

**Aproximación a los estudios de derecho comparado en  
mecanismos alternativos de solución de conflictos de Perú y  
Colombia**

**Aproximación a los estudios de derecho comparado en  
mecanismos alternativos de solución de conflictos de Perú y  
Colombia**

**Andrés Felipe Polanco Gómez**

**Mario Herrera Cuenca**

**Politécnico Grancolombiano**

**Derecho**

**2017**

**Autor:** Andrés Felipe Polanco Gómez<sup>1</sup>

**Director:** Mario Herrera Cuenca

### **Resumen**

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son herramientas legales que permiten resolver un problema jurídico sin accionar el aparato judicial, lo que permite un ahorro en temas económicos tanto para las partes como para el estado, en Colombia y en Perú encontramos que dichas herramientas son una alternativa viable pero no utilizada lo suficiente, esto dado a la creencia de que no es eficaz como lo es la justicia tradicional.

El documento se va encaminar a estudiar los mecanismos alternativos en Colombia y en Perú, encontrar sus diferencias y semejanzas todo esto con base en el método Harvard de solución de conflictos pilar mundial para este tema y estructurar una aplicación eficaz en el territorio nacional esto como medio para obtener un sistema judicial eficiente y des congestionado.

Palabras clave:

Solución de conflictos, mediación, aparato judicial, método Harvard, celeridad, eficacia, des congestión judicial.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho del Politécnico Gran colombiano, participante en el Seminario de Derecho Comercial en la Universidad de Lima, en espera de aprobación del proyecto de grado con el análisis de misión internacional.

## Abstract

The alternative dispute resolution mechanisms are legal tools that allow solving a legal problem without activating the judicial system, which allows a saving in economic issues both for the parties and for the state, in Colombia and Peru we find that this tool is a viable alternative but not used enough, this given the belief that it is not as effective as traditional justice.

The study will be directed to study the alternative mechanisms in Colombia and Peru, find their differences and similarities all this based on the Harvard method of solving world pillar conflicts for this issue and find the structure for an effective application in the national territory this as a means to obtain an efficient and uncongested judicial system.

## Key words

Conflict resolution, mediation, judicial apparatus, Harvard method, speed, effectiveness, judicial decongestion.

## **Introducción**

“En el ordenamiento jurídico colombiano desde hace unos años encontramos unas herramientas contundentes que permiten dirimir conflictos, apartándonos de la justicia tradicional, esto en aras de no solo proteger intereses particulares y generales sino también provocar una descongestión judicial tan necesaria en nuestro país, las altas cifras de conflictos y desacuerdos que se presentan diariamente en el país entre ciudadanos son las que prendieron las alarmas y llevaron al legislador a encontrar otras maneras de solución para estas diferencias”<sup>2</sup>

Esta alternativa de descongestión permite mayor celeridad, economía y eficacia, dándole la facultad a los particulares de resolver sus controversias por medio de los mecanismos alternativos que pueden ser autocompositivos o heterocompositivos, pero que permiten resolver diferencias de manera más rápida y con el suficiente peso legal, tal como si se utilizaran los estrados judiciales para ello.

Legalmente en Colombia esta facultad la da la Constitución política de Colombia en su artículo 116 inciso 4 que reza "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". También encontramos soporte legal en la Ley 270 de 1996 en:

"Artículo 8°. Alternatividad. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por éstos servicios".

---

<sup>2</sup> Salcedo Flórez, Y (2016). Análisis de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos Ambientales en Colombia. Bogota D.C, Universidad Militar Nueva Granada.

"Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad".

"El anterior numeral básicamente reconoce en los particulares competencia para dar cumplimiento a una función jurisdiccional, "actuando como conciliadores"(también se refiere a los árbitros), pero precisando en las materias objeto de este mecanismo únicamente aluden a asuntos susceptibles de transacción, lo cual será objeto de análisis, puesto que la legislación como la jurisprudencia, han hecho señalamiento que rebasa esta inicial definición de la ley"<sup>3</sup>

Ahora bien la norma que utilizaremos en el presente trabajo será el decreto 1818 de 1998 y la ley 640 de 2001, el primero donde se expide el estatuto de mecanismos alternativos de solución de conflictos y el segundo donde se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

Siguiendo lo anterior se debe tener en cuenta cuales son las disposiciones legales en el ordenamiento jurídico peruano, no existe en dicho ordenamiento una norma que indique los lineamientos para el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución

---

<sup>3</sup> Osorio, A. (2002). Conciliación mecanismos alternativo de solución de conflictos por excelencia. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.

de conflictos, estos mismos están en diferentes decretos y leyes que regulan y reglamentan su implementación.

Al igual que nuestro ordenamiento jurídico, en el ordenamiento peruano la base normativa de los mecanismos alternativos de solución de conflictos se encuentra en la Constitución política de 1993, en la que diferentes artículos facultan al ciudadano peruano a encontrar dichas herramientas para solucionar las diferentes controversias que se puedan presentar.

Igualmente en la ley orgánica del poder judicial se establecen lineamientos que permiten a los administradores de justicia encontrar en la teoría de mecanismos alternativos de solución de conflictos una celeridad judicial, esto en aras de justicia y descongestión, teniendo en cuenta que en ordenamientos jurídicos similares el represamiento de procesos crece diariamente.

En el Código Civil Peruano se encuentra en su articulado la reglamentación en cuanto algunos de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como lo es la transacción que a partir del artículo 1302 en el que se explica el proceso que reza: "Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada".

En el Código Procesal Civil que en su título preliminar brinda una serie de derechos que tienen los ciudadanos, explica cada uno y indica cómo hacer efectivos dichos derechos, en el título I se vislumbra la forma de los actos procesales, título II proceso abreviado, título III sobre excepciones y defensas previas, título V sobre procesos de ejecución, título VI de audiencia conciliatoria y fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, el título XI las formas especiales de conclusión del proceso, título XV sobre costas y costos.

La ley de conciliación No. 26872 en la que se dan los principios generales, habla sobre el proceso de conciliación, las calidades del conciliador, sobre los centros de conciliación y de la junta nacional de centros de conciliación y por ultimo sobre jueces y juzgados de paz tema tratado también en la ley orgánica de poder judicial, es procedente aclarar que la ley No. 27218 es la que prorroga la obligatoriedad de la ley de conciliación extrajudicial.

Partiendo de un breve estudio normativo sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia y Perú, es procedente analizar el método Harvard de solución de conflictos siendo este pilar mundial en el tema, este método de negociación se realizo en el año 1980 por varios expertos de la Universidad de Harvard en Estados Unidos que encontraron en su investigación cuales eran las herramientas que permitirían una mejor negociación teniendo en cuenta los intereses de las partes y no fijándose en las posiciones que cada una de ellas asumen durante un proceso de negociación.

Inicialmente el Método Harvard se basó en cuatro elementos, los cuales sirvieron para establecer los siete elementos de la negociación que Harvard menciona en sus talleres, que son las personas, los intereses, las opciones y los criterios estos fueron la base para crear una herramienta de negociación que se convirtió en modelo a nivel mundial.

Los siete elementos de la negociación son:

- Alternativas: es la posibilidad que tienen el negociador y las partes para encontrar un acuerdo diferente al que se está planeando hacer, esto se hace para comparar las calidades de los acuerdos planteados, no obstante una alternativa no se puede obtener si no se tiene la información necesaria del acuerdo que se quiere realizar, por ello cuando se tiene conocimiento del tema en específico es más fácil lograr el objetivo de un acuerdo beneficioso.
- Intereses: en este punto se analizan los interés, es una parte muy importante de la negociación ya que en esta se hace genera la mayoría de ítems para lograr la solución. Aquí lo importante es identificar los puntos clave para generar la



satisfacción de las partes, es de carácter subjetivo y es procedente ocupar gran parte del tiempo aquí.

- Opciones: cuando ya se tienen claros cuáles son los puntos clave se debe proceder a analizar cuáles son las opciones que en sí llegarían a generar un acuerdo, la parte crítica y creativa debe estar presente para con ello se logre el objetivo, no obstante esto se da en el momento de la interacción dado que lo mejor es dejar que las partes generen con ayuda del negociador su acuerdo para que la motivación no sea externa.
- Criterios: todos los acuerdos o procesos que se lleven a cabo durante la negociación deben contar con legitimidad es decir que no vayan en contravía de la ley o el bien común, esto en aras de proteger los intereses de las partes, ya sean criterios externos o internos deben tener un análisis previo de si su utilización es procedente y no va en contravía de los intereses.
- Compromiso: cuando ya se tiene una evaluación completa de las opciones. Y han sido aceptadas en beneficio de las partes, se procede a establecer el acuerdo, con ello se crea el compromiso de cumplimiento para la satisfacción de los intereses, debe tenerse en cuenta que este compromiso debe ser posible y eficaz para que en su desarrollo no se vea afectado por factores externos.
- Comunicación: en aras de lograr una negociación exitosa la mejor herramienta es la comunicación, dado que con ella nos podemos expresar intereses de por medio y con ello lograr el acuerdo querido, una buena comunicación permite solución pero no basta con una simple evaluación de léxico se debe tener un conjunto de elementos que permitan hacernos entender.
- Relación: es un punto álgido durante la negociación esto debido al constante flujo de emociones que se pueden llegar a presentar durante el proceso, esto en aras de de mantener la relación a largo plazo con esto aseguramos la eficacia del compromiso adquirido.

Para empezar el estudio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en los dos ordenamientos jurídicos es procedente estudiar porque se hicieron necesarias

dichas herramientas, se parte de la base que estos mecanismos funcionan para bien de los ciudadanos puesto que resuelven controversias y diferencias que se puedan presentar, por ello se debe tener clara la teoría del conflicto.

El conflicto tiene muchos significados dado que es un término muy ambiguo pero en general se puede concebir como una confrontación de intereses de las personas ya sean patrimoniales o no, personales o colectivos y materiales o inmateriales, que se pueden ver afectados por la acción u omisión, estos intereses pueden haber sido afectados o tener un amenaza en la que existe una probabilidad que se vulneren, y esto sucede cuando se altera el equilibrio de lo que concebimos con orden social, dicha noción nos permite la vida en sociedad.

Por ello el análisis del conflicto es tan pertinente ya que brinda los elementos esenciales para saber a que no enfrentaremos, sin saber cuál es el conflicto es imposible llegar a un acuerdo, aquí es donde se vislumbra la eficacia de las herramientas creadas para la negociación, al conocer quienes intervienen y cuál fue la afectación tenemos ya un porcentaje de equilibrio para iniciar dicho proceso.

No se puede dejar de lado que estamos ante situaciones adversas que ponen en una situación difícil a los intervinientes y a la parte negociadora, no se puede llegar a una comunicación exitosa si no se dejan de lado los prejuicios sociales, intereses personales y demás aspectos que son preconcebidos por las personas y esto afecta de manera sustancial la objetividad de cualquier asunto.

“El conflicto y el consenso son las dos caras de una sociedad que se pretende, en su esencia, inmutable. Tanto el conflicto social, como el consenso se definen como los subprocesos de un ajuste social que permite al sistema su continuación en el tiempo. Ambas fuerzas, conflicto y consenso, establecen una tendencia negentrópica contra la natural (física) tendencia entrópica de todo sistema. Dicho más simplemente, consenso

y conflicto fortalecen el statu quo. Conflicto y consenso son, por tanto, los ejes de una teoría que a todas luces es reaccionaria”<sup>4</sup>

### **Mecanismos alternativos de solución de conflictos**

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos se pueden clasificar en dos, siendo estos la autocomposición y la heterocomposición, pero antes de ello se debe comprender que anterior al diseño de dichas herramientas se encontraba la autotutela entendida esta como defensa propia, utilizada para la defensa de los intereses particulares, si bien ya no es la mejor alternativa es posible cuando hablamos de la defensa propia en materia penal.

La autocomposición en cambio es la solución del conflicto por intermedio de las partes, “La autocomposición es una convención que plasma la voluntad de las partes para componer el conflicto. Se rige por la autonomía de la voluntad privada e igualdad de las partes y entonces sólo puede auto-componerse el conflicto que se refiera a una relación sustancial, de la cual pueda disponerse y en la cual, además, las partes tengan capacidad de ejercicio o negocial. Las partes involucradas resuelven el conflicto directa o indirectamente de acuerdo con el nivel de deterioro de la relación. La autocomposición puede revestir una cualquiera de las siguientes formas: transacción, negociación directa, concertación, negociación asistida, la mediación, la conciliación, la amigable composición y el arbitramento voluntario.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Alfaro Vargas, Roy, Cruz Rodríguez, Omar, Teoría del Conflicto Social y Posmodernidad. Revista de Ciencias Sociales (Cr) [en línea] 2010, II-III

<sup>5</sup> Miguel Ángel Montoya y Natalia Andrea Salinas. La guerra de los valientes o el lugar de la conciliación. Estudios de Derecho. 2009.

La Transacción está definida por el Código Civil Colombiano en el Art. 2469 "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."

"Esta clase de mecanismo auto compositivo consiste en que las partes puedan llegar a un acuerdo por voluntad propia, sin la intervención de ningún tercero, anterior a la presentación de un litigio es decir prescindiendo del mismo, o durante la ejecución de un litigio o laudo arbitral sin que se haya dictado sentencia. La figura de la transacción únicamente genera efecto inter partes y después de realizada presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada."<sup>6</sup>

La mediación es también un mecanismo alternativo de solución de conflictos que permite llegar a una pacífica terminación de la controversia por medio de la ayuda de un tercero que puede ser cualquier persona, es procedente dar a conocer un elemento importante en la mediación y es que no tiene efectos jurídicos, su cumplimiento se deriva de la voluntad de las partes de cumplir lo pactado, si es necesario que esta herramienta tenga efectos jurídicos es necesario llevarla ante la notaria o en un centro de conciliación.

Otro mecanismo es la amigable composición es definido por la ley 1563 de 2012 que reza " La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición. Él

---

<sup>6</sup> Cabana, M. (2012). De los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia: acerca de su alcance y desarrollo para su implementación en los municipios de post-conflicto. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.

amigable componedor podrá ser singular o plural. La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.”

Este mecanismo si bien no es el más utilizado tiene una característica importante y es que la decisión que tome el amigable componedor es de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento para las partes, este tercero denominado amigable componedor es designado por las partes y la decisión que tome consta en escrito, presta merito ejecutivo y hace transito a cosa juzgada.

La conciliación es el mecanismo alternativo de solución de conflictos más utilizado, en dicho mecanismo las partes que tengan una diferencia buscan en un tercero imparcial la solución de dicha controversia, se debe tener en cuenta que el conciliador no toma la decisión sino que esta es tomada por las partes haciendo un acuerdo que les brinde las garantías para que su diferencia sea saldada.

El acuerdo es aprobado por el conciliador quien controla dicho procedimiento pero que no interviene solo propone distintas soluciones esto en aras de lograr el convenio que presta merito ejecutivo y hace transito a cosa juzgada, existen dos clases ya que este proceso puede ser extrajudicial y intrajudicial.

Se debe tener en cuenta que la conciliación es un requisito de procedibilidad en materia procesal, la ley 640 de 2001 reza en su artículo 35 “ Modificado por el art. 52, Ley 1395 de 2010 Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civiles, contenciosas administrativas, laborales y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. Ver el art. 13, Ley 1285 de 2009

Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como

obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1º del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudir directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

La heterocomposición en cambio es la solución del conflicto con intervención de un tercero ajeno al problema o controversia, no solo es un requisito para que dicho mecanismo funcione bajo la heterocomposición si no que resuelve el conflicto de forma vinculante al proceso, el ejemplo más usado es el arbitraje en el que se designa dicho tercero como medio para llegar a la solución jurídica de dicho proceso.

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el cual pactan las partes ya sea de manera posterior o anterior a una controversia la elección de un tercero

llamado arbitro para la solución de la misma que lo resuelve por medio de una figura llamada laudo arbitral que es de obligatorio cumplimiento.

Esta figura de solución de conflictos está determinada en la ley 1563 de 2012 Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones en su primer artículo reza "El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho"

En su segundo artículo habla de las clases de arbitraje en las que puede ser ad hoc si es conducido por los árbitros y es institucional si lo conduce un centro de arbitraje, si no hay un acuerdo previo o las partes guardan silencio su naturaleza será institucional es decir que se hará por medio de un centro de arbitraje. Por otro lado podemos dividirlos por las cuantías ya que serán de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a los 400 SMLMV salarios mínimos legales mensuales vigentes y de menor cuantía los demás.

Es procedente mencionar que cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera de abogado ante los jueces ordinarios, las partes podrán intervenir directamente en el arbitraje plasmado así en el mismo segundo artículo.

Ahora bien en cuanto al tema de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ordenamiento de Perú se toma como base una publicación del Doctor Alipio Montes de Oca Vidal<sup>7</sup> que hizo con la Revista de la Facultad de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, en donde dicta su cátedra de derecho comparado.

La heterocomposición es la solución al conflicto a través de la intervención de un tercero que cuenta con autoridad para imponer su decisión, este será el juez en el proceso judicial y el árbitro en el arbitraje.

La solución judicial es la herramienta que tiene el ciudadano dada la ilegalidad de la autotutela, el estado es el garante de la solución por medio de los juzgados siendo estos el aparato jurisdiccional y al poder del estado se le denomina jurisdicción. Ese poder-deber es para resolver los conflictos que se presenten entre los intereses de las personas, así lo plasma en su artículo además de decir que lo hace mediante resoluciones con autoridad de cosa juzgada y susceptibles de ejecución forzada.

La potestad jurisdiccional la ejerce el poder judicial con exclusividad, a través de los juzgados de paz, juzgados de paz letrados, juzgados especializados, salas superiores y salas supremas haciendo uso de la acción y contradicción por medio de la demanda y la contestación que son la base para que surja a la vida jurídica como tal un proceso judicial, por otro lado dice el doctor Alipio que es una figura heterocompositiva porque existe la figura de un ganador y un vencedor es decir que no se llega a un acuerdo en el que las dos partes encuentran un equilibrio en sus pretensiones sino que se ven afectados con la decisión.

El siguiente mecanismo heterocompositivo es el arbitraje el cual está reglado en la Ley N. 25935 Ley general de Arbitraje y tiene una modificación en el decreto legislativo 1070 del ordenamiento peruano, el arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes

---

<sup>7</sup> Abogado por la Universidad San Martín de Porres; egresado de la Maestría en Derecho Procesal en la misma Universidad; con estudios de postgrado en Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Arbitraje y Solución de Conflictos; profesor del curso “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos” en la Facultad de Derecho y Psicología



que son pactadas en el contrato por medio de la cláusula arbitral, esto en aras de no acudir a accionar el aparato judicial si en la ejecución del contrato existe una controversia. Es relevante por la Ley de contrataciones si la persona o empresa contratare con el Estado ya que este proceso se vuelve obligatorio.

“También existen dos tipos de Arbitrajes el Unificado y Bifurcado, y el árbitro (sea que se trate de un arbitraje con Árbitro Único o Tribunal Arbitral) es escogido por las partes, generalmente. El proceso debe seguir ciertas normas procesales pre-establecidas por las partes en el Acta de Instalación del Tribunal, salvo que se haya optado por someterse al reglamento de una institución arbitral”<sup>8</sup>

Por último afirma que a diferencia del juez que cuenta con atributos como la coerción y la fuerza de ejecución, el árbitro necesita de manera armónica la colaboración del aparato judicial para la ejecución del laudo arbitral y el sometimiento de medidas cautelares.

La autocomposición es la solución del conflicto a través de las partes aunque puede incluirse la participación de un tercero en el proceso, sin embargo el tercero no puede intervenir con su decisión, solo asiste y mediante las herramientas que se le dan debe ayudar a mediar la decisión es decir promover el acuerdo.

La negociación es una forma de resolver el conflicto por la que las partes intentan llegar a un acuerdo, no es probable la participación de un tercero, mas bien es la resolución que le den los intervinientes o sus apoderados, la negociación no necesita necesariamente el conflicto sino que también puede ser el establecimiento de una relación de comunicación mediante el intercambio trueque, se ve desde la perspectiva de regatear al comprar algo, en esto no hay una controversia pero se ponen en frente

---

<sup>8</sup> Montes de Oca Vidal, A. (2011). Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Peru, Unife Lumen Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazon.

los intereses con aras de llegar a un acuerdo, en la negociación existen dos elementos básicos un numero plural de sujetos y intereses diferentes.

La mediación es una negociación mucho más difícil ya que implica la participación de un mediador, esta persona es un tercero ajeno o una entidad determinada que es elegida libremente por las partes, su carácter debe ser neutral, por lo tanto no puede opinar o tomar decisiones y además de ello carece de facultad para hacer propuestas, es simplemente un facilitador en el proceso, su función es ayudar a las partes a encontrar la mejor solución mediante el mejoramiento de la comunicación entre los interesados.

La mediación no se encuentra regulada en el ordenamiento peruano, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de uso privado así lo enuncia el doctor Alape, brinda el ejemplo de las instituciones educativas en el país inca en donde los problemas de abuso y maltrato son frecuentes, por lo que tomaron los modelos implementaos en Argentina y Chile en los que por medio de la mediación ayudaron a la participación de los estudiantes y psicólogos para el mejoramiento de dicho problema.

Esta herramienta es transversal a cualquier campo como se puede ver en el tema empresarial, la utilización de la medicación se vuelve un eje en las relaciones internas y externas y por medio de estas mejoramos ambientes tensos que se pueden generar por las diferentes situaciones que se presentan a diario, esto conlleva a una mala prestación del servicio o a un deficiente proceso de creación de bienes por lo que gracias a este mecanismo podemos encontrar un mejoramiento.

La conciliación según el doctor Alape es un proceso previo al accionamiento del aparato judicial que implica la participación de un tercero denominado conciliador, participan los implicados en la controversia y sus representantes, esto tiene como objetivo evitar dicho accionamiento ya que si se llega al acuerdo no es procedente la utilización de la instancia judicial y con ello se genera economía para el estado y descongestión.

Es un mecanismo informal, consensual, resolutivo, confidencial, voluntario y conlleva una función limitada del conciliador ya que no existe imposición por parte de este sino que es el garante del respeto y de encaminar dicho procedimiento al éxito es decir a llegar a un acuerdo satisfactorio. Existen unos principios aplicables a este mecanismo que son según el doctor Alape: i) el principio de libertad (voluntad para resolver el conflicto); ii) el principio de confidencialidad (reserva de información y actuaciones en el proceso); iii) el principio de información del procedimiento y de las consecuencias de los acuerdos; iv) el principio de no violencia (prevenir actos de agresión verbal o física, de lo contrario no existirá el ambiente propicio para llevar adelante el procedimiento); y v) el principio de participación (participación activa de las partes en la generación de ideas y soluciones).

La diferencia entre la lógica del proceso judicial y la conciliación es; 1. Nivel de solución: El proceso se basa en dar solución a las pretensiones o exigencias planteadas en la demanda, contestación de la demanda y la reconvención. La conciliación apunta a resolver los problemas presentes o no en estos documentos para satisfacer los intereses y necesidades de las partes. 2. Criterio de solución: Mientras que el proceso judicial interpreta y aplica primordialmente el derecho para solucionar conflictos, la conciliación es flexible como para aplicar cualquier otro criterio elegido imaginativamente por las partes y el tercero. 3. Atmósfera: En tanto que el proceso maneja una racionalidad y discurso confrontacional, la conciliación fomenta un clima lo suficientemente cooperativo para solucionar los problemas. 4. Orientación del conflicto: El proceso enfatiza su labor en la discusión de los hechos pasados. Éstos se encuadran dentro de un supuesto de hecho para obtener una consecuencia jurídica. La conciliación reconoce la importancia de la discusión del pasado pero encamina la discusión hacia situaciones ideales a futuro (soluciones). 5. Control del proceso: A

diferencia del gran control que posee el juez en el proceso, la conciliación plantea una relación horizontal entre el conciliador y las partes”<sup>9</sup>

La conciliación extrajudicial se aplica según la Ley de Conciliación N. 26872 del 12 de noviembre de 1997, modificada por el Decreto Legislativo N. 1070 y su reglamento, el Decreto Supremo N. 014-2008 JUS, es obligatorio, por lo que se resuelven con este mecanismo los derechos de las partes, alimentos, régimen de visitas, asuntos laborales, indemnizaciones por daños causados o otros de tipo patrimonial.

La conciliación es obligatoria antes de acudir al aparato judicial, si esto no se hace genera una improcedencia de la demanda por la manifiesta falta de interés de las partes sea el demandante o el demandado en caso de la reconvencción de generar un acuerdo, si bien no es obligatorio llegar al acuerdo, si es obligatorio el uso de este mecanismo previamente.

La llamada en el ordenamiento peruano como conciliación intra proceso es la que se produce una vez iniciado el proceso judicial, esto con base a la facultad que tiene el juez y las partes de finalizar el proceso en cualquier etapa de la primera instancia, es un acuerdo entre el juez, las partes y sus representantes y este acuerdo de igual manera hace transito a cosa juzgada por lo que no podrá cuestionarse posteriormente.

La conciliación administrativa por otro lado “de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 807 en cualquier estado del procedimiento seguido ante el INDECOPI, incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, puede citarse a audiencia de conciliación.

---

<sup>9</sup> Omarche Choque, I. (2000). Manual de Conciliacion Procesal y Pre Procesal. Lima: Academia de la Magistratura, pp.15-72.

El acuerdo al que se arribe en la audiencia de conciliación tendrá efectos de transacción extrajudicial (título de ejecución), lo que facilita su exigibilidad en el caso de incumplimiento.

Sin embargo, es interesante notar que las partes también pueden someterse a cualquier otro mecanismo a fin de solucionar el conflicto (arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos), de tal manera que no se cierra ninguna alternativa para las partes por el hecho que se haya dado inicio al procedimiento administrativo<sup>10</sup>

Con el análisis concreto de cada uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos es procedente hacer un pequeño estudio sobre el método Harvard de negociación el cual es base mundial para cualquier herramienta en aras de resolver una contradicción o conflicto, para ello se tendrá en cuenta la cátedra propuesta por el doctor Luis Ore Ibarra<sup>11</sup> que fue dictada el 28 de Septiembre de 2017 en la Universidad de Lima para los estudiantes de Derecho del Politécnico Gran Colombiano.

A continuación se hará un esbozo del trabajo del Doctor Luis Ore Ibarra, en primer lugar habla de 5 supuestos para la negociación y se debe tener en cuenta una base para entenderlos y tener el éxito en la negociación para ello las personas manejamos las negociaciones según lo que creemos sobre las mismas, nuestros supuestos sobre lo que implica el éxito en el manejo de una negociación, inciden directamente en la forma en que nos comportamos durante la misma, si suponemos tener éxito en el manejo de la negociación implica imponer la postura a la otra parte no se obtendrá el resultado en

---

<sup>10</sup> Montufar Garcia J. (2008). Los medios alternativos de solución de conflictos. Peru, Revista de Derecho & Sociedad.

<sup>11</sup> Profesor de Resolución de conflictos y negociaciones en la Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas de la Universidad de Lima, Consultor-tutor en el Instituto de Desarrollo Económico y Social del Banco Interamericano de Desarrollo, Director y Fundador de ORASI Consulting Group (EEUU), consulto Futuro Sostenible (Perú), Senior Partner del Consensus Building Institute (EEUU), máster en Gestión de Conflictos y máster en Comunicación organizacional e intercultural y amplia formación en negociación y gestión de consenso por CMI international Group, Wenstern Kentucky University, Limscomb University y el programa de negociación de Harvard Law School. Abogado de la Universidad de Lima.

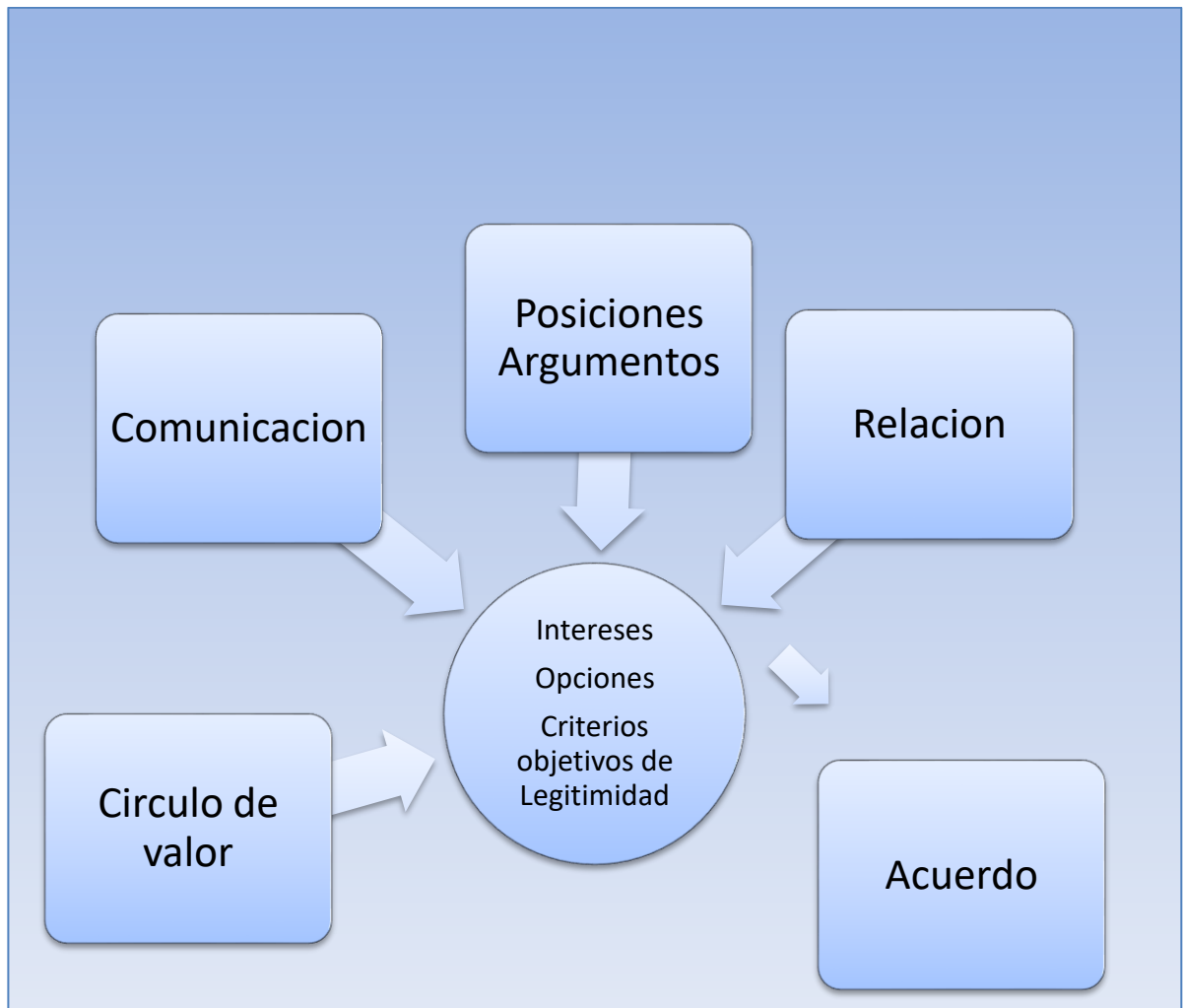
cambio si comprendemos al otro y podemos colaborar a largo plazo el resultado será beneficioso.

Estos cinco supuesto básicos son los que me permiten replantear el tipo de negociación que quiero llevar y de ello depende el éxito que obtenga ya que al hacer estas preguntas encuentro el modelo de proyección viable para emprender un camino sin obstáculos que nos permita llegar al punto de equilibrio entre las pretensiones de mi contraparte y mis pretensiones, basta con suponer para así vislumbrar el mejor método ya que a largo plazo la colaboración es mucho mas provecha para ambas partes

Supuestos de éxito para el manejo del conflicto	
Largo Plazo vs. Corto Plazo	¿Qué implicaciones puede tener esta negociación en el largo plazo?
Resultados vs. Relación	¿En esta negociación me interesan solamente los resultados o me conviene cuidar también la relación?
Competir vs. Colaborar	¿Cómo conseguiré mejores resultados en esta negociación, compitiendo o colaborando con el otro?
Distribuir vs. Crear Valor	Además de la distribución de valor, ¿Cómo puedo crear valor con el otro en esta negociación?
Reactivo vs. Proactivo	¿Me conviene esperar a ver qué hace la otra parte o me conviene enviar un mensaje proactivo?

Ahora bien para proceder con el proceso de negociación se debe diferenciar entre intereses y posiciones para esto se tendrán en cuenta nueve ítems conceptuales que si bien pueden facilitar la diferenciación también facilitarían el entendimiento de la herramienta de negociación como factor de éxito, los ítems a revisar son:

1. Alternativas
2. Posiciones
3. Argumentos
4. Intereses
5. Opciones
6. Legitimidad
7. Compromisos
8. Comunicación
9. Relación



12

Alternativas: estas son las acciones que las partes pueden prever por cuenta propia sin necesidad de estar de acuerdo. O sea que harán si no llega a un acuerdo. En general ninguna de las partes deberá convenir en algo que sea peor para esa parte que su MAAN (Mejor Alternativa de Acuerdo Negociado)

---

<sup>12</sup> Roger Fisher, Williams Ury y Bruce Patton (2001), Si... De acuerdo! Como Negociar sin ceder. Editorial norma.



Posiciones: ante un conflicto donde las partes perciben que no pueden satisfacer sus necesidades sin hacer que el otro ceda, estas tienden a asumir una posición y defenderla. Conviene escuchar las posiciones, entenderlas, aceptarlas y si es posible identificar los intereses subyacentes para entablar una negociación que satisfaga los intereses, no las posiciones.

Argumentos: cuando las partes negocian desde posiciones a menudo utilizan argumentos, o sea justificación de porque lo que reclaman es legitimo. Estas justificaciones generalmente están basadas en el pasado, y la justicia. Escucha los argumentos y sigue indagando los intereses.

Intereses: este es el término que utilizamos para aquello que quiere alguien. Es la respuesta a la pregunta: ¿para que?, detrás de las posiciones de las partes, se encuentran sus necesidades, inquietudes, deseos, esperanzas y temores. Cuando los otros factores son iguales, un acuerdo es mejor en la medida que satisfaga los intereses de las partes.

Opciones: empleamos este término para identificar toda la gama de posibilidades en las que las partes pudieran llegar a un acuerdo. Nos referimos a las opciones que están "sobre la mesa de discusión" o que podrían estar. Podríamos decidir que usted se quedara con la naranja, que yo me quedara con ella, que la cortáramos por la mitad, o podríamos decidir que yo me quedara con la cascara para hornear un pastel y que usted comiese la pulpa. Todas son opciones, en general, un acuerdo es de mayor valor si se trata de la mejor de muchas opciones: esto implica que las dos partes generen valor en conjunto, evitando que lo que una gane necesariamente implique en la pérdida de otra.

Legitimidad: cuando los otros dos factores son iguales, un acuerdo es mejor en la medida que a cada parte le parezca justo, en comparación con alguna referencia externa, algún criterio o principio que vaya más allá de la simple voluntad de cualquiera de las partes. Algunas normas externas de imparcialidad incluyen en el derecho internacional, el precedente, la practica o algún principio como la reciprocidad o acordar una forma de decidir como por ejemplo, una parte divide y la otra elige primero, o se resuelve en forma azarosa, por ejemplo tirando una moneda.

Compromisos: los compromisos son planteamientos verbales o escrito que especifican lo que una parte hará o no hará. Pueden hacerse en el curso de la negociación. En general, un acuerdo será mejor en la medida en que las promesas hayan tenido un buen planeamiento y una buena estructuración, para que sean practicas, duraderas, y de fácil comprensión para quienes tienen que llevarlas a cabo, y verificables si eso es importante.

Comunicación: Cuando los otros factores son iguales el resultado será mejor si se logra con eficiencia, sin perder tiempo y esfuerzo. La negociación eficiente requiere de una efectiva comunicación bilateral. Uno de los factores claves es la escucha activa.

Relación: Una negociación habrá producido un mejor resultado en la medida en que las partes hayan mejorado su capacidad para trabajar juntas en vez de dañarse. Las negociaciones más importantes se hacen con las personas o instituciones con las cuales hemos negociado antes y negociaremos de nuevo, Cualesquiera que sean los otros elementos que incluya una relación, un aspecto crucial es la capacidad para resolver bien las diferencias. Una dimensión de la calidad de un resultado negociado es la calidad de la relación de trabajo resultante, cabe preguntarse ¿son las partes más o menos capaces de abordar las diferencias futuras?

De la información anterior tomada de la cátedra del Doctor José Ore Ibarra dictada el 28 de septiembre de 2017 en la Universidad de Lima, es posible vislumbrar de qué manera se debe estudiar a profundidad la negociación en aras de que sea exitosa, si yo creo alternativas y opciones llevo a un acuerdo pero para ello debo conocer los intereses de las partes, el acuerdo que se produzca debe ser respetado por las partes y debe contener un carácter legitimo no solo el acuerdo si no las pretensiones antes del mismo.

La comunicación es una herramienta que me permite entender mi contraparte y en el caso del negociador o conciliador le permite conocer de primera mano las pretensiones de ambas partes, de la comunicación podemos continuar con la relación siendo esta parte importante de la negociaciones ya que me permitirá obtener un mejor resultado a

largo plazo, las partes y el negociador deben llegar al mismo punto de equilibrio mediante la participación complementaria de todos.

La siguiente información es sobre el Enfoque de Beneficios Mutuos (MGA) Mutual Gains Approach to Negotiation hecho por el Consensus Building Institute al cual pertenece el Doctor José Ore Ibarra.

Prepararse:

- Clarifique su mandato y defina su equipo de negociación
- Estime sus mejores alternativas a un acuerdo negociado (MAAN), y las de la otra parte
- Identifique sus intereses y los de la otra parte
- Si es posible trate de mejorar su MAAN
- Prepárese para sugerir propuestas de beneficio mutuo

Generar valor:

- Evitar cualquier tipo de crítica
- Invente propuestas sin comprometerse
- Genere propuestas que aprovechen las diferencias para generar valor
- Agrupe sus propuestas en múltiples "paquetes"

Distribuir valor:

- Compórtese de la manera que construya confianza
- Identifique estándares o criterios para la distribución de valor que todas las partes puedan apoyar
- Mantenga por lo menos dos "paquetes de propuestas en la mesa
- Utilice personas neutrales que puedan sugerir una posible distribución

Hacer seguimiento del valor

- En la medida de lo posible, diseñe acuerdos que puedan ser cumplidos sin intervención de terceros
- Diseñe mecanismos que puedan servir para resolver “sorpresas predecibles”
- Acuerde alguna manera de monitorear los acuerdos, incluyendo mecanismos de medición
- Siga trabajando para mejorar la relación de su contraparte

Para terminar y poder pasar a la parte de la conclusión es procedente mostrar como el Doctor José Ore Ibarra propone como se debe preparar y evaluar la negociación en unos sencillos pasos. (2009) ORASI Consulting Group Inc.

Partes y temas: ¿Quiénes son las partes y quienes deben participar? ¿Cuáles son los temas/asuntos que deben tratarse?

Alternativas: ¿Cuáles son nuestras alternativas? ¿Cuáles son las de la otra parte?

Intereses: ¿Cuáles son nuestros intereses, preocupaciones, necesidades, aspiraciones, temores, deseos, motivaciones en general? ¿Por qué y para que debo negociar? ¿Cuales son los intereses de la otra parte?

Opciones: ¿Cuáles son las posibles opciones para satisfacer los intereses de ambas partes considerando cada uno de los temas a tratar?

Criterios de legitimidad: ¿Qué criterios pueden ayudar a evaluar las opciones más allá de un duelo de voluntades? ¿Cómo podemos crear un estándar si no existe?

Comunicación: ¿Qué preguntas queremos hacer a la otra parte? ¿Qué mensaje queremos enviar y como estar seguros que el mensaje sea recibido como intentado?

Relación: ¿Cómo es la relación ahora? ¿Cómo nos gustaría que sea? ¿Qué podemos hacer en nuestra próxima reunión para ir de cómo es y cómo nos gustaría que sea?

Compromiso: ¿Qué términos y condiciones debemos discutir antes de lograr un acuerdo? ¿Qué grado de autoridad tenemos para llegar acuerdos en esta reunión? ¿De qué manera vamos a monitorear el cumplimiento del acuerdo? ¿Qué mecanismos y procedimiento usaremos para enfrentar nuevos retos?<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Adaptado de: 7 Elements Worksheet, PON 2006 Harvard College, 2009 ORASI Consulting Group Inc. Material de estudio Taller de Negociación y Resolución de conflictos, 28 de septiembre 2017, Universidad de Lima.

## Bibliografía

Alfaro Vargas, Roy, Cruz Rodríguez, Omar, Teoría del Conflicto Social y Posmodernidad. Revista de Ciencias Sociales (Cr) [en línea] 2010, II-III

Cabana, M. (2012). De los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia: acerca de su alcance y desarrollo para su implementación en los municipios de post-conflicto. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.

Castillo Claudet, E. (2015). Historia de los MASC en Colombia. Bogotá D.C

Miguel Ángel Montoya y Natalia Andrea Salinas (2009). La guerra de los valientes o el lugar de la conciliación. Estudios de Derecho.

Montes de Oca Vidal, A. (2011). Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Perú, Unife Lumen Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Montufar García J. (2008). Los medios alternativos de solución de conflictos. Perú, Revista de Derecho & Sociedad.

Omarcho Choque, I. (2000). Manual de Conciliación Procesal y Pre Procesal. Lima: Academia de la Magistratura, pp.15-72.

Osorio, A. (2002). Conciliación mecanismos alternativo de solución de conflictos por excelencia. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.

Roger Fisher, Williams Ury y Bruce Patton (2001), Si... De acuerdo! Como Negociar sin ceder. Editorial norma.

Romero, A. (2005). Medios alternativos de resolución de conflictos MARC's. Bogotá D.C: Gestipolis

Salcedo Florez, Y (2016). Análisis de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos Ambientales en Colombia. Bogotá D.C, Universidad Militar Nueva Granada.

Theodore Kheel, (1999). The keys to Conflict Resolution. New York, Four Walls Eighth Windows.

Tobón López, J. (1997). Método Harvard de negociación. [Medellín]: Pontificia Universidad Bolivariana, Escuela de Formación Avanzada.

#### Links

[:http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15319334005>](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15319334005) ISSN 0482-5276

[http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen\\_9/lumen\\_9.html](http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/lumen_9.html)

<http://www.cbuilding.org/cbis-mutual-gains-approach-negotiation>

#### Normas consultadas y Jurisprudencia

##### Colombia

- Código Civil
- Código Penal
- Código General del Proceso Ley 1564 de 2012
- Decreto 1898 de 1998
- Ley 1563 de 2012
- Ley 640 de 2001
- Sentencia C-014/2010
- Sentencia C-598/2011

##### Perú

- Ley general de arbitraje N. 26572
- Decreto Legislativo N. 1071 que modifica la Ley general de Arbitraje
- Ley de conciliación N. 26872
- Decreto Supremo N. 014-2008 JUS-Reglamento de la ley de conciliación
- Código Procesal Civil y Código Penal.