

DE JACOB Y LABÁN, HASTA LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL ARBITRAJE POPULAR

Por

Jaime David Abanto Torres

Juez Titular del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima

Leamos el Capítulo 31 del Libro del Génesis. La mediación o conciliación es tan antigua que uno de sus episodios más importantes es el protagonizado por Jacob y su tío y suegro Labán. Jacob, acusado por éste de haber robado los ídolos de su suegro, que en verdad habían sido tomados por Raquel. Ignorante Jacob de ello respondió a la acusación: *“Delante de nuestros hermanos reconoce lo que yo tuviera tuyo y llévatelo”*. Labán buscó y rebuscó en las tiendas sin encontrar nada; Raquel se había encargado de ocultar los ídolos debajo de la albarda del camello, sentándose encima de ellos. Ante esta circunstancia, Jacob con enojo le dijo a Labán: *“Has registrado todos mis enseres, ¿y qué has hallado de las cosas de tu casa? Ponlo aquí delante de nuestros hermanos y que ellos juzguen entre nosotros dos”*.

A fin de graficar las semejanzas y diferencias de los MARC’s, presentamos el siguiente cuadro sobre la base de un cuadro comparativo adaptado por ORMACHEA CHOQUE en 1998 y la Fundación Libra en 1996¹⁶, con algunas adiciones y correcciones del autor.

	Autocomposición			Heterocomposición	
	Directa	Asistida	Asistida	No procesalizada	Procesalizada
Característica	Negociación	Mediación	Conciliación	Arbitraje	Poder Judicial
Naturaleza del Procedimiento	Libre No adversarial Sin pruebas Sin argumentos	Libre No adversarial Sin pruebas Sin argumentos	Libre No adversarial Sin pruebas Sin argumentos	Adversarial Regula el momento de presentación de pruebas y argumentos	Adversarial Regula el momento de presentación de pruebas y argumentos
Terceros	No hay	Elegido y aceptado por las partes	Neutral e imparcial No toma decisiones	Neutral e imparcial elegido por las partes Toma decisiones	Neutral Impuesto por la ley Toma decisiones
Control del proceso	Por las partes	Por las partes y el tercero	Por las partes y el tercero	Tercero, más que las partes	Tercero
Formalidad	Informal y sin mayor estructura	Generalmente informal y sin mayor estructura	Generalmente informal y sin mayor estructura	Procesalmente, menos formal	Formal y altamente estructurado por la ley
Vinculación	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Sólo si hay acuerdo	Decisión vinculante, generalmente inapelable	Decisión vinculante, apelable
Resultado	Se busca acuerdo mutuamente satisfactorio	Se busca acuerdo mutuamente satisfactorio	Se busca acuerdo mutuamente satisfactorio	Se busca decisión fundamentada por la ley o criterio. A veces soluciones equitativas (a medias)	Se busca decisión de principios, fundamentada en la normatividad.

¹⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA y USAID, MINISTERIO DE JUSTICIA. Escuela Nacional de Conciliación. Manual Básico de Conciliación Extrajudicial, p. 54.

En la doctrina del derecho procesal civil, existen dos grandes formas de resolver los conflictos: la autocomposición y la heterocomposición. En la autocomposición las propias partes solucionan sus diferencias, ya sea mediante la negociación directa o asistida por un tercero. En este último caso cuando la negociación es asistida por un tercero que puede proponer fórmulas de solución no obligatorias estamos ante una conciliación. Si el tercero no puede proponer fórmula conciliatoria estaremos ante una mediación. En la autocomposición depende principalmente de la voluntad de las partes. En la heterocomposición el conflicto es solucionado por un tercero, que puede ser elegido por las partes como en el caso del arbitraje o el Estado a través del órgano jurisdiccional. El árbitro o juez imponen a las partes su laudo o fallo que es de carácter obligatorio.

Hoy en nuestros días la historia se repite. Muchos Jacobs y Muchos Labanes tienen un conflicto. Y lo primero que se hace es recurrir a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC's). Dependiendo del cristal con que se mire el pasaje de Jacob y Labán, estaremos frente a una mediación, una conciliación o ante un arbitraje. Y el final feliz fue que Jacob y Labán terminaron sus diferencias mediante un convenio. La forma ideal y civilizada de solucionar conflictos.

Los MARC's existen desde antes que existiera el propio Estado. Ellos permiten que las partes sean los protagonistas de su propio conflicto. Los mismos que lo generaron tienen la oportunidad de encontrar una solución. En el alfabeto chino los mismos caracteres representan las palabras conflicto y oportunidad. Tampoco perdamos de vista que la aplicación de la ley formal no es el único medio para solucionar los conflictos. En muchas partes del Perú existe el derecho consuetudinario¹⁷. Basta leer el artículo 149 de la Constitución, existiendo normas similares en diversos ordenamientos constitucionales¹⁸. Las mismas que reconocen la existencia de un pluralismo jurídico, y que son prueba palmaria de que el Perú es un país pluricultural y plurinacional.

Y tampoco perdamos de vista que en el Perú la mayor parte de los jueces son los jueces de paz (no letrados) Sin ir muy lejos, en la Corte Superior de Justicia de Lima, cuya competencia llega hasta Matucana en la Provincia de Huarochirí, tenemos 64 Jueces de Paz. Y precisamente esos jueces de paz son jueces de conciliación, que resuelven las causas a su leal saber y entender y eventualmente aplican el derecho consuetudinario¹⁹.

¹⁷ Recuerdo que en mis clases de Derecho Romano en una limeña Facultad de Derecho, el Reverendo Padre Luis Cordero Rodríguez nos comentaba sobre su tesis denominada *Inaplicabilidad del Código Civil Peruano más de dos mil metros de altura*. Una de las costumbres ancestrales de nuestra región andina convertida en dicho popular es *el que no está a la muerte de su padre se queda sin herencia*. El Padre Cordero nos contaba el caso de un joven provinciano que por sus estudios en Lima no estuvo en su localidad a la muerte de su padre. Su comunidad campesina jamás le permitió tomar posesión de su herencia. Otro caso lo tenemos en el cuento de Enrique López Albújar, quien también fuera magistrado, en su cuento *Ushanan jampi*.

¹⁸ ARCE VILLAR, CÉSAR. La Justicia Comunal: una perspectiva comparada de su tratamiento constitucional en los diversos países de la Región Andina. En <http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/La%20Justicia%20Comunal%20una%20perspectiva%20comparativa%20de%20su%20tratamiento%20constitucional%20en%20los%20países%20de%20la%20Region%20Andina%20Cesar%20A.pdf>.

¹⁹ LOPJ, Artículo 64. - El Juez de Paz, esencialmente es Juez de Conciliación. Consecuentemente, está facultado para proponer alternativas de solución a las partes a fin de facilitar la conciliación, pero le está prohibido imponer un acuerdo.

Artículo 66. - Los Jueces de Paz levantan acta de la conciliación propuesta y de los acuerdos adoptados, firmando los concurrentes después del Juez.

Los MARC's permiten la inclusión social, logrando que todos los peruanos y peruanas tengan acceso a la justicia de una manera más eficiente, permitiendo que el ciudadano de a pie logre resolver sus propios conflictos sin intervención del Estado. Los procesos judiciales paralizan la economía. Un bien litigioso es un bien improductivo. Del mismo modo, un ciudadano en litigio es un ciudadano que en lugar de estar generando riqueza está perdiendo su tiempo y sus recursos económicos.

Jacob recurre a sus hermanos de la localidad para que resuelvan la controversia. Si los terceros podrían proponer una fórmula conciliatoria no obligatoria estaríamos frente a unos conciliadores. Si no podían hacerlo estaríamos frente a unos mediadores. Si los terceros resolvían el conflicto estaríamos ante a unos árbitros.

Existen dos grandes modalidades de conciliación: La conciliación extrajudicial, previa o pre procesal y la conciliación judicial, procesal o intraprosesal. La conciliación judicial se realiza dentro de un proceso, siendo un acto procesal. La conciliación judicial se encuentra regulada en el Código Procesal Civil

La conciliación extrajudicial es un medio alternativo de resolución de conflictos que se ha establecido como un requisito para el acceso a los tribunales. La Conciliación Extrajudicial se rige por la Ley N° 26872 y su Reglamento vigente aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de agosto de 2008.

El arbitraje a su vez, tiene dos clases: el arbitraje de derecho y el arbitraje de conciencia o de equidad. Destruyendo el mito *arbitraje para los ricos, conciliación para los pobres*, nuestra propuesta pasa por institucionalizar un arbitraje popular al alcance de todos. La idea la lanzamos en la conferencia dictada los días 5 y 6 de diciembre de 2005 y que dio origen a un trabajo publicado hace algunos años²⁰. Por ello saludamos la creación del arbitraje popular por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1071, y su reglamentación por el Decreto Supremo N° 016-2009-JUS.

Una encuesta realizada en octubre de 2009 sobre la justicia realizada por la Pontificia Universidad Católica del Perú revela que el 49% de los encuestados trata de arreglar las cosas por las buenas sin intervención de las autoridades. Estamos frente a una negociación directa. Muchas personas de éstas podrían acudir a una conciliación, que es una negociación asistida. También a un arbitraje, en el que un tercero imparcial que no es ninguna autoridad resolvería el conflicto. El 26% acudiría a un policía para que intervenga. Por experiencia, propia, existen buenos policías que antes de formular un parte o un atestado policial recomiendan a las partes que lleguen a una transacción extrajudicial. Y la transacción es el fruto de la negociación de las partes con o sin la ayuda del buen policía. El 14% manifestó expresamente que acudiría a la conciliación extrajudicial. El 5% acudiría a un Juez de Paz. Los jueces de Paz, son los jueces de

En la sustentación y resolución de procesos se sujetan a las normas establecidas en el reglamento correspondiente. La sentencia la pronuncia según su leal saber y entender, debidamente motivada, no siendo obligatorio fundamentarla jurídicamente.

Los Jueces de Paz, preservando los valores que la Constitución consagra, respetan la cultura y las costumbres del lugar.

²⁰ ABANTO TORRES, Jaime David. **DESTRUYENDO MITOS** (O DE CÓMO CONVERTIR A LOS MARC'S EN HERRAMIENTAS ÚTILES Y NECESARIAS PARA DINAMIZAR LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL ÁREA ANDINA) En <http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/conciliacion%20mitos.htm> y en <http://www.minjus.gob.pe/enmarcando/articulos.asp?id=2>.

menor jerarquía y a la vez los más numerosos en el Perú son los Jueces de Paz, son Jueces de Conciliación. Solo el 4% iniciaría un juicio en el Poder Judicial.

En nuestra condición de magistrado no nos sorprende que las personas piensen en el Poder Judicial como la última alternativa para resolver sus conflictos. Porque el acceso al Poder Judicial es residual. Es la última puerta en tocarse para resolver un conflicto. La Constitución dice que toda persona tiene derecho a la paz²¹. El Código Procesal Civil, que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia²². La Ley de Conciliación, que la Conciliación propicia una cultura de paz²³. Si inspiradas por el texto constitucional, la justicia ordinaria y la conciliación extrajudicial buscan la paz ¿Por qué el divorcio entre una y otra? ¿Por qué antes de la Ley de Conciliación, los jueces y los conciliadores trabajaban de la mano y ahora no? El fundamento constitucional de la Conciliación Extrajudicial lo encontramos en el artículo 2 incisos 14, 22 y 24 literal a de la Constitución que señalan que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público; a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; y a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

La paz es algo que todos buscamos desde el fondo de nuestros corazones. Si la buscamos es porque no la tenemos. Si la alcanzamos, quizá nos cueste mantenerla. La paz es un don de Dios. El saludo de Jesús a sus discípulos fue “La paz con vosotros” (Juan 20,26). Quizá alguno en algún momento se sienta mal por no ser un agente de paz a carta cabal. Será porque “llevamos este tesoro en recipientes de barro para que aparezca que una fuerza tan extraordinaria es de Dios y no de nosotros” (2 Co. 4,7). Jesús eligió a sus apóstoles del común de la gente.

Los mediadores, conciliadores, jueces conciliadores y árbitros somos agentes de paz. No de la pax romana impuesta por la fuerza, no de la pacificación impuesta con el uso de las armas violando derechos humanos. Por eso San Francisco de Asís oraba “Hazme tú Señor instrumento de tu paz”. Nosotros queremos ser instrumentos de paz. “Busca la paz y anda tras ella” (Salmo 34,15), porque “Bienaventurados son los que trabajan por la paz porque ellos serán llamados hijos de Dios” (Mateo 5,9).

Tenemos una misión trascendente. Darle paz a la gente, desde el lugar en que estemos. Ese es el sentido de la conciliación, de la mediación, de la justicia ordinaria, del arbitraje.

Buscar la paz es como caminar hacia el horizonte. Algún día llegaremos. Por ello, saludamos el esfuerzo del MINJUS por impulsar los programas CONCILIA PERÚ y ARBITRA PERÚ. Y esperamos que el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia sumen sus esfuerzos para repotenciar la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial. Los Jacobs y Labanes de nuestros días lo agradecerán.

²¹ Constitución de 1993, Artículo 2 inciso 22.

²² Código Procesal Civil, Título Preliminar, Artículo III.

²³ Ley N° 26872, Artículo 4.