedad norteamericana.

- El minijulio (*Minitrial*). Es una creación alternativa incorporada al proceso jurisdiccional estatal. En una oficina especial de la Corte las partes intercambian informaciones sobre pruebas. Acto seguido los abogados informan a las partes o sus representantes, éstas deliberan y pueden llegar a un acuerdo. El mecanismo permite a las partes ver el conflicto en su doble perspectiva, pueden evaluar sus posibilidades y los motiva a conversar y resolver el problema directamente.

- Evaluación temprana neutral (*Early Neutral Evaluation*). Creación alternativa incorporada al proceso jurisdiccional. Después de la etapa postulatoria del proceso las partes son citadas ante un tercero imparcial, que no es el juez, ante quien los abogados informan sus pretensiones y sus pruebas. El tercero imparcial elabora un pronóstico de decisión sin vinculación a las partes. El propósito es motivar una conversación orientada a una negociación o conciliación.

- El juicio abreviado con jurado (*Summary Jury Trial*). También es una creación alternativa incorporada al proceso jurisdiccional estatal. Ante un jurado los abogados informan sus pretensiones, defensas y medios de prueba. El jurado emite su veredicto sin vinculación a las partes, las que pueden interrogar al jurado. El propósito radi-

ca en que las partes entiendan debidamente la delimitación del problema, su esclarecimiento y motivar la aceptación del veredicto o abrir una negociación.

- Tribunal multipuertas (*Multidoor Court-house*). Es otra creación alternativa incorporada al proceso. Consiste en que la Corte ofrece los servicios de una oficina donde los litigantes pueden ser orientados en posibilidades de resolver directamente sus problemas sometidos a proceso. Se toma informaciones de las partes, se da sugerencias de solución, se hacen cálculos de posibilidades. El propósito del mecanismo es ayudar a tomar conciencia de los problemas y ayudar al encuentro de acuerdos para resolverlos.

La pregunta luego de esta enumeración sería: ¿qué mecanismos podrían incorporarse al proceso, con la formación de juzgados corporativos, en el Perú?

3.2 Clasificación de los Marc

¿Cómo se clasifican los Marc?, ¿qué importancia tiene hablar de clases de Marc?

Desde el punto de vista subjetivo pueden clasificarse como: procesos no jurisdiccionales y procesos jurisdiccionales. Los primeros son aquéllos en los que la resolución del conflicto es el resultado del acuerdo de las partes, ya por autocomposición directa o asistida. La característica fundamental está en que la decisión no es impuesta. Ejemplo típico de composición directa es la negociación. Ejemplos de autocomposición asistida son la mediación o la conciliación. Los segundos son aquéllos en que el proceso está bajo la dirección de un tercero imparcial encargado de emitir un pronunciamiento final de cumplimiento obligatorio, es decir vinculante a las partes. Ejemplo de este tipo de mecanismo es el arbitraje.

Desde el punto de vista de sus aplicaciones pueden clasificarse en: procesos alternativos, distintos del proceso jurisdic-

cional del Estado; y procesos alternativos adaptados en el proceso jurisdiccional estatal. Los primeros se realizan como una alternativa a la administración de justicia oficial, como sistema independiente. Un ejemplo podría darse si las partes acuden a cualquiera de los modelos de mecanismos alternativos indicados sin acudir al Poder Judicial.

Los procesos alternativos adaptados en el proceso jurisdiccional estatal están constituidos por toda modalidad de incorporación, total o parcial, de algún modelo alternativo o creación alternativa orientada a motivar la resolución de conflictos mediante el acuerdo de las partes, sin llegar a la sentencia. Ejemplos son la conciliación en la modalidad recogida por la legislación peruana aplicable en los procesos civiles y laborales, especialmente; también lo son el minijudio, la evaluación temprana neutral o el juicio abreviado por jurados que anteriormente se han referido en la legislación comparada.

¿Qué importancia tienen las clasificaciones expuestas y otras que podrían enunciarse? Esta interrogante podría ser un tema de estudio a partir del entendimiento de que las ciencias sociales y el derecho se desarrollasen perfeccionando el sistema de sus conceptos mediante la identificación de elementos, tipos, clases, etc., en cada una de sus instituciones.

4 NECESIDAD DE UN NUEVO PERFIL DEL ABOGADO

¿Qué capacitación, actitudes y aspiraciones corresponden al abogado especialista en Marc?

El abogado con vocación en mecanismos alternativos de justicia debe prepararse para ser un gestor de conflictos. Un nue-

vo tipo de abogado; esto es tener preparación y disponibilidad para asumir responsabilidad como negociador, mediador, conciliador, especialista en el intercambio de intereses con proyección al presente y al futuro. Una mentalidad orientada a la armonía, no a crear sentimientos adversariales ni conflictivos, con una visión integral del mundo, de las relaciones intersubjetivas, con una capacitación multidisciplinaria, en una concepción de integración de los niveles de comprensión y con especial preparación en las siguientes disciplinas:

- Capacitación en ciencias de la comunicación, porque debe facilitar mensajes, informaciones, practicar un diálogo constructivo, ser decodificador de mensajes adversariales para convertirlos en cooperativos.
- Capacitación en psicología, pues debe generar relaciones que promuevan confianza, disuadir tensiones, respeto en la interacción. Además de entrenamiento operativo en la conducción de su individualidad mediante el control de las emociones, los sentimientos de sobreestimación, subestimación, restableciendo o incentivando la autoestimación.
- Capacitación en administración y planificación, porque debe saber hacer diagnósticos, identificar causas, consecuencias y alternativas; diseñar proyectos de prospección aplicados a la solución de conflictos y tener capacidad y habilidades para la organización.
- Capacitación jurídica por especialidades en derechos sustanciales, con una fuerte base de preparación en obligaciones, contratos y derechos fundamentales.
- La capacitación debe complementarse con una sólida formación profesional ética y moral, traducibles en las siguientes cualidades adicionales: ser imparcial idealmente, preservar la confidencialidad, creativo en la generación de alternativas de solu-

ción, sutil discernimiento, capacidad de análisis y síntesis comprobadas, aspirar a la excelencia porque de tal mérito depende la credibilidad pública en la eficiencia de sus servicios y la aceptación del modelo de justicia que se propone.

Una prospección al futuro de la profesión del abogado es ser consultor, asesor, negociador, mediador, conciliador. Solo así se podrá construir una sociedad que aspire a niveles superiores en la condición humana, como dice Luis Silva Santisteban (1981): capaz de convertir en el futuro las posibilidades abiertas en realidades.

El perfil del abogado tradicional, adversarial, conflictivo, litigante debe ser visto como un régimen de excepción para mentalidades conservadoras porque corresponde a sociedades retrógradas, involutivas, que tutelan intereses creados personales o de grupos sociales, fomenta las pasiones y la alienación del hombre, fortalece la idea de ganador perdedor muy propia de las sociedades de consumo, podría decirse que hacen del hombre un cancerbero o en la perspectiva de Herman Hesse un lobo estepario.

5 LOS MARC EN EL PERÚ

¿Qué experiencia y qué perspectivas a futuro tienen los Marc en el Perú?

La respuesta es multicefálica, no diáfana:

- Desde el punto de vista formal, existe una larga experiencia legislativa desde antes de la constitución de la República.

- Desde el punto de vista de la experiencia histórica, en la administración de la justicia de paz, ha existido arraigo popular, que viene desapareciendo por el modo en que se dan el desarrollo de las relaciones económicas y sociales.

- Desde el punto de vista de su aceptación actual, tendría que decirse que la aceptación real es mínima, pero al mismo tiempo se viene implementando una legislación favorable que obligará en un futuro inmediato la práctica de la conciliación prejudicial y dará lugar a la promoción real del modelo.

- Desde el punto de vista de una proyección a futuro se identifican hasta tres perspectivas fundamentales: a) ser indiferente, b) sostener una posición pesimista y c) tener fe en que la justicia alternativa sea la prioritaria en un plazo mediano.

6 LOS MARC EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

¿Qué tradición tienen los mecanismos alternativos de justicia en el Perú?

La conciliación ha tenido práctica consuetudinaria y aceptación popular en el nivel de los usuarios de la justicia de paz. Ha sido una costumbre ancestral que estos problemas se resolvieran conforme al real saber y entender de las partes, con intermediación del juez lego que administraba justicia, bajo el criterio de "a verdad sabida buena fe guardada". El Reglamento de Jueces de Paz de 1854, aún vigente, reconoce a los jueces de paz la facultad de practicar la conciliación, antes del proceso con el carácter de preventiva, pero también se realizaban en el séquito del proceso.

A partir de la década de los años cincuenta de este siglo, la aplicación de la conciliación ha decaído, porque los operadores exageran la prescripción normativa de exclusividad del Estado en la administración de justicia. La influencia de las migraciones del campo a la ciudad, agregada a las reglas de vida de la sociedad moderna, ha dado un giro de ciento ochenta gra-

dos a las relaciones sociales, caracterizadas por un incremento de conflictos; los juzgados de paz están a cargo de estudiantes de derecho y abogados, los que ocupan esos cargos con el propósito principal de mejorar sus posiciones como abogados; promueven litigios y lucran con los pleitos y la población desconfía de los jueces.

La Constitución de Cádiz de 1812, reconocida en el Perú, facultaba a los alcaldes a realizar conciliaciones entre la población, como requisito para interponer demandas judiciales. La Constitución de 1823 ratificó a los alcaldes esa función. Las constituciones de 1826 y 1828 dejaron la función conciliatoria a los jueces de paz; en adelante se hizo silencio constitucional en el tema. Las leyes orgánicas del Poder Judicial de 1911 y 1963 facultaron a los jueces civiles para convocar a las partes a audiencias de conciliación en cualquier estado de los procesos. Luego, los códigos de Procedimientos Civiles de 1856 y 1912 regularon como facultad de los jueces invocar a las partes a una conciliación en procesos de menor cuantía. Toda esta legislación ha sido letra muerta, porque la conciliación fue incorporada como simple facultad en el proceso jurisdiccional. No existió vocación en jueces, abogados ni litigantes para resolver los conflictos por la vía rápida.

En la falta de vocación conciliadora están incluidos también legisladores, estudiosos y docentes universitarios de las facultades de Derecho, los primeros nunca tuvieron interés en la incorporación real del sistema alternativo, los demás nunca vieron que la justicia puede ser alcanzada con formas distintas a procesos contenciosos a cargo del Estado. El trasfondo estuvo en la conciencia social de los sectores dominantes y en especial en la conciencia del gremio de los abogados en ejercicio del poder político, que veían amenazados sus intereses y encontraban por efecto de soberanía,

que el Estado mediante sus órganos jurisdiccionales era el único capaz de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica. Los viejos abogados respetuosos de la tradición amaban su profesión por el talento en las defensas, que permitían hacer durar los juicios eternamente, educando a sus hijos para abogados en la misma escuela, llamándolos idiotas si osaban resolver los pleitos que sirvieron para mantenerlos y realizar sus aspiraciones.

En el siglo XX, a partir de la década del setenta, se incorporó en la legislación laboral la obligación de los jueces de practicar la conciliación. Los resultados han sido de éxito relativo: decreto supremo 007-72-TR; decreto supremo 003-80-TR.

En el siglo XX, década de los noventa, en las áreas civil y laboral se ha incorporado en los procesos jurisdiccionales la obligación de intentar la conciliación, debiendo los jueces proponer una fórmula a las partes, bajo apercibimiento de multa y pago de costas para el caso de no aceptarse y serle adversa la sentencia. Se observa excesos en cuanto la conciliación es intimidatoria y el titular del órgano jurisdiccional adelanta opinión. La práctica ha aconsejado a las autoridades la creación de oficinas especializadas en conciliación, dependientes de los jueces y de juzgados que se están organizando progresivamente en forma corporativa. Para mayor información revisar el Código de Procedimientos Civiles artículo 323 y siguientes y la ley 26636, Ley Procesal del Trabajo.

Por otro lado, la conciliación ha sido incorporada como fase especial en procesos administrativos laborales mediante decreto legislativo 25593, Ley de Negociación Colectiva; decreto legislativo 728, Ley de Fomento al Empleo; decreto supremo 002-96-TR, sobre cese colectivo en derecho industrial en asuntos de competencia de Indecopi; Ministerio Público en el Área Civil, ley

26260, audiencia conciliatoria entre la víctima y el agresor en casos de violencia familiar, circular 006-95-MP-FN de 16-11-95, en concordancia con el artículo 2 del Código Procesal Penal, los fiscales deben intentar la conciliación en procesos penales en los que se aplique el principio de oportunidad.

Paralelamente, la Constitución peruana de 1993 ha instituido a las jurisdicciones comunal y arbitral. Esto significa que, junto con la jurisdicción común del Estado a cargo del Poder Judicial; las especiales a cargo del Tribunal Constitucional; la militar a cargo del fuero militar; las extraordinarias a cargo de los órganos internacionales reconocidos, están también las alternativas jurisdiccionales inicialmente citadas.

Finalmente, en noviembre de 1996, se promulgó la Ley de Conciliación, que reconoce la conciliación como un proceso prejudicial de carácter obligatorio en el área civil. El Ministerio de Justicia autorizará el funcionamiento de oficinas especializadas a solicitud de instituciones particulares, encargadas de los procesos de conciliación prejudicial y para el caso de no tener éxito certificarán los resultados como requisito de admisibilidad de las demandas. El sistema indudablemente dará lugar a expectativas en sectores interesados en ganarse la vida dando certificaciones y en captar nueva clientela; pero también motivará realmente la práctica de la conciliación y por extensión de otros medios alternativos de justicia.

Ése es el estado en que nos encontramos. Queda pendiente el diagnóstico del funcionamiento de todas estas modificaciones legislativas.

7 CONCLUSIONES

1. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (Marc) representan un modelo sustituto de los procesos jurisdiccionales del Estado o en todo caso, influirán en una nueva estructura procesal. Su aceptación y desarrollo dependen de la situación crítica de la administración de justicia, el carácter adversarial del proceso jurisdiccional estatal y la voluntad de los operadores para fortalecer las bases de una nueva cultura en la que prevalezca el reparto de equidad y armonía en las relaciones de convivencia social.
2. Las instituciones o temas de los mecanismos alternativos exigen integrar una nueva área del derecho procesal en una perspectiva multidisciplinaria.
3. La negociación, la mediación, conciliación y arbitraje son modelos originarios de mecanismos alternativos de justicia; tales modelos se vienen incrementando en función de exigencias de la práctica en los países con experiencia o trayectoria en formas alternativas y la capacidad de invención de nuevos modelos, gracias a la acción de los estudiosos en el tema.
La negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos alternativos, cuya solución depende del acuerdo de las partes, no constituyen procesos en los que se ejercite la función jurisdiccional, por tanto, están permitidos por el ordenamiento, sin más limitación que la preservación de derechos fundamentales. Sólo el arbitraje representa ejercicio de función jurisdiccional.
4. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos requieren atención especial en las facultades de Derecho,

- mediante la implementación de cursos orientados a la especialización profesional.
5. Los Marc representan un nuevo perfil profesional para las nuevas generaciones de abogados: ser gestores de resolución de conflictos, esto es conducirse profesionalmente en la perspectiva de solucionar conflictos con relevancia jurídica, en susitución de la mentalidad de formación profesional con espíritu litigante.
 6. A esta altura, es normal tener la sensación de un conocimiento insuficiente. Si este artículo sirve para motivar la inquietud y despertar la voluntad en el estudio del tema, ha satisfecho su propósito.

Bibliografía

CAIVANO, Roque

Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1993, p. 24.

FISHER, Roger y William URY

Getting to YES (¡Sí! De acuerdo). Boston: Houghton Mifflin, 1981.

PASTOR, Ricardo León

Diagnóstico de la cultura judicial peruana. Lima: Academia de la Magistratura, 1996, p. 62.

SILVA SANTISTEBAN, Luis

La estructura de la experiencia humana. Lima: Universidad de Lima, 1981, p. 17.

WAYNE, Davis

Proyecto de negociación de Harvard, 1990.

ZARTMAN, I., William MAUREEN y
R. BERMEN

La práctica de la negociación. New Haven: Yale University Press, 1982.