

# EL ROL DE LA JUSTICIA EN EL PROCEDIMIENTO Y CONCLUSIÓN DE LOS MARCS Y EL PROCESO JUDICIAL

## THE ROLE OF JUSTICE IN THE PROCEDURE AND CONCLUSION OF ADR AND THE JUDICIAL PROCESS

Gino Rivas Caso \*

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Casahierro Abogados

*In the face of a conflict, citizens can follow different ways to solve it. But, how justice is configurated in the conclusion of a specific conflict? what guarantee that the procedure of the mechanism is fair? We can think here in the due process of law; nevertheless, due process of law does not reach all mechanisms of conflict resolution.*

*This paper, therefore, focuses in the study of the role of justice in (i) the procedural scope of judicial process and ADR mechanisms; and in (ii) the conflict resolution generated by them.*

**KEYWORDS:** Justice; Alternative Dispute Resolution (ADR); judicial process; due process of law.

*Ante un conflicto, los ciudadanos pueden seguir diversas vías para dar solución al mismo. Pero, ¿cómo se configura la justicia en la conclusión de un conflicto en específico? ¿qué garantiza que el procedimiento del mecanismo sea uno justo? Podemos pensar aquí en el debido proceso; no obstante, éste no alcanza a todos los mecanismos de resolución de conflictos.*

*Este artículo, por consiguiente, se enfoca en estudiar cuál es el rol de la justicia en (i) el ámbito procedimental del proceso judicial y de los MARCS; así como en (ii) la resolución al conflicto generada por aquéllos.*

**PALABRAS CLAVE:** justicia; Resolución Alternativa de Disputas (RAD); proceso judicial; debido proceso.

\* Abogado. Adjunto de docencia de los cursos "Obligaciones" y "Teoría del conflicto y mecanismos de solución" en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Club Español de Arbitraje (CEA). Asociado en Casahierro Abogados. Contacto: grivas@casahierroabogados.com.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THEMIS-Revista de Derecho el día 31 de enero de 2017, y aceptado el 05 de Agosto de 2017.

## I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos son parte inmanente al ser humano<sup>1</sup>, y salvo los intrapersonales, la mayoría de éstos involucran a dos o más agentes/grupos de la sociedad. Ahora bien, encontrados en un conflicto, los agentes involucrados pueden adoptar diferentes comportamientos frente al mismo.

Entre los diferentes comportamientos que pueden asumir ante un conflicto, los involucrados pueden buscar vías para resolver el mismo. En esa línea, destacan en nuestra sociedad moderna el proceso judicial y los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos [en adelante, MARCs]. Éstos no solo cumplen una función de solucionar el conflicto (función inmediata), sino que a través de ello velan por la vida en común y la paz social (función mediata).

Estos mecanismos solucionadores de conflictos, entonces, cumplen fines mediatos encomiables. Pero, ¿cuál es el rol de la justicia dentro de la solución de un conflicto en específico? Por un lado, ¿La sentencia que expide el juez puede considerarse justa? ¿El acta de conciliación mediante la que dos agentes ponen fin a un conflicto constituye una solución justa para ambas? Por otro, sabemos que hay un debido proceso para la dinámica judicial, la que garantiza un procedimiento justo ante los tribunales; ¿existe también un procedimiento conciliatorio justo? ¿Las negociaciones bilaterales son justas? De las preguntas realizadas, tenemos que aparecen dos cuestiones relevantes:

- La justicia en el resultado obtenido por el mecanismo de solución de conflictos (¿resultado justo?)
- La justicia en la secuencia procedimental seguido por el mecanismo de solución de conflictos (¿procedimiento justo?)

De forma previa al análisis de ambas cuestiones, es necesario hacer algunas delimitaciones en cuanto al alcance del trabajo. Esto se verá a continuación.

## II. DELIMITACIONES NECESARIAS

El análisis que hace este artículo del rol de la justicia en el procedimiento y en el resultado del

mecanismo de solución de conflictos se delimita solo a (i) conflictos de una naturaleza específica; y (ii) ciertos mecanismos de solución (proceso judicial + MARCs).

### A. Delimitación en función a los conflictos: Asuntos litigiosos que recaen sobre derechos disponibles

Dentro del universo de conflictos, el presente trabajo se enfoca en los asuntos litigiosos sobre derechos disponibles. Veamos dónde se ubican:

<p><b>Conflictos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>└ intrapersonales</li> <li>└ <b>interpersonales</b></li> <li>└ sin relevancia jurídica</li> <li>└ <b>con relevancia jurídica (= litigios)</b></li> <li>└ sobre derechos no disponibles</li> <li>└ <b>sobre derechos disponibles</b></li> <li>└ intragrupal</li> <li>└ intergrupales</li> <li>└ [...]</li> </ul>
---

Así, nos enfocamos en conflictos (i) interpersonales (ii) con relevancia jurídica y (iii) que versan sobre derechos disponibles. Evaluaremos cada uno de dichos puntos a continuación.

#### 1. Conflictos interpersonales

El concepto de conflicto abarca a diferentes categorías según la magnitud involucrada. Así, desde cuestiones intrapersonales (ejemplo, las disonancias cognitivas) hasta enfrentamientos bélicos mundiales (ejemplo, la Segunda Guerra Mundial) encuadran dentro del concepto de conflicto<sup>2</sup>. Y naturalmente, según la dimensión del conflicto, el derecho<sup>3</sup> se aproxima a los mismos de formas distintas.

Pues bien, en el presente trabajo, nos enfocamos en los denominados conflictos interpersonales<sup>4</sup>. Esto es, conflictos que involucran a dos personas –naturales o jurídicas– distintas enfrentándose, dada la percepción de que sus posiciones colisionan entre sí. En términos simples, lo que quiere y plantea uno no es igual a lo que quiere y plantea el otro, produciéndose un enfrentamiento. Los ejemplos aquí son infinitos: la empresa que exige a otra una reducción del precio pactado debido a que considera que la mercancía era de menor calidad a la ofrecida, el contribuyente que discute con SU-

<sup>1</sup> MUÑOZ, Francisco A. "La paz imperfecta". Granada: Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada. 2001; PARIS ALBERT, Sonia. "Filosofía de los conflictos. Una teoría para su transformación pacífica". Barcelona: Icaria. 2009; entre muchos otros.

<sup>2</sup> GALTUNG, Johan. "Solving Conflicts: A Peace Research Perspective". Honolulu: University of Hawaii Press. 1989.

<sup>3</sup> O la Psicología, para el caso de los conflictos intrapersonales.

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco. "Sistema de Derecho procesal Civil". Tomo I. Buenos Aires: Uteha. 1944. p. 17.

NAT respecto al cálculo de su impuesto a la renta, el esposo que solicita el divorcio a la esposa, etcétera.

## 2. Conflictos con relevancia jurídica (litigio)

No todos los conflictos interpersonales son relevantes para el derecho. Aquí aparece el concepto de litigio, el que equivale a un conflicto relevante para el marco jurídico. Así, **“ese litigio [...] ha de implicar, como ya indicamos [...], trascendencia jurídica: por ejemplo, una discusión científica o una competición deportiva, por apasionadas que resulten, no contienen materia litigiosa”**<sup>5</sup> [El énfasis es nuestro].

¿Qué entender por conflicto con relevancia jurídica? Simple: un conflicto en el que estén involucrados derechos o intereses tutelados por nuestro ordenamiento jurídico. Sobre esa base, podemos recurrir a la teoría de la argumentación jurídica para obtener una definición más detallada. La teoría de la argumentación jurídica califica a las premisas involucradas en un problema jurídico en dos tipos: premisas fácticas y premisas normativas<sup>6</sup>, siendo que puede haber discrepancia en la determinación de cada una de ellas<sup>7</sup>. Por lo tanto, un conflicto con relevancia jurídica se produce cuando los agentes involucrados en una situación específica discrepan respecto a (i) los hechos acaecidos y/o (ii) las consecuencias jurídicas de dichos hechos. En ese sentido, son tres los escenarios específicos:

- Las partes discrepan respecto de los hechos sucedidos y de las consecuencias jurídicas que deben producirse.

Ejemplo: contratista y comitente discrepan respecto a si la obra se entregó el 13 o el 14 de enero; y aún suponiendo que se haya entregado el 14 de enero, el contratista considera que no corresponde la aplicación de una penalidad mientras que el comitente sí.

- Las partes discrepan respecto de los hechos sucedidos, más no tienen discusiones respecto a las consecuencias jurídicas.

Ejemplo: en el marco de un contrato, A generó daños a B puesto que los suministros químicos que entregó hicieron explotar un almacén de B. A acepta su responsabilidad contractual y asume que de-

berá pagar una indemnización. No obstante, las partes discrepan en cuanto al monto del daño: mientras A considera que el patrimonio afectado estaba valorado en US\$ 300,000.00, B considera que las pérdidas ascienden a US\$ 1'200,000.00.

- Las partes concuerdan respecto a lo sucedido, más discrepan sobre las consecuencias jurídicas que deben producirse.

Ejemplo: Una empresa se obligó frente a otra a transportar de Lima a Trujillo un cargamento de telas y linos en un plazo de cinco días. No obstante, al segundo día de celebrado el contrato, se produjo una protesta social masiva en Trujillo, la que bloqueó las carreteras y el aeropuerto durante diez días. Ninguna de las partes niega los hechos (protesta social masiva), más no obstante discuten respecto de si tal hecho extingue o no la obligación de remitir el cargamento de telas y linos (así sea de manera tardía).

Entonces, un conflicto de relevancia jurídica involucra supuestos variados. Es importante resaltar aquí que en esta clase de conflictos no es necesario que haya una discusión sobre la interpretación o aplicación de una norma. Como vimos, un caso en que ambas partes discuten cuál es el monto de indemnización es un asunto jurídicamente relevante aún cuando las partes estén de acuerdo en todo el aspecto jurídico del problema (antijuridicidad, nexo de causalidad, factor de atribución, y presencia de daño). En síntesis, un conflicto es jurídicamente trascendente cuando dentro de él están involucrados derechos o intereses tutelados por nuestro ordenamiento jurídico.

## 3. Conflictos sobre materias disponibles

Dentro de los conflictos interpersonales con relevancia jurídica, puede hacerse una división según la naturaleza de los derechos e intereses involucrados: por un lado está (i) la materia disponible; y por otro (ii) la materia no disponible. En este trabajo, nos enfocamos en los conflictos sobre materia disponible.

Los conflictos sobre materia disponible son aquellas controversias en las que las partes pueden desprenderse de los derechos involucrados en el conflicto libremente. Así por ejemplo, en el caso

<sup>5</sup> ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Proceso, autocomposición y autodefensa”. México D.F.: UNAM. 2009. p. 17.

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel. “Razonamiento Jurídico”. En: FABRA ZAMORA, Jorge Luis y Verónica RODRIGUEZ BLANCO (Editores). “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”. Volumen II. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015. pp. 1419-1452.

<sup>7</sup> MACCORMICK, Neil. “Legal Reasoning and Legal Theory”. Oxford: Oxford University Press. 1994. Según MacCormick, las premisas normativas pueden tener problemas de relevancia o de interpretación; y las premisas fácticas problemas de prueba o de calificación.

de la empresa que exige una reducción del pago debido a que la mercancía era de menor calidad a la pactada, cualquiera de las dos partes puede deshacerse de su derecho sin problemas: por un lado, la empresa que exige la reducción del pago puede renunciar a dicha solicitud y aceptar la mercancía tal y como está; por otro, la empresa que entregó la mercancía de menor calidad puede aceptar la reducción del precio solicitada y devolverle a la compradora parte del dinero que pagó.

Usualmente, la materia disponible consiste en derechos patrimoniales, susceptibles de valoración económica y de exclusivo interés del titular del derecho. No obstante, en última instancia es la ley la que determina, en cada país, qué constituye materia de libre disposición y qué no<sup>8</sup>. La nota característica de la materia disponible, resaltamos, es la libertad del portador del derecho para desprenderse del mismo.

Por contraste, los conflictos sobre materia no disponible versan sobre derechos e intereses no exclusivos del agente involucrado. En esta clase de materia, la subsistencia y protección del derecho le compete a toda la sociedad. Así por ejemplo, es inviable concebir que la víctima de un intento de homicidio pudiese perdonar al sicario a efectos de librar a éste de la pena que merece. Otro ejemplo: uno no puede renunciar a derechos humanos fundamentales (más allá de si están involucrados en un conflicto o no, inclusive).

El enfoque en los conflictos sobre materia disponible no constituye una decisión arbitraria. En realidad, sucede que los MARCs—objeto de análisis del presente trabajo— solo proceden para solucionar conflictos de tal índole. No es posible, por ejemplo, que haya una conciliación sobre materias penales, o un arbitraje en el que se discuta un divorcio. Es justamente el carácter disponible del derecho involucrado lo que permite que se pueda recurrir a estos medios alternativos de solución de conflictos. Si una persona puede renunciar a un derecho, con más razón podría llevar al mismo a un arbitraje<sup>9</sup>, o a cualquier otro MARC.

En síntesis, el artículo se enfoca en conflictos interpersonales con relevancia jurídica—litigios— que versen sobre derechos disponibles.

## B. Delimitación según los mecanismos: Los Mecanismos Comunes de Resolución de Conflictos (MCRCs)

En adición a la delimitación del presente trabajo en función a cierta clase de conflictos, aquél también se centra solo en los MARCs y en el proceso judicial. Pues bien, emplearemos el concepto de Mecanismos Comunes de Resolución de Conflictos [en adelante, MCRCs], para referirnos a todos los mencionados mecanismos. En términos simples:

MCRCs = Proceso judicial + MARCs (negociación, mediación, conciliación, *minitrial*<sup>10</sup>, *dispute boards*<sup>11</sup>, arbitraje, decisión vinculante de experto, etcétera.)

Ahora bien, los MCRCs pueden ser clasificados desde el derecho procesal en formas de (i) autocomposición; o (ii) heterocomposición. Veamos la definición de ambos supuestos:

- Autocomposición es la solución del conflicto nace de las partes, y se da a través de la renuncia del derecho propio en beneficio del interés ajeno<sup>12</sup>. La autocomposición, por cierto, puede ser unilateral, cuando solo una de las partes renuncia a su derecho; o bilateral, cuando hay concesiones recíprocas.

La autocomposición puede tomar la forma de una transacción, desistimiento, allanamiento, y otras figuras. No obstante, cabe precisar que estas figuras no son realmente mecanismos de solución de conflictos, sino más bien formas de la solución. Los mecanismos propiamente dichos son la negociación, la mediación, la conciliación y otros que derivan en tales formas de solución. En efecto: “*negociación, mediación y conciliación resultan procedimientos o caminos para llegar a la solución del litigio; por otro lado, desistimiento, allanamiento,*

<sup>8</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. “Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia”. Lima: Palestra – Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. 2006. p. 76.

<sup>9</sup> CAIVANO, Roque J. “Negociación, Conciliación y Arbitraje”. Lima: APENAC. 1998. p. 228.

<sup>10</sup> Se trata de una simulación de la dinámica judicial, mediante la cual las partes presentan su caso a un tercero enfrasándose en un cruce de posición. Si bien la dinámica puede parecer adversarial, la misma en realidad es cooperativa, toda vez que se da en el marco de negociaciones y tiene como objeto acercar a cada parte en la posición de la contraria. (VIRGÓS SORIANO, Miguel. “Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional”. En Anuario de la Facultad de Derecho 11. 2007. P. 84).

<sup>11</sup> Las *dispute boards* son un mecanismo de solución de conflictos caracterizado por la presencia de un panel de expertos que van resolviendo conflictos que surgen “sobre la marcha” de un proyecto. Este mecanismo se emplea en proyectos de construcción.

<sup>12</sup> ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Óp. cit. pp. 71 y siguientes.

*perdón del ofendido, transacción, renuncia al derecho, a la reclamación o a la defensa son formas que adopta la solución*<sup>13</sup>.

- Heterocomposición es la solución del conflicto proviene de un tercero ajeno al conflicto, el que expide una decisión vinculante sobre el mismo<sup>14</sup>. Constituyen supuestos de heterocomposición el proceso judicial, el arbitraje y la decisión vinculante de experto<sup>15</sup>.

En esa línea, desde el derecho procesal los denominados MCRCs constituyen formas de autocomposición o heterocomposición. Esto porque en los MCRCs, o bien la solución del conflicto proviene de las partes (negociación, mediación, conciliación, y otros similares), o bien nace de un tercero que expide una decisión vinculante (arbitraje, proceso judicial, y otros).

### III. LA JUSTICIA EN EL RESULTADO DEL MCRCs

Cada día se aplican incontables veces los MCRCs en la búsqueda de solucionar conflictos de los ciudadanos. En aquellos casos en que el MCRCs resulte exitoso, el conflicto se extinguirá, lo que indiscutiblemente contribuye a la paz social y a la vida en común. Los MCRCs, entonces, contribuyen y velan por valores propios de cualquier esquema o sistema social.

La pregunta, no obstante, se encuentra en las consecuencias concretas del MCRC. Sabemos que los MCRCs solucionan conflictos, pero ¿expiden soluciones *justas*? En otros términos, ¿podemos decir que el acuerdo de negociación, el acta de conciliación, el laudo arbitral y/o la sentencia judicial constituyen justicia para el caso concreto?

Aquí, conviene precisar de entrada que el acceso a una decisión justa no es algo que se puede lograr solo a través de los tribunales nacionales. Por acceso a la justicia **“se debe englobar a todas las posibilidades que el ciudadano tiene de acce-**

**der a obtenerla de forma diferente a la que le es otorgada por la sentencia emanada de un juez o tribunal”**<sup>16</sup>. Más aún, sobre los MARCS, tengamos presente que “[...] **no se trata de una renuncia a la justicia o de una privatización de la misma, sino de la existencia de diversos mecanismos para conseguirla**”<sup>17</sup>. [El énfasis es nuestro].

Como veremos a continuación, los MCRCs, en general, expiden decisiones **justas**. La concepción de justicia concreta, por cierto, dependerá de la clase de MCRC involucrado. Sobre ello, los MCRCs pueden clasificarse de la siguiente manera:

- MCRCs de administración de justicia (heterocomposición).
- MCRCs de autoasignación de justicia (autocomposición).

#### A. Mecanismos de administración de justicia (heterocomposición)

En ciertos mecanismos, la solución del conflicto se constituye o se entiende como administración de justicia al caso concreto. Así, se administra justicia cuando un juzgador –tercero ajeno al conflicto– impone una solución al conflicto. Este tercero definirá qué sucedió y/o las consecuencias jurídicas de lo sucedido, expidiendo una decisión que es de carácter vinculante para las partes.

Según vemos, la administración de justicia presupone la intervención de un tercero en el conflicto, el que expedirá una solución de carácter vinculante. En tal sentido, los MCRCs en los que se administra justicia son el proceso judicial, el arbitraje y la decisión vinculante de experto.

Ahora bien, ¿cómo podemos afirmar que la decisión del tercero constituye una solución justa al conflicto? Aquí, otra vez, aparece la teoría de la argumentación jurídica, la que se ha encargado de estudiar la solución de problemas jurídicos con-

<sup>13</sup> VADO GRAJALES, Luis Octavio. “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”. En: Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006. p. 375.

<sup>14</sup> ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Óp. cit. pp. 103 y siguientes.

<sup>15</sup> Mecanismo reconocido en la Décimo tercera disposición complementaria de la Ley de Arbitraje.

DÉCIMO TERCERA.- “Procedimiento pericial.

Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario”.

<sup>16</sup> CAVALLI, María Cristina y Liliána Graciela QUINTEROS AVELLANEDA. “Introducción a la gestión no adversarial de conflictos”. Madrid: Reus. 2010. p. 37.

<sup>17</sup> VADO GRAJALES, Luis Octavio. Óp. cit. p. 377.

cretos<sup>18</sup>. De acuerdo a la teoría de la argumentación jurídica, la justicia se materializa a través de decisiones justificadas (justificado significa conforme a justicia<sup>19</sup>) en los hechos y el derecho pertinentes. En otras palabras, **“el contenido de una decisión está jurídicamente justificado si y sólo si se deriva lógicamente de una norma jurídica N y la descripción de ciertos hechos”**<sup>20</sup>.

No obstante, consideramos que si bien correcta, la definición de decisión justa de la teoría de la argumentación jurídica es incompleta. En realidad, la administración de justicia puede darse también a través de la aplicación de criterios de equidad internos del juzgador. Éste, justamente, es el caso del arbitraje de conciencia, en el que el árbitro puede establecer las consecuencias jurídicas que considere justas al caso concreto, no estando obligado a aplicar lo establecido en normas dispositivas<sup>21</sup>.

En adición a ello, también existen supuestos en los que el tercero no debe ni si quiera pronunciarse respecto a las consecuencias jurídicas, toda vez que la controversia que le ha sido sometida versa únicamente sobre hechos. En estos casos, también se está administrando justicia.

Tenemos, entonces, que se administra una decisión justa en los siguientes casos:

- **Supuesto 1: Administración de justicia a través de la definición de hechos**  
En este caso, el juzgador se limita a establecer lo que sucedió. Ello se debe a que las partes le sometieron solo una controversia fáctica, sin discusiones jurídicas involucradas (toda vez que concuerdan respecto de los efectos jurídicos). Ejemplo: las partes que saben y aceptan que una debe indemnizar a la otra, pero no están de acuerdo respecto al monto exacto.
- **Supuesto 2: Administración de justicia a través de la aplicación de la ley.**

En este caso, el juzgador (i) define los hechos sucedidos (si es que hay controversia sobre los mismos); y (ii) aplica las normas que correspondan según el supuesto de hecho determinado. Aquí encuadran el proceso judicial y el arbitraje de derecho.

- **Supuesto 3: Administración de justicia a través de la aplicación de la equidad.**  
En este caso, el juzgador (i) define los hechos sucedidos (si es que hay controversia sobre los mismos); y (ii) resuelve según lo que él considera justo para tal caso concreto. Aquí encuadra el arbitraje de conciencia.

En síntesis, se produce administración de justicia cuando un juzgador resuelve el conflicto a través de la correcta definición de los hechos y/o aplicación del derecho. Por lo tanto, en mecanismos como el proceso judicial, el arbitraje y la decisión vinculante de experto la decisión final califica como una decisión justa.

## B. Mecanismos de autoasignación de justicia (autocomposición)

### 1. Esquema general

Hemos visto en el apartado anterior que una decisión “justa” se genera cuando el conflicto se resuelve a través de la definición de hechos y derecho aplicable. Ahora, ¿acaso solo los jueces y los árbitros pueden realizar tal ejercicio lógico? Carnelutti tiene la respuesta:

“Pero no es verdad que la aplicación [del derecho] sea obra exclusiva de los jueces. Aplicar una ley quiere decir confrontarla con una situación de hecho a fin de saber qué es lo que se puede y lo que no se puede hacer [...]. ¡Ay si para aplicar las leyes hubiesen de intervenir en todos los casos los jueces! La verdad es que las aplican también ciudadanos cuando según ellos regulan su conducta, lo cual quiere decir que también ellos, como el

<sup>18</sup> ATIENZA, Manuel. “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. 2005 (segunda reimpresión). p. 2.

<sup>19</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). “Justificado”. En Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. En: <http://dle.rae.es/?id=Mf9jiTN>

<sup>20</sup> MORENO, Josep Joan; NAVARRO, Pablo E., y M. Cristina REDONDO. “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”. En: Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho 11. 1992. p. 257.

<sup>21</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia”. En: Ius Et Veritas 12. 1996. p. 122. A mayor detalle, el autor señala literalmente que:

“En el arbitraje de derecho, el árbitro debe fundamentar dos cosas: su interpretación personal de la norma legal y la manera como entiende que los hechos del caso corresponden a la situación prevista por la norma. Pero no tiene que fundamentar ni defender la bondad o justicia de la norma positiva: basta citarla. La norma está ahí, nos guste o no nos guste.

En el arbitraje de conciencia, dado que el árbitro hace intervenir además criterios que no están necesariamente contenidos en una ley positiva, es preciso fundamentar también la bondad o la justicia de esos criterios; lo que nos lleva a que sea esencial en el arbitraje de equidad que el laudo contenga incluso una suerte de metajustificación que no es necesaria en el arbitraje de derecho”.

*Burgués gentilhomme* se expresaba en prosa, hacen derecho sin saberlo. En otras palabras, el juez **provee a terminar el producto semielaborado únicamente cuando los ciudadanos no consiguen hacerlo**<sup>22</sup>. [El énfasis es nuestro].

Cada día, en un número casi infinito de operaciones (negocios jurídicos) o actos (actos jurídicos en sentido estricto), el derecho es actuado por los ciudadanos. Vista de esta manera, un conflicto interpersonal con relevancia jurídica nace cuando las partes no están de acuerdo respecto de lo sucedido en o de los efectos de un acto u operación en la que están involucradas.

Si la controversia trata sobre derechos disponibles, entonces las partes pueden ponerle fin al conflicto a través de una negociación, mediación, conciliación, etc. que derive en un acuerdo entre ellas, actuando así el derecho sin necesidad de la intervención de los tribunales. El acuerdo de las partes constituye necesariamente una solución al conflicto considerada válida por las partes, puesto que en caso contrario, una —o ambas— hubiese disentido de dicho acuerdo. En estos casos, estamos frente a mecanismos en los que las partes autoasignan justicia para la solución del conflicto.

Este concepto de justicia (autoasignada) difiere del presentado en el punto anterior. Mientras la justicia de una decisión administrada por tercero se sustenta en hechos y derecho (proceso judicial, arbitraje de derecho) o en hechos y criterios de conciencia (arbitraje de equidad); la justicia de una decisión autoasignada se sustenta en la propia autoasignación: si las partes están de acuerdo, puede considerarse a la solución como justa.

En estos casos, la justicia adquiere un valor subjetivo, definido por la concepción de las partes para cada caso concreto. Sobre ello, las percepciones de terceros respecto al acuerdo de las partes no invalidan en absoluto la justicia de dicho acuerdo. La decisión justa a la que llegaron las partes en un caso concreto puede, por parte de un tercero, ser considerada como injusta, abusiva, inequitativa; no obstante, si las partes coinciden en que ésa es la solución, la misma no puede ser calificada como injusta<sup>23</sup>.

Afirmar que las partes asignan, a cada caso concreto, decisiones “justas” podría considerarse arriesgado. Sin embargo, la afirmación es vital para un principio trascendental en nuestro ordenamiento jurídico: la autonomía de la voluntad. ¿Qué pasaría si las partes pudieran considerar como “injusto” al propio acuerdo al que llegaron? Simple, el ordenamiento jurídico debería asignar alguna vía para que aquel afectado por la injusticia pueda eliminarla. Así: “[...] **donde quiera que haya un derecho individual violado, deberá existir un recurso judicial para la destrucción de la injusticia**”<sup>24</sup>. Impugnar un acuerdo al que uno mismo ha aceptado, por regla general,<sup>25</sup> atenta contra la autonomía de la voluntad, la seguridad jurídica y los efectos de los acuerdos inter-partes [El énfasis es nuestro].

## 2. El caso específico de la transacción por medio de la suerte

Un caso que merece especial mención es el de la transacción por medio de la suerte, regulado en el artículo 1311<sup>26</sup> del Código Civil peruano. En éste, las partes establecen que la solución final a la disputa será determinada por un factor de aleatoriedad. Si A alega que B le debe 600, y B afirma que solo le debe a A 100, ambas partes pueden acordar que el monto se definirá lanzando un dado, y que B pagará a A el número que salga en el dado multiplicado por 100 (por ejemplo, si el dado saca un “3”, entonces B pagará 300 a A).

En estos casos, el resultado final no proviene directamente del acuerdo de las partes, sino que más bien es establecido por un elemento externo a ellas (azar). No obstante, aquí también estamos ante un supuesto de autoasignación de justicia. La diferencia está en que las partes aceptan de manera previa cualquier *outcome* que pueda generar el factor aleatorio. Para que proceda el lanzamiento del dado en el ejemplo anteriormente señalado, es necesario que ambas partes hayan estado de acuerdo en emplear dicho método, lo que incluye asimilar y aceptar todos los resultados posibles, desde el peor hasta el mejor.

En síntesis, una solución al conflicto establecida por los agentes involucrados debe tenerse por

<sup>22</sup> CARNELUTTI, Francesco. “Cómo nace el derecho”. Bogotá: Temis. 2008. p. 6.

<sup>23</sup> Esto nada tiene que ver con que el acuerdo pueda no ser lícito o respetuoso del orden público. Si las partes tienen una disputa y deciden resolverla fijando que una le debe entregar al otro 1 kilo de cocaína, naturalmente tal acuerdo será ilícito.

<sup>24</sup> Advertencia de Ruy Barbosa al Supremo Tribunal Federal de Brasil en 1982. GUILHERME MARINONI, Luiz. “El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña” En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado 123. 2008. p. 1392.

<sup>25</sup> Naturalmente, existen supuestos en los que un acuerdo puede ser materia de impugnación. Esto se daría, principalmente, cuando la voluntad estuvo afectada (fruto de error, dolo, intimidación o violencia) al momento de celebrar el acuerdo.

<sup>26</sup> Artículo 1311.- “Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título”.

justa. La justicia de la decisión es un elemento subjetivo, toda vez que se sostiene en la validación que hacen las partes a la misma al momento de fijarla. Afirmar que la decisión pueda no ser justa implicaría tener que habilitar alguna vía judicial para solucionar dicha situación; lo que automáticamente haría obsoletos a los MCRCs en los que el conflicto se soluciona a través de un acuerdo de las partes.

#### IV. LA JUSTICIA EN EL PROCEDIMIENTO DEL MCRC

Así como no puede obtenerse agua limpia de una tubería contaminada, así tampoco se puede hablar de justicia en el resultado si es que el procedimiento estuvo afectado por vicios. Si en un proceso judicial el juez no da la oportunidad a una de las partes a presentar pruebas, o si en un arbitraje el árbitro designado es hermano de una de las partes, o si en la transacción por medio de la suerte la moneda estaba alterada magnéticamente para caer siempre con el sello boca arriba, tenemos que el procedimiento es injusto, lo que también afecta a la decisión que pone fin al conflicto.

¿Qué garantiza que haya justicia en el procedimiento? Aquí el punto de partida está en el concepto de debido proceso. Éste, aunque diseñado –al menos en el Perú– para los tribunales judiciales, constituye **“la base sobre la que se asienta la tutela judicial y no judicial”**<sup>27</sup>; y tiene una vocación expansiva.

Sea como fuere, pasamos a exponer cómo se garantiza la justicia en los procedimientos de los diferentes MCRCs.

##### A. La justicia en el proceso judicial – El debido proceso

La justicia del procedimiento en el proceso judicial se garantiza a través del debido proceso. El debido proceso es, qué duda cabe, el concepto de regulación procedimental más conocido, propagado y extendido de todos. El debido proceso se enmarca en el *iter* procedimental que se sigue en los tribunales para la solución de una controversia. En específico, este se conforma como un haz de derechos que garantiza que las partes puedan obtener justicia.

Solo de manera referencial, para controversias civiles tenemos los siguientes derechos específicos: derecho a un juez imparcial, derecho a la defensa, derecho a apelar, derecho a la igualdad de armas, derecho a ofrecer pruebas, derecho a ser escuchado, derecho a una decisión final y vinculante, entre otros.

##### B. La justicia en los procedimientos del arbitraje y de la decisión vinculante de experto

El arbitraje y la decisión vinculante de experto son, en su núcleo, similares; e inclusive, hay casos en los que en esencia cumplen la misma tarea<sup>28</sup>. No obstante ello, en nuestro ordenamiento jurídico estas figuras han sido tratadas de manera distinta. Esto se debe a la imposición del debido proceso sobre el arbitraje.

Por lo tanto, presentaremos los dos argumentos que sustentan la justicia en los procedimientos de estos mecanismos. El primero, relativo a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y la consiguiente “imposición” del debido proceso; y el segundo, relativo a cómo, sin necesidad de “imponer” el debido proceso, estos mecanismos logran que sus procedimientos sean justos.

##### 1. La “imposición” del debido proceso para el arbitraje

El arbitraje ha sido considerado como función jurisdiccional. Esto ha generado que le hayan sido impuestas las garantías propias del debido proceso. Observemos:

“Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, [...]. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”<sup>29</sup>.

Señalamos previamente que el debido proceso es un concepto no limitado al proceso judicial, sino que más bien se extiende a otros esquemas. Pues bien, eso es justamente lo que ha sucedido para el caso del arbitraje. Por lo tanto, la justicia en el

<sup>27</sup> LANDA ARROYO, César. “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: Pensamiento Constitucional 12. 1996. p. 452.

<sup>28</sup> La decisión vinculante de experto resuelve de manera vinculante cuestiones de hecho. Por otro lado, en algunos casos el arbitraje puede terminar resolviendo solo cuestiones de hecho (GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico”. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional 8. 2008. p. 520).

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006. Fundamento Jurídico 9.

procedimiento arbitral se vería garantizada dada la “imposición” del debido proceso a ésta<sup>30</sup>. En ese sentido, hoy en día puede afirmarse para el caso peruano que la justicia en el procedimiento arbitral está sustentada en el debido proceso.

## 2. La justicia “inherente” a los procedimientos del arbitraje y de la decisión vinculante de experto

Un eventual escenario en que el arbitraje deje de ser considerado jurisdicción y por lo tanto no se le “imponga” el debido proceso no implicaría que, de manera automática, el procedimiento arbitral ya no pueda ser justo. En realidad, un estándar de “debido” procedimiento surgiría para garantizar la justicia en el desarrollo del mecanismo de solución de conflictos (sea arbitraje o decisión vinculante de experto).

Y es que, en cualquier caso, cuando los seres humanos recurren a un tercero para que éste resuelva su conflicto de manera vinculante es indiscutible que buscarán un procedimiento que consideren “justo”; nadie acepta ingresar a un procedimiento inequitativo, desbalanceado o insuficiente. Así, “[...] que nadie voluntariamente se someta a procedimientos injustos debe difícilmente ser controvertido”<sup>31</sup>. Con o sin “imposición” del debido proceso al que se refiere nuestra Constitución, los procedimientos arbitrales y de decisiones vinculantes de expertos aplicarán principios que aseguren un esquema justo en su desarrollo.

En última instancia, principios indiscutibles, como la (i) la objetividad y (ii) la defensa, serían reclamados dentro del procedimiento a efectos de mantener la legitimidad del mismo. Si el tercero no es objetivo (está parcializado) o las partes no pueden defender su posición, el mecanismo será injusto, lo que derivaría en su invalidación. En otras palabras, los árbitros y los expertos que emiten reso-

luciones vinculantes “están obligados a respetar ciertos principios fundamentales, más allá de los cuales no puede verdaderamente concebirse una verdadera justicia”<sup>32</sup>.

A nuestro juicio, a través de la objetividad y la defensa, se garantiza esa base mínima necesaria para sostener que un procedimiento es justo. Así, la objetividad deriva en la imparcialidad del árbitro y/o del perito que emite resolución vinculante, la defensa en el derecho de las partes a presentar su caso, y la conjunción de éstas (objetividad y defensa) en el principio de igualdad de armas. Objetividad y defensa, entonces, generan una serie de derechos específicos que garantizan la justicia del procedimiento arbitral y/o pericial con decisión final vinculante.

Por lo tanto, incluso si el “debido proceso” se limitase solo a los procesos judiciales, los procedimientos del arbitraje y de la decisión vinculante de expertos generarían un procedimiento justo, creando para sí mismos una suerte de “debido” procedimiento.

Finalmente, ¿cuál es la diferencia entre “imponer” el debido proceso y que “surja” naturalmente un debido procedimiento para estos mecanismos? Sucede que el concepto de debido proceso, tal y como está concebido para la función jurisdiccional, está demasiado impregnado de elementos que tienen sentido para el proceso judicial; pero que no necesariamente lo tienen para otros esquemas, como el arbitraje o la decisión vinculante de experto. Por tanto, la imposición del debido proceso, tal y como está concebido para la función jurisdiccional, podría terminar afectando a estos otros mecanismos<sup>33</sup>.

Un ejemplo fácil que demuestra esto es el del derecho a la pluralidad de instancias. Bajo el derecho procesal civil, la pluralidad de instancias es parte

<sup>30</sup> Ahora bien, esta imposición del debido proceso al arbitraje no puede ser indiscriminada. Así, “el arbitraje de por sí, exige un contenido propio del debido proceso que responda a una de sus características esenciales, el ejercicio de la libre voluntad de las partes, desde el inicio y hasta la conclusión del proceso arbitral, lo que incluye la efectividad de las decisiones que adopte el tribunal arbitral” (SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral”. En: *Ius Et Veritas* 37. 2008. p. 53) Esto se debe a que algunos de los derechos propios del debido proceso atentan contra la flexibilidad del arbitraje.

Veamos dos puntos que demuestran lo señalado: Primero, la imposición del derecho de apelación al arbitraje, dado que por regla general todos los arbitrajes son de “única instancia”, y ello solo cambia cuando las partes lo disponen así. Segundo, la imposición del derecho a la debida motivación al arbitraje, dado que la “debida motivación” es un derecho no disponible por las partes en un proceso judicial (artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), mientras que en un arbitraje las partes pueden pactar inclusive que el laudo esté no motivado (artículo 56.1 de la Ley de Arbitraje).

<sup>31</sup> PAULSSON, Jan. “The Idea of Arbitration”. Oxford: Oxford University Press. 2013. p. 260. Traducción libre del siguiente texto: “That nobody voluntarily submits to unfair procedures should hardly be controversial”.

<sup>32</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral”. En: *Ius Et Veritas* 37. 2008. p. 53.

<sup>33</sup> RIVAS CASO, Gino. “La “procesalización” del arbitraje peruano – ¿Qué hemos ganado?”. En: *Enfoquederecho.com*, 4 de noviembre de 2016. En: <http://enfoquederecho.com/procesal/la-procesalizacion-del-arbitraje-privado-peruano-que-hemos-ganado/>

del debido proceso. ¿Eso significa que debe aplicarse al arbitraje? La respuesta, a nuestro juicio, queda para el lector.

### C. La justicia en los procedimientos de autoasignación de justicia

Según vimos, en los MCRCs de autoasignación de justicia las partes acuerdan la solución a su conflicto. Esta solución a través del consenso es justa en función a la percepción de las partes, las que la consideran así. En tal sentido, podría decirse que no hay ni si quiera espacio para hablar de “justicia en el procedimiento”, ya que si las partes manifiestan su conformidad con el resultado, parece poco relevante enfocarse en el procedimiento.

No obstante, la realidad es distinta; y más aún, ésta varía según el supuesto específico. Veamos, ¿caso en un procedimiento conciliatorio el conciliador no tiene el deber de proceder de manera imparcial y dirigir el procedimiento de manera objetiva? Dicha pregunta basta para demostrar que inclusive en casos de autoasignación de justicia el procedimiento también debe calificar de “justo”.

En este punto, consideramos pertinente dividir a los mecanismos de autoasignación de justicia en tres categorías distintas: (i) mecanismos de autoasignación de justicia con participación de terceros; (ii) mecanismos de autoasignación de justicia en los que concurre un factor externo (transacción por medio de suerte); y (iii) mecanismos de autoasignación de justicia sin sujetos u objetos externos.

#### 1. Mecanismos de autoasignación de justicia con participación de terceros

Las partes que participan en un MCRCs de autoasignación de justicia asumen y entienden que cada una está buscando, en primer lugar, la satisfacción de sus intereses. Esta búsqueda de satisfacer intereses deriva en que la percepción de cada una de las partes sobre el conflicto esté nublada y afectada por su interés en el resultado. Esto, de por sí, no tiene nada de criticable.

No obstante, cuando un tercero interviene, las partes no hacen el mismo juicio de opinión señalado en el párrafo anterior. Si se percibe que el tercero no tiene ningún vínculo con las partes o con el conflicto, entonces las partes no considerarán que el juicio de aquel tercero esté nublado. Todo lo con-

trario, podrían considerar, de buena fe, que el tercero proporciona una visión objetiva a la disputa.

En esa línea, si las partes permiten al tercero intervenir en el conflicto, es también la buena fe la que deriva en que sobre este tercero —sin vinculación y sin aparente interés en el resultado— se genere el deber de actuar de manera objetiva. Se produce, así, una suerte de principio de confianza, puesto que las partes creen que el tercero actuará de manera objetiva, y esta creencia sumada al hecho de permitir al tercero intervenir (permiso dado justamente debido a la confianza) generan el mencionado deber de objetividad.

Este deber de objetividad, cabe precisar, se manifiesta en diferentes subdeberes. Así, el tercero debe dar su percepción —si es que se le ha pedido la misma— de manera imparcial (objetividad en la opinión), debe también escuchar y atender los pedidos de ambas partes (objetividad en el trato), debe asignar —si es que cuenta con las prerrogativas de dirección— iguales oportunidades a las partes en la presentación de sus posiciones (objetividad en la dirección del procedimiento), etc.

Ahora, ¿qué sucede si el tercero incumple con este deber de objetividad? La respuesta varía según el nivel de afectación. A nuestro criterio, si el incumplimiento del deber de objetividad tiene un impacto real y palpable en el acuerdo (ej. el conciliador comprado por una de las partes que logra un acuerdo conciliatorio en los términos que propuso luego de presionar a la contraparte), este acuerdo podría ser considerado como un acto jurídico anulable por error o dolo (artículo 221.2<sup>34</sup> del Código Civil), o inclusive nulo<sup>35</sup>, en función a la magnitud del impacto generado por el indebido proceder del tercero. En síntesis, (i) una violación grave del deber de objetividad + (ii) efectos de considerable importancia fruto de dicha violación darían como resultado la invalidez del acto jurídico que contiene el acuerdo.

Más aún, podemos concluir que la objetividad como deber es un axioma jurídico aplicable sobre cualquier tercero que intervenga en un conflicto, tanto en supuestos de administración como de autoasignación de justicia. El juez, el árbitro, el perito que decide de manera vinculante, el conciliador, el mediador, el juzgador en un *minitrial* e incluso el perito que solo emite una opinión tienen la obligación de proceder de manera objetiva. La ausencia

<sup>34</sup> Artículo 221.- “El acto jurídico es anulable: [...]

2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación”.

<sup>35</sup> La nulidad se podría dar en casos en los que el acto jurídico es manifiestamente nulo. En tales supuestos, según el artículo 220 del Código Civil, el juez puede disponer de oficio la nulidad del acto jurídico.

de objetividad deslegitimaría la actuación del tercero, contaminando así el procedimiento y por lo tanto afectando a la justicia del resultado.

## 2. Mecanismos de autoasignación de justicia en los que concurre un factor externo

En el caso en que las partes acuerden que la controversia se resolverá a través de un factor de aleatoriedad, el procedimiento enlazado a la ejecución de dicho factor necesariamente debe cumplir con ser objetivo. La objetividad, vista así, garantiza que el resultado proveniente del azar califique como “justo”.

En efecto, si las partes deciden que el resultado final lo establezcan las cartas, es indispensable que el mazo de naipes no esté alterado. Si eligen lanzar un dado, el dado no puede estar imantado. El mecanismo de aleatoriedad debe desempeñarse de manera ordinaria, sin alteraciones que afecten su criterio (el azar). En caso contrario, el resultado deberá considerarse inválido, invalidez sustentada en el vicio que afectó al mecanismo.

Si vamos a términos más específicos, puede sostenerse que un supuesto de transacción decidida a través de la suerte en la que el factor de azar haya sido alterado por alguna de las partes constituye un acto jurídico anulable. La anulación se sustentaría en el dolo (artículo 221.2<sup>36</sup> del Código Civil) de la parte que distorsionó al mecanismo de aleatoriedad.

## 3. Mecanismos de autoasignación de justicia sin sujetos u objetos externos

Si la autoasignación de justicia se da en una dinámica con presencia solo de las partes –sin participación de terceros o empleo de elementos externos– estamos (i) frente a una negociación que deriva en un acuerdo de transacción; y (ii) no cabría hablar de justicia en el procedimiento. El acuerdo es justo por el hecho de que las partes coinciden en los términos del mismo, y en consecuencia los vaivenes del procedimiento serían irrelevantes.

En otras palabras, no resultaría pertinente pretender calificar de “justa” o “injusta” a la dinámica de negociación de las partes. La negociación, en sentido estricto, constituye una dinámica en la que la pericia, habilidad, gestión y flexibilidad de las partes definirán en última instancia el acuerdo.

No obstante, ¿qué pasa si una de las partes engañó a la otra y logra que esta última firme un acuerdo groseramente perjudicial para sus intereses? ¿O si una de las partes abusa de una situación extrema de asimetría de información?<sup>37</sup> En casos como éstos, y siguiendo la misma línea que los supuestos anteriores, podría sostenerse que si (i) una parte consintió un acuerdo que en circunstancias normales no hubiera aceptado; (ii) la contraparte buscó aprovecharse indebidamente; (iii) el acuerdo resulta manifiestamente lesivo para una de las partes, entonces el acto jurídico que contiene el acuerdo podría ser considerado anulable por dolo; o incluso nulo.

## V. CONCLUSIONES

Es posible estudiar el rol de la justicia en los mecanismos comunes de resolución de conflictos (proceso judicial y MARCs). En específico, la justicia puede analizarse en (i) el resultado; y (ii) el procedimiento del mecanismo empleado para resolver el conflicto.

Del universo de conflictos, el trabajo se centra en los conflictos interpersonales con relevancia jurídica y que versen sobre materia disponible. Esto se hace en aras de un análisis preciso, y porque los MARCs –que son materia de estudio– solo pueden aplicarse a controversias sobre derechos disponibles.

Sobre (i) la justicia en el resultado de los MCRs, tenemos que ésta varía según se trate de un mecanismo de administración de justicia (heterocomposición) o uno de autoasignación de justicia (autocomposición).

En los mecanismos de administración de justicia, la justicia en el resultado (decisión) se manifiesta a través de decisiones justificadas (justificado es igual a conforme a justicia) en los hechos acaecidos y/o el derecho pertinente. Así, según la teoría de la argumentación jurídica, una decisión justificada es aquella que se constituye como resultado lógico de las normas aplicables a los hechos sucedidos. En realidad, la administración de una decisión justa puede darse de tres formas distintas:

- A través de la determinación de hechos y sin aplicar derecho. Esto se produce cuando las partes tienen claras las consecuencias jurídicas a aplicar, pero no concuerdan respecto a lo que exactamente sucedió. Ejemplo: A

<sup>36</sup> Ver: supra, nota 34.

<sup>37</sup> Esto, por ejemplo, podría haber aplicado para el conocido caso Choropampa, en el que una empresa minera aprovechó la asimetría de información para lograr celebrar con los afectados transacciones cuyos montos de indemnización eran irrisorios a comparación de la magnitud de los daños que generó.

pagará a B por los daños patrimoniales que le ocasionó, pero A y B no están de acuerdo respecto al valor del patrimonio afectado de B. Esto puede darse en cualquier mecanismo de administración de justicia.

- A través de la determinación de hechos y la aplicación de la ley. Aquí el juzgador define lo sucedido (si es que hay divergencia en ello); y aplica las normas que correspondan según el supuesto de hecho determinado. Esto se da en el proceso judicial y en el arbitraje de derecho.
- A través de la determinación de hechos y la aplicación de los criterios de equidad del juzgador. Similar al supuesto anterior, pero aquí el juzgador es libre de apartarse normas dispositivas, y en vez de ellas aplica sus criterios personales de justicia.

En los mecanismos de autoasignación de justicia, la decisión que resuelve el conflicto califica como justa porque las partes consintieron y acordaron establecer dicha decisión. La justicia, aquí, tiene un valor subjetivo: la decisión es justa porque las partes que estaban involucradas en el conflicto así la consideran; de lo contrario, no se hubiese llegado a un acuerdo.

Afirmar que la solución no es justa implicaría estar en un supuesto de solución injusta, la que afectaría a alguno de los involucrados. Ello derivaría en que las partes pudieran solicitar tutela jurisdiccional para protegerse frente a tal injusticia; lo cual a su vez haría obsoletos los mecanismos en los que las partes llegan a una decisión de manera conjunta.

Sobre (ii) la justicia en el procedimiento de los MCRCs, cabe empezar señalando que una solución válida y justa no puede originarse de un procedimiento injusto o viciado. Así, la justicia en el procedimiento de los MCRCs es relevante, toda vez que precisamente el recorrido del referido *iter* procedimental es lo que deriva en la solución final. Ahora bien, ¿cómo se garantiza un procedimiento justo? La respuesta depende del mecanismo específico.

Para el caso del proceso judicial, la justicia del procedimiento está garantizada por la aplicación del debido proceso. Éste consiste en un conjunto de derechos que aseguran que las partes puedan acceder a un juez imparcial, defender sus posiciones, apelar las decisiones, presentar pruebas, etc., lo que en suma garantiza que el proceso judicial constituya una vía justa.

Para el caso del arbitraje, tenemos que dada su naturaleza jurisdiccional, se ha “impuesto” el debido

proceso a este mecanismo. Sin embargo, ello no significa que si el arbitraje no fuese considerado jurisdicción no habría un procedimiento justo en dicho mecanismo.

En realidad, en el arbitraje y en la decisión vinculante de tercero surgen, de manera espontánea y sin necesidad de imposición alguna, elementos que garantizarían la justicia del procedimiento. Esto es indiscutible porque las personas no aceptarían seguir un mecanismo injusto o defectuoso. La legitimidad de estos mecanismos depende de que garanticen un procedimiento objetivo.

Así, con o sin “imposición” del debido proceso, aparecerían aquí principios como la objetividad y defensa. En cualquier esquema en el que el conflicto sea resuelto por un tercero, será necesario que el esquema sea objetivo, y que las partes puedan defender sus posiciones. De lo contrario, no podría hablarse realmente de justicia.

En último caso, la “imposición” del debido proceso puede terminar afectando a estos otros mecanismos. Esto porque el debido proceso, tal y como ha sido concebido para la función jurisdiccional, contiene elementos y derechos que tienen sentido para los procesos judiciales, pero que no tendrían asidero en otros contextos. Por ejemplo, el derecho a la pluralidad de instancias es parte del debido proceso; pero el mismo no podría aplicarse al arbitraje o a la decisión vinculante de experto.

Para el caso de mecanismos de autoasignación de justicia, podría considerarse que no tiene sentido hablar de justicia en el procedimiento. El acuerdo de solución sería justo por el hecho de que ambas partes coinciden en el mismo, y por tanto lo sucedido a nivel procedimental (negociación) no sería relevante. No obstante, en realidad incluso en estos mecanismos puede hablarse de la justicia del procedimiento.

En el específico caso de los mecanismos de autoasignación de justicia en los que participe un tercero (mediador, conciliador, etc.), el ingreso del tercero a la dinámica de solución genera sobre éste deberes. En efecto, si las partes consienten el ingreso a un tercero ajeno al conflicto, presumen que el mismo proporcionará una visión objetiva. Esta presunción de buena fe genera que el tercero tenga un deber de objetividad: ser imparcial en su opinión, escuchar y atender a ambas partes por igual, etc. La justicia en el procedimiento, entonces, requiere de la objetividad del tercero participante.

Si este tercero incurre en una violación grave de su deber de objetividad y ello genera efectos conside-

rables en el resultado final que las partes acordaron, el acto jurídico que contiene el acuerdo podría ser anulable, o incluso manifiestamente nulo (lo que permitiría que en un eventual proceso el juez de oficio pueda declarar la nulidad).

En el específico caso de los mecanismos de autoasignación de justicia en los que se emplee un factor externo (la transacción por medio de la suerte), la justicia a nivel procedimental se plasma también en la objetividad del factor de aleatoriedad. El procedimiento sería injusto si el dado que se iba a emplear estaba imantado, si el mazo de naipes está alterado a favor de alguna de las partes, etc. La alteración del factor de azar derivaría en que el acto jurídico que contiene el acuerdo sea anulable, por dolo.

En el específico caso de los mecanismos de autoasignación de justicia en los que no participen sujetos u objetos externos, tenemos que por regla general aquí sí no podría hablarse de justicia en el procedimiento. Dado que no hay elementos externos, el acuerdo de las partes es justo por su conformidad sobre el mismo; y por consiguiente el procedimiento previo a dicho pacto no es relevante.

No obstante, en casos extremos en que una parte busca aprovecharse indebidamente de la otra y esta última celebra un acuerdo manifiestamente lesivo para sus intereses, podría hablarse de un procedimiento injusto, lo que a su vez implicaría la necesidad de tutela jurisdiccional para la parte afectada. En específico, estos vicios en el procedimiento podrían generar la invalidez del acto jurídico que contiene el acuerdo (acto jurídico anulable por dolo, o incluso nulo). 

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

Decreto Legislativo 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje).

Decreto Legislativo 295 (Código Civil).

Decreto Supremo 009-93-EM “Aprueban el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas”.

Decreto Supremo 017-93-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

### Doctrina

ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Proceso, autocomposición y autodefensa”. México D.F.: UNAM. 2009.

ATIENZA, Manuel. “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. 2005.

ATIENZA, Manuel. “Razonamiento Jurídico”. En: FABRA ZAMORA, Jorge Luis y Verónica RODRIGUEZ BLANCO (Editores). “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”. Volumen II. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015.

CAIVANO, Roque J. “Negociación, Conciliación y Arbitraje”. Lima: APENAC. 1998.

CARNELUTTI, Francesco. “Cómo nace el derecho”. Bogotá: Temis. 2008.

CARNELUTTI, Francesco. “Sistema de Derecho procesal Civil”. Tomo I. Buenos Aires: Uteha. 1944.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. “Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia”. Lima: Palestra – Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. 2006.

CAVALLI, María Cristina y Liliana Graciela QUINTEROS AVELLANEDA. “Introducción a la gestión no adversarial de conflictos”. Madrid: Reus. 2010.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia”. En: *Ius Et Veritas* 12. 1996. p.

GALTUNG, Johan. “Solving Conflicts: A Peace Research Perspective”. Honolulu: University of Hawaii Press. 1989.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico”. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 8. 2008.

LANDA ARROYO, César. “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: *Pensamiento Constitucional* 12. 1996.

MACCORMICK, Neil. “Legal Reasoning and Legal Theory”. Oxford: Oxford University Press. 1994.

MORENO, Josep Joan; Navarro, Pablo E., y M. Cristina Redondo. “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”. En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* 11. 1992. <https://doi.org/10.14198/doxa1992.11.10>

MUÑOZ, Francisco A. “La paz imperfecta”. Granada: Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada. 2001.

PARIS ALBERT, Sonia. "Filosofía de los conflictos. Una teoría para su transformación pacífica". Barcelona: Icaria. 2009; entre muchos otros.

PAULSSON, Jan. "The Idea of Arbitration". Oxford: Oxford University Press. 2013.

RIVAS CASO, Gino. "La "procesalización" del arbitraje peruano – ¿Qué hemos ganado?". En: <http://enfoquederecho.com/procesal/la-procesalizacion-del-arbitraje-privado-peruano-que-hemos-ganado/>

VADO GRAJALES, Luis Octavio. "Medios Alternativos de Resolución de Conflictos". En: Estudios

en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2006.

VIRGÓS SORIANO, Miguel. "Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional". En Anuario de la Facultad de Derecho 11. 2007.

**Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006. Fundamento Jurídico 9.