

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE EN MATERIA DE MECANISMOS
ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

TESIS DE GRADO

PABLO DERLY GALICIA GUILLEN

CARNET 15680-10

QUETZALTENANGO, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE EN MATERIA DE MECANISMOS
ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
PABLO DERLY GALICIA GUILLEN

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. ERVIN NICOLÁS QUIROA MONZÓN

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
MGTR. CARLOS RAFAEL MARTÍNEZ RÍOS

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

Campus de Quetzaltenango
Coordinación Ciencias Jurídicas y Sociales
Teléfono (502) 7722 9900 ext. 9888
Fax: (502) 7722 9821
14 Avenida 0-43 zona 3, Quetzaltenango


Quetzaltenango, 29 de agosto de 2016

Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Guatemala

Con un cordial saludo y en atención al nombramiento en que se me designara como asesor de Tesis II del estudiante **Pablo Derly Galicia Guillén**, del trabajo de tesis titulado: **“Propuesta de Reforma de La Ley de Arbitraje en Materia de Mecanismos Alternos de Resolución de Conflictos”** conforme al trabajo de investigación realizado por el estudiante, considero oportuno luego de haber constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el instructivo de tesis de esta casa de estudios, emitir dictamen **FAVORABLE** sobre la presente investigación, toda vez que, se llegaron a desarrollar puntualmente los aspectos tanto doctrinarios como legales de los elementos de estudio, tales como: (describir los principales elementos de estudio), en sí, los aspectos medulares para la consecución del presente trabajo.

En suma, el trabajo desarrollado constituye un valioso aporte doctrinario y analítico de la problemática abordada, el cual puede ser una valiosa herramienta como elemento de estudio para estudiantes y profesionales del derecho.

Sin otro particular, deferentemente.


Lic. Ervin Nicolás Quiroa Monzón
Abogado y Notario
Número docente 13,796
Colegiado No. 13,414

LICENCIADO
Ervin Nicolás Quiroa Monzón
ABOGADO Y NOTARIO



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071319-2016

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante PABLO DERLY GALICIA GUILLEN, Carnet 15680-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07965-2016 de fecha 22 de noviembre de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE EN MATERIA DE MECANISMOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 18 días del mes de septiembre del año 2017.




LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Agradecimientos

Agradezco a Dios por la oportunidad de poder estudiar en una universidad de alto prestigio, como lo es la Universidad Rafael Landívar del Campus de Quetzaltenango.

A mi familia por el apoyo incondicional que me ha brindado durante todo el tiempo que fui estudiante de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales; no obstante aún sigue el apoyo por parte de mi familia en estas últimas etapas de acto de Graduación solemne previo a adquirir el Título de : Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

A mis catedráticos por todo el apoyo incondicional y por haber compartido con los estudiantes todas sus sabias enseñanzas de la Ciencias del Derecho.

Dedicatoria

A Dios por regalarme la vida, bendiciones y misericordia ya que sin él jamás hubiese podido concretar mi carrera universitaria.

Índice

	pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
GENERALIDADES DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN	
ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.....	3
a). Aspectos Generales.....	3
1. El Conflicto.....	3
2. Surgimiento del conflicto.....	6
3. Tipos de Conflicto.....	9
1). Violencia.....	23
2). Derecho.....	26
3). Dialogo.....	27
CAPÍTULO II.....	37
ASPECTOS ESPECIALES DE CADA MÉTODO ALTERNATIVO	
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	37
a) La Negociación.....	37
1). Aspectos Generales.....	37
2). Noción de Negociación.....	38
3). Enfoques y modelos de Negociación.....	39
4) El Proceso de Negociación.....	42
5). Aplicación y Utilidad en Guatemala.....	44
b) La Mediación.....	46
1). Aspectos Generales.....	47
2). Noción de mediación.....	48
3). Concepción de Mediación en la Ley de Arbitraje de Guatemala.....	49
4). La Mediación en la Doctrina.....	49
5). Características de la Mediación.....	54
6). Sujetos de la Mediación.....	55
7). Aplicabilidad y Utilidad en Guatemala.....	58

c)	La Conciliación.....	65
1).	Aspectos Generales.....	65
2).	Características de la conciliación.....	66
3).	Concepto de conciliación.....	68
4).	Ventajas de la Conciliación.....	69
5).	Tratamiento de la conciliación en Guatemala.....	71
6).	Tipos de Conciliación.....	72
7).	Aplicabilidad y Utilidad en Guatemala.....	75
d)	El Arbitraje.....	76
1).	Concepto de Arbitraje.....	77
2)	Naturaleza Jurídica del Arbitraje.....	79
3).	Teorías del Arbitraje.....	82
4).	Marco Normativo.....	84
5).	Aplicación en Guatemala.....	87
	CAPÍTULO III.....	88
	MARCO NORMATIVO DE LA LEY DE ARBITRAJE DE GUATEMALA.....	88
1).	Alcances normativos.....	88
2).	Estructura y forma de la Ley de Arbitraje de Guatemala.....	98
3).	Contexto Actual de aplicación de la Ley de Arbitraje de Guatemala.....	99
	CAPÍTULO FINAL.....	104
	PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.	104
1.	Temas abordados en las entrevistas.....	104
2.	Cuestionamientos realizados en las entrevistas y las respuestas obtenidas por parte de los sujetos de la investigación.....	105
	CONCLUSIONES.....	109
	RECOMENDACIONES.....	111
	REFERENCIAS.....	113

Resumen

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos establecidos en la Ley de Arbitraje no son suficientes para la realidad social de Guatemala, se deben implementar reformas a la Ley vigente, ya que este instrumento legal no es el adecuado para aplicar diversos mecanismos de resolución de conflictos.

Se considera que es necesaria una posible reforma para la aplicación de otros métodos alternativos de resolución de conflictos, considerando que en la actualidad diversos Estados de la región, han optado por implementar otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos a lo cual han obtenido como resultado celeridad en la resolución de conflictos, libre acceso a la justicia, descarga procesal en los órganos jurisdiccionales y mayor competitividad en materia mercantil al dar pronta y accesible resolución de conflictos en esta materia, por lo tanto se está ante la necesidad de poder obtener el criterio de jurisconsultos en relación a este tema, por lo cual por medio de entrevistas realizadas se constató que efectivamente los sujetos entrevistados coinciden en considerar que la Ley de Arbitraje actual no ha sido lo suficientemente efectiva para dar cumplimiento a la aplicación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos por diversas causas que restringen su aplicación, considerando que es necesario una reforma que logre implementar un ámbito apropiado de libertad en la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que genere una cultura de paz en la cual los ciudadanos puedan resolver sus conflictos de forma pronta y gratuita evitando los procesos jurisdiccionales costosos y tardados.

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación pretende determinar si efectivamente los mecanismos alternativos de resolución de conflictos establecidos en la Ley de Arbitraje son suficientes para la realidad social del Estado de Guatemala, determinar si se deben implementar reformas a la Ley vigente y si este instrumento legal es el adecuado para aplicar diversos mecanismos de resolución de conflictos.

Toda vez que es necesario analizar y actualizar el contexto actual de la Ley de Arbitraje y proponer la actualización en materia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos para promover una cultura de paz.

Así mismo crear el mecanismo procesal adecuado para la práctica de métodos de resolución de conflictos que permitan contar con un verdadero acceso a la justicia y resolución de conflictos, Para lo cual se considera que es necesario analizar dentro del ámbito del Estado de Guatemala la efectividad del Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco del Congreso de la República y de esa manera establecer dentro del campo del derecho público una posible reforma para la aplicación de otros métodos alternativos de resolución de conflictos.

En el mismo sentido considerando que en la actualidad diversos Estados de la región han optado por implementar otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos a lo cual han obtenido como resultado celeridad en la resolución de conflictos, libre acceso a la justicia, descarga procesal en los órganos jurisdiccionales y mayor competitividad en materia mercantil al dar pronta y accesible resolución de conflictos en esta materia.

En la presente investigación se determinó la necesidad de poder obtener el criterio de jurisconsultos en relación a este tema, por lo cual por medio de entrevistas realizadas se constató que efectivamente los sujetos entrevistados coinciden en considerar que la Ley de Arbitraje actual no ha sido lo suficientemente efectiva para

dar cumplimiento a la aplicación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos por diversas causas que restringen su libre aplicación, considerando que es necesario una reforma que logre implementar un ámbito apropiado de libertad en la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

Los mecanismos de resolución alternativa de conflictos son medios que se implementan con el objetivo de resolver conflictos que surgen en la sociedad en diversas actividades cotidianas del ser humano y que llevan por objeto evitar que tales confrontamientos lleguen a los órganos jurisdiccionales para darles resolución, lo cual conlleva gastos y demoran en el tiempo ante la carga de trabajo con la cual estos cuentan, ante esta situación los mecanismos alternativos buscan resolver conflictos de forma eficaz, pacífica y con celeridad.

a). Aspectos Generales.

Partiendo que el conflicto es parte de la sociedad, la discrepancia entre los seres humanos es propio de cada persona, toda vez que la forma de razonar de cada individuo es diferente ya que esto se ve influenciado por su entorno social, cultural y su idiosincrasia en general. Ahora bien teniendo claro que el conflicto es parte de la sociedad, lo relevante en el presente tema no es evitar el conflicto por que no es posible, lo importante es cómo lograr una resolución de conflictos lo más beneficiosa posible para las partes.

1. El Conflicto.

Analizar el conflicto es esencial para la comprensión de las relaciones interpersonales, grupales, organizacionales, internacionales, así como de la estructura social y cultural presentes en toda sociedad en cualquiera de sus ámbitos.

“El conflicto es un fenómeno natural, inherente a la condición del ser humano y se presenta en todos los tipos de relaciones, así como en sus diferentes niveles: el interpersonal y el intrapersonal”.¹ Dado que entre los diferentes tipos y niveles de

¹ Alfaro Pinillos. Roberto. Compendio Práctico De Derecho Procesal Peruano. Serie Derecho Empresarial, San Marcos. Lima 2000, Instituto Cesare Beccaria. Código Penal. Código Procesal Penal.

conflicto existe una dinámica y unas características que son comunes a todos ellos, es pertinente realizar un análisis conjunto y comparativo de ellos. Todas las sociedades se involucran en conflictos porque sus intereses o valores son confrontados, o porque sus necesidades están insatisfechas.

“Desde que el hombre comenzó a vivir en sociedad, el conflicto ha coexistido con él, como respuesta a la limitación de recursos, a la insatisfacción de necesidades, a la defensa de valores y a equivocadas percepciones, fruto de una deficiente comunicación”². Por lo tanto se puede decir de manera genérica que el conflicto de incompatibilidad entre dos partes, es una interacción en la que prima el antagonismo. En ese sentido, otro autor define al conflicto como “un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes”³. En consecuencia se puede determinar que el conflicto es una situación de competencia en que cada una de las partes, conscientemente desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra. En el mismo orden de ideas es la “divergencia percibida de intereses o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas”⁴

Finalmente se define al conflicto como “una incompatibilidad de conductas, cogniciones y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social”⁵. De todas las definiciones propuestas se concluye que todas las expresiones citadas tienen un aspecto en común y es que el conflicto es un fenómeno que es parte de la sociedad y hasta cierto punto necesario para suplir sus necesidades y estructurar mejor su funcionamiento.

En el mismo orden de ideas se puede decir que el mismo se produce a todos los niveles del comportamiento humano y puede ser intrapersonal, o sea aquel que

Código De Ejecución Penal. Editorial Jurídica. Grijley, Lima. 1,991

² Amuchategui Requena, Irma. Derecho Penal. Editorial Harla. Mexico. 1993.

³ Aragonese, Alonso. Instituciones Del Derecho Procesal Penal. Graficas Mesbard. Madrid. 1,997.

⁴ Armenta Deu, Teresa. Principio Acusatorio Y Derecho Penal. Editorial Jm Bosch. Barcelona. 1,995.

⁵ Bacigalupo, Enrique. Lineamientos De La Teoría Del Delito, Buenos Aires, Astrea, 1,978.

ocurre al interior del individuo e interpersonal, cuando surge entre individuos o grupos de éstos.

Ellos no son excluyentes sino que pueden ocurrir de manera simultánea, y no sólo operar en un único nivel. Conflicto entonces, es la percepción que tienen dos o más personas, o grupos o naciones, de una incompatibilidad de sus acciones u objetivos la cual les genera tensión. Esta percepción puede ser precisa o imprecisa pero las personas en conflicto sienten que la ganancia de uno es la pérdida del otro. De manera que conflicto significa involucramiento, compromiso y preocupación. En tal sentido sí es comprendido y reconocido puede estimular el mejoramiento y la renovación de las relaciones humanas.

Sin conflicto, las personas rara vez enfrentan y resuelven sus problemas, una relación sin conflicto resulta apática, mientras existan los seres humanos los conflictos continuarán, siendo el conflicto un elemento necesario de la interrelación humana que estimulan la creatividad y el desarrollo. Sin las diferencias en lo que queremos, en lo que valoramos, en como vemos el mundo, sería casi imposible el cambio. “Lo importante no es si existen o no las diferencias, sino cómo se manejan”⁶.

Es por ello, que en el campo de la conciliación entendemos la resolución de conflictos como una manera pacífica, respetuosa y mutuamente satisfactoria de solucionar o al menos, reducir significativamente, en forma permanente, dichos conflictos. Se puede poner fin a un conflicto mediante la guerra o la violencia, ya sea destruyendo al oponente o logrando su capitulación. También es posible eliminarlo, temporalmente, por medio de engaños o promesas fraudulentas. Sin embargo, estos métodos no concluyen eficazmente con el conflicto, por el contrario, este permanece latente, dispuesto a explotar con mayor fuerza a la menor oportunidad. Las investigaciones en este campo demuestran que la posibilidad de resolver un conflicto varia en su grado de dificultad según el tipo de conflicto, habiéndose comprobado

⁶ Armenta Deu, Teresa. Criminalidad De Bagatela Y Principio De Oportunidad, España Y Alemania. Barcelona. Ed. Ppu. 1ª. Edición. 1,991.

que los conflictos de interés son, por lo general, más sencillos de resolver, mientras que los que se refieren a valores, presentan un mayor grado de dificultad y los que involucran necesidades humanas básicas insatisfechas resultan los de mayor complejidad. Hay algunas necesidades humanas básicas que son especialmente pertinentes en los conflictos y su resolución, por ejemplo: las necesidades de reconocimiento, desarrollo, seguridad, identidad y libertad, entre otras. La presencia de un tercero neutral, el conciliador, puede ser de gran ayuda en la resolución de conflictos, particularmente cuando las partes se perciben unas a otras y a los temas sobre los cuales están disputando, de una manera tan sesgada y limitante, que les resulta imposible ver opciones que puedan resultar mutuamente beneficiosas y satisfactorias, aun teniendo el deseo real de resolver sus diferencias. Es en estos casos que la participación del conciliador puede ser clave, ya que por medio de su conocimiento, experiencia y dominio de las técnicas adecuadas, puede lograr que las partes consideren y vean alternativas que, sin su asistencia, no hubieran podido apreciar. Aún en los temas más complejos, el conciliador puede ayudar a las partes a entender qué es lo que los hace verse como enemigos. Qué dinámica, qué factores sociales, económicos y políticos, qué ideologías y creencias intervienen e influyen en su mutua percepción negativa.

Es posible, entonces, que las partes puedan proyectar y canalizar sus emociones y energías negativas sobre las causas del conflicto (y no sobre la persona), trabajando en forma cooperativa con la finalidad de eliminar dichas causas.

2. Surgimiento del conflicto.

“Los conflictos pueden surgir de diversas fuentes conflictivas, generalmente éstas se combinan dando pie a la formación de un conflicto latente, el cual saldrá a la superficie gracias a algún evento precipitante que haga que el fenómeno se convierta en un conflicto manifiesto”⁷.

⁷ Bauman, Jurgén. Derecho Procesal Penal. Traducción Del Aleman Por Conrado Finzi. Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1,986

Entre estas fuentes del conflicto se puede identificar a las siguientes:

- a). Los hechos: el conflicto surge por un desacuerdo sobre lo que es. Es decir, las partes tienen una percepción distinta de la realidad (lo que es).
- b). Las fuentes principales del conflicto se encuentran en la parte cognitiva de los actores en conflicto, vale decir, en el juicio y las percepciones.
- c). Los recursos escasos: los conflictos basados en intereses provienen del desacuerdo sobre la distribución de ciertos recursos escasos. Es decir, la discusión se centra en quién obtendrá tal cosa o cuál beneficio cuando implícita o explícitamente se deba realizar la distribución de estos recursos escasos. La escasez no se da exclusivamente sobre bienes tangibles como el dinero, territorio, objetos o alimentos, sino también sobre recursos intangibles como el poder, status, imagen.
- d). Las necesidades humanas básicas: Los desacuerdos sobre necesidades son desencuentros relacionados a que debe satisfacerse o respetarse para que cualquier persona o grupo social pueda desarrollarse plenamente. Nos referimos a necesidades tan vitales como el vestido, alimento, vivienda y a aquellas que sin ser tan obvias representan una necesidad de todo ser humano: respeto, seguridad, reconocimiento, autoestima.
- e). Los valores: estos conflictos se basan en las diferencias en cuanto a lo que debería ser como factor determinante de una decisión de política, de una relación o de alguna otra fuente de conflicto. Es decir, la fuente del conflicto proviene de aquellas creencias que determinan la posición de uno de los actores en conflicto; un principio o criterio rector que desea introducirse pero que no es tomado en cuenta o es rechazado por la contraparte. Por ejemplo: los abogados que cometan faltas a la ética profesional deben ser sancionados drásticamente, el uso de métodos anticonceptivos artificiales debe ser fomentado por el Estado, sólo los

miembros de un grupo étnico pueden aspirar a puestos dentro del aparato político.

f). La relación: la situación conflictiva proviene del estilo de interacción reinante entre los actores en conflicto, la calidad de comunicación que mantienen, las emociones o percepciones que poseen el uno del otro.

Generalmente el tipo de relación es accidentada, las emociones y percepciones mutuas son negativas o equívocas, lo cual facilita el surgimiento de desacuerdos y conflictos.

g). La estructura: el conflicto surge por el modo cómo se ha conformado la estructura dentro de la cual interactúan los actores en conflicto, lo cual fomenta desigualdad, asimetría de poderes, falta de equidad y eventualmente opresión. Por ejemplo: la estructura de una familia fomenta conflictos por el mayor poder que tiene uno de los cónyuges sobre el otro, la conformación de una sociedad determinada promueve la concentración de la riqueza (dinero, tierra, medios de producción, en pocas manos, entre otros.

En el mismo sentido, se considera que sea cual fuere la explicación que encontremos sobre los orígenes del conflicto, se podría decir que “estos se producen a causa de diferencias sobre recursos, necesidades o valores entre individuos o grupos”⁸. “la situación en la que dos o más seres humanos desean objetos que pueden ser obtenidos por uno o por otro pero no por ambas partes”⁹, incorpora en su apreciación sobre los orígenes del conflicto a la escasez de recursos, por ello, decía que si los objetivos fuesen considerados asequibles para todos no se daría el conflicto, el conflicto puede ser considerado, desde un punto de vista constructivo, como el resultado de diversidad de perspectivas, diferentes sistemas de valores y creencias, distintos objetivos e intereses

⁸ Berdugo Gomez De La Torre. Ignacio. Temas De Derecho Penal. Lima. Cultural Cuzco. Editores. 1,993.

⁹ Bettiol, Giuseppe. Instituciones De Derecho Penal Y Procesal. Barcelona Bosh. 1,973.

En efecto, lidiar con el conflicto requiere de una adecuada expresión y manejo de las diversas perspectivas, sistemas de valores y creencias e intereses de las partes. Es esencial encontrar a las partes exactamente donde ellos están. Escucharlos intensa, completa y activamente antes de intentar guiarlos a ningún lado. No es posible encaminarse efectivamente hacia la resolución del conflicto hasta que cada una de las partes haya realmente experimentado la sensación de haber sido escuchado en su perspectiva, entendido lo que quiere y porque.

3. Tipos de Conflicto.

Dentro de la clasificación de los conflictos en la humanidad, después de haber analizado varios criterios, el autor puede destacar los siguientes:

a). En relación a la cantidad de personas.

- Personales. Los conflictos personales son aquellos en los que el conflicto se inicia por alguna desavenencia entre dos personas o incluso por simples prejuicios entre ambas personas, pueden suceder en el núcleo familiar, laboral, educativo o en cualquier otra faceta de la vida diaria. Se destaca que este tipo de conflictos suelen tener un origen emotivo, en especial en el trato intrapersonal diario,
- Grupales. Estos implican a más de dos personas, pueden ser ocasionados por cuestiones de índole ideológica como ideas religiosas distintas, ideologías políticas contrapuestas, diferencias sociales o económicas.

b). En relación a ideologías pueden ser.

- Por ideologías políticas y sociales divergentes. Son aquellos que enfrentan posturas ideológicas distintas, es el caso de las posturas conservadoras y liberales, socialistas internacionalistas (comunistas) en contra de ideologías socialistas nacionalistas (nacional socialismo), que si bien tienen muchos puntos en común en cuanto a sus doctrinas políticas y sociales, sus diferencias son las que causan el conflicto, el cual suelen ser muy virulentos verbalmente, periodísticamente y propagandísticamente, llegando incluso a la violencia física con agresiones mutuas. Estos tipos de conflictos pueden convertirse en conflictos armados, cuando las partes ideológicamente

opuestas, mantienen el poder dentro de un gobierno, tal es el caso del conflicto que enfrentó a comunistas y nacionalistas durante el siglo XX.

- Religiosos. Son aquellos que se presentan cuando dos posiciones religiosas divergentes, tienen una pugna ideológica, como en el caso en el que dentro de una misma religión, se dan divergencias respecto a factores de doctrina, como varios factores de interpretación (denominadas herejías), que ocasionan con frecuencia que el conflicto ideológico, desemboque en una lucha por la supremacía ideológica, que a su vez desemboca en enfrentamientos violentos. De la misma manera sucede con religiones distintas, ya que usualmente una religión desmerita a la otra o incluso acusa a la otra de ser una creencia errónea o falsa, lo que atrae conflictos entre los miembros de ambas.

- Filosóficos. Dentro de la filosofía al tratar de ciertos temas, cada escuela filosófica e incluso cada filósofo, posee una visión propia que diverge con las demás, creándose en ocasiones conflictos en las interpretaciones que le da cada filósofo o escuela a un tema en particular. Esto es más patente cuando ciertos lineamientos filosóficos han sido tomados por grupos sociales, políticos y religiosos, aunándose a sus ideologías por lo que en ocasiones se contraponen con otras ideologías que poseen corrientes de pensamiento filosófico contrarias.

- Político. Se entiende por conflicto político a la lucha por el predominio político, de las acciones sociales, económicas, territoriales, de los recursos y riquezas así como del poder en general que se encuentra dentro de un estado, entendiéndose con ello, a la lucha interna que realizan las diversas facciones político-ideológicas dentro de las fronteras de un estado, facciones que pretenden el predominio político y que se excluyen mutuamente, provocando de esta manera enfrentamientos (conflictos).

También se le denomina como conflicto político a las divergencias que se tienen entre estados (países) en lo referente a territorios, recursos naturales, a acciones sociales que afecten a ambas poblaciones, cuestiones económicas (por ejemplo

sanciones de índole económica), incumplimiento de pactos y acuerdos, así como la lucha por el predominio del poder en zonas de influencia. Este tipo de situaciones provocan conflictos políticos internos y externos, que en ocasiones llegan a desembocar en conflictos armados, ya sea dentro de una misma nación (guerra civil) o una guerra entre países.

c). En relación al uso de Armas:

- Armados. Los conflictos armados se dividen en varios tipos principales, los conflictos interestatales también llamados internacionales, los conflictos interestatales (conflictos armados internos), conflictos extraestatales, y conflictos armados no gubernamentales.

- Armados Interestatales. Son aquellos conflictos armados que ocurren entre las fuerzas armadas gubernamentales de una nación, en contra de un grupo armado organizado, (“civil”), que actúa dentro de las fronteras del país, estos conflictos pueden ser motivados por cuestiones económicas, políticas, étnicas, religiosas, ideológicas que usualmente se desarrollan enfrentando al ejército legal gubernamental, en contra de guerrillas y agrupaciones armadas irregulares.

Este tipo de conflicto armado se puede subdividir en dos, el conflicto intraestatal “clásico”, en el cual se enfrentan los grupos antagónicos sin la intervención de alguna potencia extranjera, y el conflicto interestatal, en el que existe una participación de alguna potencia extranjera en favor de alguna de las dos facciones en conflicto, ya sea mediante apoyo militar directo (envío de tropas y armamento), o sólo mediante apoyos político, económicos y materiales.

- Armados interestatales o internacionales. Este tipo de conflicto se da entre dos o más estados (países), suelen iniciarse por cuestiones territoriales, ideológicas, económicas e incluso religiosas, enfrentan a los ejércitos de dos (o más) países, pudiendo existir o no, declaraciones previas de guerra.

- Armados no gubernamentales. Son aquellos conflictos armados que enfrentan a dos grupos antagónicos, ya sea por causas político-ideológicas, religiosas, territoriales, étnicas, o económico-sociales, en donde las fuerzas armadas gubernamentales no tienen participación en los combates entre las fuerzas enfrentadas, entendiéndose de ello que el gobierno y la fuerza pública no apoya a ninguna de las facciones. Es el caso de conflictos armados entre pueblos étnicamente distintos que poseen rivalidades añejas, conflictos religiosos entre poblaciones de un mismo país (o de más de un país), conflictos de carácter económico-social que han derivado a la violencia armada.

- Conflictos extraestatales. Se refiere a los conflictos entre un estado y una entidad, organización o grupo adversario, fuera de las fronteras del propio país, interviniendo en otro territorio perteneciente a otra nación, para enfrentar al grupo adversario, ya sea con la permisividad del gobierno del país "anfitrión" (el gobierno del país no necesariamente apoya al grupo que actúa dentro de sus fronteras), del grupo oponente o mediante la violación de la soberanía de dicho país, actuando en contra de sus oponentes de manera marginal a las leyes internacionales.

d). Otros Conflictos también pueden ser:

- De interés. Son aquellos que se dan cuando la situación de una persona concerniente a un interés público, se ve afectada en favor de intereses personales o de grupo (generalmente económicos), pero también personales, políticos, religiosos, y de otras índoles. Se dan también en instituciones no públicas, en donde la persona es influenciada por un interés ajeno a la empresa o institución, siendo habitual que este tipo de conflicto de interés, se relacione con beneficios económicos u otro tipo de beneficios.

- Laborales. Los conflictos laborales son aquellos que contraponen a los intereses del empleador con los del trabajador, o en su caso los conflictos que surgen entre los empleados, (sin importar el nivel que estos ocupen dentro de una empresa o institución). Suelen presentarse con frecuencia, como consecuencia de las malas

condiciones existentes en el lugar de trabajo, cuestiones económicas referentes al salario percibido, cambios de personal o de horarios de trabajo, es decir, comúnmente se inician a partir de situaciones desfavorables al trabajador y favorables a la empresa o institución. Otro tipo de conflicto laboral es el que se da cuando existen diversas diferencias entre los trabajadores, que conducen a roces y discrepancias entre ellos.

- Económicos. Son aquellos que interesan a la economía de dos o más organizaciones, pudiendo ser cuestiones económicas entre dos naciones, (embargos económicos, cuestiones arancelarias.), o conflictos económicos de índole empresarial (como por ejemplo disputas salariales entre empleados y empleadores), entre otros.

e). Conflictos atendiendo a la extensión territorial.

- Locales. Son los conflictos militares, políticos, religiosos, étnicos o de otras índoles que se dan en un territorio delimitado, (un pueblo, aldea, ciudad.).

- Regionales. Son aquellos que se presentan en un área mayor a una localidad, pueden incluir a varios estados, departamentos o provincias dentro de un país, o en su caso abarcar a varios países dentro de una cierta región, (por ejemplo un continente) como en el caso de conflictos armados que afectan regiones extensas que superan las fronteras de algunos países.

- Globales. Se trata de conflictos que abarcan extensiones bastas del planeta, refiriéndose con ello, a los conflictos armados que engloban a varios países y que se extienden a territorios diversos.

Criterios para admitir un conflicto para resolución alternativa.

- Patrimonialidad.

En el ámbito legal o conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona y que tienen una utilidad económica, por ello son susceptibles de estimación

pecuniaria, y cuya relaciones jurídicas están constituidas por deberes y derechos que pueden ser activos o pasivos, Desde este punto de vista, la consideración del valor de un bien patrimonial se descontará del mismo el valor de las cargas que se hallen gravando los bienes patrimoniales, la patrimonialidad en la admisión de un conflicto en la resolución alternativa de conflictos es de suma importancia ya que la misma está sujeta a los bienes en disputa y estos pueden ser de valores pecuniarios significativos como no significativos, esto dificulta tanto la admisión del conflicto como su resolución.

“Dado que las disciplinas sociales modernas tienden a considerar la propiedad como un conjunto de derechos, la teoría del patrimonio tiende a referirse a derechos más que a cosas por lo tanto patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona”¹⁰, los cuales en el transcurso del ejercicio de los mismo es común que surjan conflictos ante terceras personas y es aquí en donde la resolución alternativa de conflictos debe de evaluar lo que abarca ese ámbito patrimonial para establecer la viabilidad legal de admisión del mismo y buscar formas eficientes de resolución de conflictos.

- Disponibilidad.

En todo conflicto de carácter social es importante la disponibilidad de las partes en resolver el conflicto, ya que en algunos casos la ausencia de este elemento puede causar que no se solucione dicha controversia, la voluntad en cada una de las partes en actuar de forma humana y racional así como de ceder a escuchar propuestas es de suma importancia ya que sin voluntad de solucionar la discrepancia no permite buscar mecanismos alternativos de solución de conflictos.

“La palabra voluntad proviene del latín voluntas, voluntātis (verbo volo = ‘querer’, y sufijo -tas, -tatis = ‘-dad’, ‘-idad’ en castellano), y consiste en la capacidad de los seres humanos que les mueve a hacer cosas de manera intencionada. Es la facultad

¹⁰ Raymond Guillien, Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, Lexique Des Termes Juridiques, Dalloz-Sirey, Coll. «Lexiques», 15ª Edición. 23 De Junio De 2005. París

que permite al ser humano gobernar sus actos, decidir con libertad y optar por un tipo de conducta determinado. La voluntad es el poder de elección con ayuda de la conciencia, también existen aspectos que tienen influencia en la disponibilidad, como lo es el factor tiempo, ya que las partes deben de ceder parte de su tiempo para crear el dialogo que permita buscar mecanismos alternativos de solución de conflictos”¹¹, la voluntad es un factor de suma importancia como parte de la disponibilidad por lo cual se considera que es necesario abordarlo más ampliamente en lo sucesivo de la presente investigación.

Es necesario resaltar que no solamente la voluntad es elemento de la disponibilidad, ya que intervienen factores como el tiempo, ya que las partes deben de contar con tiempo necesario para formar el dialogo respectivo que los lleve a encontrar mecanismos alternativos para resolver sus conflictos, este aspecto no está sujeto únicamente a la voluntad de querer y actuar sino más bien a un factor con el cual las partes deben de contar obligadamente ya que en algunos casos este factor no permite buscar solución a los conflictos.

Otro factor determinante en la resolución de conflictos es la territorialidad como elemento de la disponibilidad, ya que es frecuente que las partes estén domiciliadas en diferentes lugares y deben desplazarse por largas o cortas distancias para crear el dialogo de forma personal ante el surgimiento de conflictos, esto conlleva a una disponibilidad de desplazamiento territorial.

Por lo tanto se denomina disponibilidad a la posibilidad de la persona de estar presente cuando se necesita. La disponibilidad remite a esta presencia funcional que hace posible dar respuestas, resolver problemas, o meramente proporcionar una ayuda limitada y esto conlleva en diferentes casos a renunciar a derechos o ceder parte de los mismos para crear un punto angular de partida para buscar una solución pronta y económica para las partes donde ambas resulten beneficiadas.

¹¹ Dorschel, Andreas, 'The Authority Of Will', *The Philosophical Forum* Xxxiii/4 (2002), 425-441.

- Voluntad.

Tal y como se mencionó anteriormente la voluntad como elemento en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos es parte angular ya que si no existe voluntad no hay anuencia a resolver el conflicto, la voluntad es un elemento que debe de existir en ambas partes ya que la ausencia de este elemento en una sola de las partes puede estropear a tal grado la resolución de conflictos de forma alternativa y ante esta negatividad verse en la necesidad de llevar tal conflictividad a los órganos de Justicia. Estáteles produciendo mayor demora y gastos elevados para las partes.

Elementos de la Voluntad.

a) discernimiento: aptitud para razonar, las partes deben de contar durante el proceso de solución alternativa de conflictos con la conciencia plena de entendimiento del asunto que se está tratando así como de los posibles mecanismo de solución que se propongan.

b) intención: el discernimiento aplicado a un caso particular con la finalidad de darle solución.

Que uno haya querido realizar el acto, Es importante resaltar que si una de las partes no tiene aptitud para razonar (discernimiento) no podrá tener intención de realizar acto alguno, pero, a pesar de haber tenido esa facultad (discernimiento) puede no tener intención de realizar ya que no se debe confundir con la voluntad misma, pues los actos realizados sin intención, pueden darse por error o dolo en su realización.

c) Libertad: Este elemento refleja la idea de la determinación propia, una independencia en la decisión tomada, con ausencia de todo tipo de coacción.

Elemento Externo:

Es la “exteriorización” del acto; la declaración de la voluntad o la manifestación de la voluntad, esta puede ser:

a) **Expresa o Positiva:** Se considerará como tal cuando se manifieste:

1- verbalmente

2- por escrito

3- por signos inequívocos.

Todas estas manifestaciones de voluntad no surtirán efectos jurídicos cuando “la ley” exija una forma determinada para ciertos actos jurídicos

b) **Tácita:** dispone: “la manifestación tácita resultará de aquellos actos por los cuales se pueda conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, siempre que no se exija una declaración positiva o no exista otra expresa en sentido contrario.

Al haber analizado los extremos de suma importancia que integran el ámbito de la voluntad es necesario resaltar que la misma viene a ser piedra angular en la base para construir los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, ya que sin la existencia de voluntad no existiría mecanismo alguno fuera de ámbito judicial estatal que le pudiese dar solución a un conflicto.

c) **Tipos de conflicto según sus causas y origen.**

“Se han determinado tres factores que propician la aparición de un conflicto y que a la vez pueden proporcionar las condiciones indispensables para su gestión.

Factores culturales. Representan la suma de todos los mitos, símbolos, valores e ideas que sirven para justificar la violencia o la paz.

Factores estructurales. Son aquellos condicionantes que perpetúan las desigualdades, la falta de equidad, la explotación, entre otros.

Factores de comportamiento. Son producto de los factores culturales y estructurales y se materializan en conductas agresivas (de tipo físico o verbal) o por el contrario en comportamientos de diálogo favoreciendo el entendimiento y el respeto”¹².

¹² Pastor, X; Et Al.(2005). Guia Practica De La Gestión De Conflictos En El Tejido Asociativo. Barcelona: Editorial Mediterrània. Pag.36.

Respecto a la causa que determina o provoca un conflicto se puede mencionar:

- Conflictos de relación y comunicación. Se deben a fuertes emociones negativas, a percepciones falsas o estereotipos, o a la escasa comunicación entre las partes. Conducen a una espiral de escalada progresiva del conflicto destructivo.
- Conflictos de información. Se deben a la falta de información necesaria para tomar las decisiones adecuadas por lo que se interpreta de manera diferente la situación o no se le asume el mismo grado de importancia.
- Conflictos de intereses. Se deben a la competición entre necesidades no compatibles o percibidas como tales. También puede ser de tipo psicológico y comportan percepciones de desconfianza, juego sucio, intolerancia en general.
- Conflicto de valores. Se deben a los diferentes criterios de evaluación de ideas, creencias o comportamiento que se perciben como incompatibles. El conflicto estalla cuando estos valores se intentan imponer por la fuerza a la otra parte que los percibe como negativos, no importante o no propios para una persona en la cual se encuentra involucrada en cierto problema.
- Conflictos de roles. De poder, de autoridad y de acceso a los recursos. Se deben a pautas destructivas de comportamiento, de desigualdad del control o distribución de recursos, de desigualdad de poder y autoridad, de restricciones del tiempo,

Reseña Histórica de los Mecanismo de Resolución Alternativa de Conflictos.

“Suárez, Marinés. Indica que a mediados de la década de los setenta, en Estados Unidos, surgió la mediación, como nueva institución encaminada a la resolución alternativa de conflictos. Su crecimiento fue rápido debido a los buenos resultados que proporcionaba; por lo que se le incorporó al sistema legal de algunos estados, como California, en donde se le instituyó como una instancia obligatoria previa al juicio”¹³. Tal normativa indicaba que las partes deben agotar esta vía, salvo en los

¹³ Suárez, Marinés, Pág. 47.

procesos penales. El sistema de mediación puede funcionar paralelamente al sistema formal, los mediadores pueden ser llamados por los interesados o por la comunidad, pudiendo iniciar y beneficiarse de la mediación. Fue el método de la Universidad de Harvard el que inicialmente se aplicó en las empresas para resolver los conflictos de forma rápida, sencilla y económica. Posteriormente, el método de Harvard se aplicó en los ámbitos civiles y de familia.

En la Argentina a finales de la década de los setenta, inició la mediación en Inglaterra, donde abogados particulares la aplicaban. En mil novecientos ochenta y nueve, se fundó la primera compañía dedicada a la solución de disputas. Los británicos utilizan dos tipos de mediación, la del sector público, de la que se encargan los trabajadores sociales que apoyan la labor de los tribunales, sin constituir una etapa obligatoria previa al litigio; y la del sector privado que se presta por alrededor de sesenta agencias que atienden aproximadamente tres mil casos al año. La mayor parte de mediaciones en Inglaterra están a cargo de los trabajadores sociales; por lo que principalmente no atienden problemas de tipo financiero o de propiedades, los que generalmente manejan los abogados dedicados a la mediación.

Por su parte, en Francia, la mediación tiene su origen en la figura del 'Ombudsman' (Procurador de los Derechos Humanos), quien funge como un intermediario entre los particulares y los órganos oficiales; por lo que su aplicación inicialmente se dio en el Derecho Público. Posteriormente, se aplica en el Derecho Laboral y en mil novecientos ochenta y dos se aprueba una ley que le da nuevos enfoques a la mediación esta la materia. La institucionalización de la mediación en el Derecho Civil se da en mil novecientos noventa.

Por último, en Argentina, por acuerdo de fecha ocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos, el Ministerio de Justicia reglamentó la creación del Cuerpo de Mediadores, compuesto por diez elementos pertenecientes al sistema de justicia, que se encargaban inicialmente de casos derivados de diez juzgados de la ciudad de Buenos Aires, luego se extendió a veinte órganos jurisdiccionales. El

porcentaje de acuerdos logrados en la capital argentina fue superior al sesenta por ciento. Considerando el éxito alcanzado, con fecha cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco, el Poder Legislativo de la Nación emitió la Ley veinticuatro mil quinientos setenta y tres, que establece la obligatoriedad de la instancia de la mediación para los casos patrimoniales. Esta norma establece que sólo los abogados pueden ser mediadores, después de un proceso de capacitación específica, impartida por la Comisión de Selección y Control, cuya integración queda compuesta por dos representantes del Poder Judicial, dos del Poder Ejecutivo y dos del Poder Legislativo.

“El Instituto de Transformación de Conflictos para la Construcción de la Paz en Guatemala (INTRAPAZ) indica que en Guatemala la solución pacífica de las controversias se puede dar a través de la mediación, la que se ha contemplado en los Acuerdos de Paz, específicamente en el Acuerdo Sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, en su parte III, numeral dieciséis, se plantea la necesidad de reformar y modernizar la administración de justicia. La mediación fue incorporada legalmente como un procedimiento para la desjudicialización por medio de los artículos veinticinco y veinticinco Quater del Código Procesal Penal, por medio de las reformas que introdujo el Decreto setenta y nueve guion noventa y siete del Congreso de la República”¹⁴.

La necesidad de paz y solución pronta y justas de conflictos es un reclamo social que fue recogido por el Organismo Judicial, a través de impulsar una serie de programas, dentro de los cuales se encuentra la apertura de los Centros de Mediación. La mediación persigue alcanzar la paz jurídica y social, como el acceso directo y fácil a la justicia, la voluntad como base fundamental, la posibilidad de discutir en una forma pacífica, sin requerir de formalidad alguna más que la de redactar un acta que contiene el acuerdo final de las partes.

¹⁴ Instituto De Transformación De Conflictos Para La Construcción De La Paz En Guatemala (Intrapaz). Prácticas De Mediación En Guatemala. Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2004, Págs. 12 Y 13.

a) Sistemas Adversariales y no Adversariales de Resolución de Conflictos.

- Adversariales.

Los Métodos Adversariales o Modelo Competitivo las partes resuelven el conflicto compitiendo, es decir, son contendientes, y un tercero suple la voluntad de las partes y toma una decisión. Necesariamente el conflicto tiene el siguiente desenlace, una parte pierde y la otra gana, se trata de la llamada fórmula ganador y perdedor. La decisión del tercero que pone fin a la disputa, se basa en la ley o en la aplicación de un precedente, esto se resuelve en los órganos jurisdiccionales.

En el presente tema es de suma importancia indicar que los diversos sistemas de resolución de conflictos para que los mismos tengan legitimidad deben de tener un fundamento legal, por lo tanto los mecanismos alternativos de resolución de conflictos deben de estar basados en el principios generales del derecho, bien común y equidad, en este orden de ideas los sistemas estatales de administración de Justicia están fundamentados en la norma constitucional que los faculta para administrar la justicia y promover la ejecución de lo juzgado, por lo tanto la adversariedad a la cual se refiere el presente tema consiste en esa eficacia que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos proveen a diferencia del sistema estatal de Justicia el cual está formada por organismos, entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas del Estado, que son descritos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en las demás leyes de la nación que lo permitan, a la cabeza de este sistema se encuentra la Corte Suprema de Justicia. Como máximo órgano del Organismo Judicial.

La ineficacia en el cumplimiento de acceso a la justicia y de una justicia pronta y en igualdad es lo que crea esa adversariedad ante la aplicación de mecanismos alternativos al sistema estatal de resolución de conflictos, ya que estos tienen por objeto el poder dar solución a determinada conflictividad en los cuales la legislación lo permita conforme a la materia, solución pronta, efectiva, ecuaníme, dinámica, buscando que las dos partes sean beneficiadas, lo cual es contrario al sistema de justicia que impera en los países en proceso de desarrollo.

- No Adversariales.

Consiste en todos los mecanismos alternativos al Sistema Judicial Estatal que permiten crear una solución pronta y ecuánime a los conflictos dentro de los cuales se puede destacar:

Arbitraje: El jurista argentino Oswaldo Alfredo Gozaíni señala que el arbitraje “es un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva”¹⁵.

Para el colombiano Julio Benetti Salgar, el arbitraje es: “La solución de conflictos por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se someta a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión, los cuales sin embargo conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros conflictos distintos de aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral”¹⁶.

Conciliación: Según José Roberto Junco Vargas, la conciliación “es un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación, y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio de solución”¹⁷.

La conciliación es un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, a través de la cual las partes, entre quienes exista una diferencia originada

¹⁵ Gozaíni, Oswaldo Alfredo. Formas Alternativas Para La Resolución De Conflictos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995. Pág. 17.

¹⁶ Benetti Salgar, Julio. El Arbitraje En El Derecho Colombiano. Bogotá, Editorial Temis, 1994, Pág. 4.

¹⁷ Junco Vargas, José Roberto, Pág. 32.

en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a Instancia jurisdiccional o arbitral. (Artículo 49 de la Ley de Arbitraje)

Mediación: De acuerdo a José Adolfo Reyes Calderón, “la mediación es un proceso mediante el cual, los participantes, junto con la asistencia de persona o personas neutrales, que no ejercen jurisdicción del Estado, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”¹⁸.

Entre la conciliación y la mediación hay cierta diferencia, ya que el conciliador tiene la facultad de proponer fórmulas de solución, mientras que el mediador no puede proponer, se asemejan en que ambos buscan que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio.

Los mecanismo alternativos de resolución de conflicto tienen como finalidad lograr una pronta y efectiva solución a los conflictos con la finalidad de no acudir a los órganos estatales de justicia y evitar los desgastes procesales que los mismos provocan para las partes causando graves perjuicios, a diferencia de someter determinados conflictos que la ley permite a mecanismo alternativos de solución de conflictos que lo que pretenden es evitar la demora y el desgaste de recursos en buscar la solución a dichos conflictos.

1). Violencia.

“La violencia es el tipo de interacción entre sujetos que se manifiesta en aquellas conductas o situaciones que, de forma deliberada, aprendida o imitada, provocan o amenazan con hacer daño o sometimiento grave (físico, sexual, verbal o psicológico)

¹⁸ Reyes Calderón, José Adolfo. Mecanismos Alternativos De La Justicia. Guatemala, Impresos Caudal, 1998, Pág. 57

a un individuo o a una colectividad; o los afectan de tal manera que limitan sus potencialidades presentes o las futuras”¹⁹. Puede producirse a través de acciones y lenguajes, pero también de silencios e inacciones.

Se trata de un concepto complejo que admite diversas matizaciones dependiendo del punto de vista desde el que se considere; en este sentido, su aplicación a la realidad depende en ocasiones de apreciaciones subjetivas.

La violencia fue asociada desde tiempos muy remotos a la idea de la fuerza física y el poder. Los romanos llamaban vis, vires a esa fuerza, al vigor que permite que la voluntad de uno se imponga sobre la de otro. Vis tempestatis se llama en latín el ‘vigor de una tempestad’. En el Código de Justiniano se habla de una ‘fuerza mayor, que no se puede resistir’ (vis magna cui resisti non potest).

Vis dio lugar al adjetivo violentus que, aplicado a cosas, se puede traducir como ‘violento’, ‘impetuoso’, ‘furioso’, ‘incontenible’, y cuando se refiere a personas, como ‘fuerte’, ‘violento’, ‘irascible’. De violentus se derivaron violare --con el sentido de ‘agredir con violencia’, ‘maltratar’, ‘arruinar’, ‘dañar’-- y violentia, que significó ‘impetuosidad’, ‘ardor’ (del sol), ‘rigor’ (del invierno), así como ‘ferocidad’, ‘rudeza’ y ‘saña’.

Cabe agregar que vis, el vocablo latino que dio lugar a esta familia de palabras, proviene de la raíz prehistórica indoeuropea wei, que significa fuerza vital.

El elemento esencial en la violencia es el uso de la fuerza tanto física como psicológica para lograr los objetivos y contra la voluntad del violentado. Esto puede manifestarse de múltiples maneras (por ejemplo, los estímulos nocivos de los que depende) y asociado igualmente, a variadas formas como humillaciones, amenazas, rechazo o agresiones verbales. Una consecuencia puede ser de destrucción a través de lesiones físicas.

¹⁹ Amalio Blanco, «Los Cimientos De La Violencia», *Mente Y Cerebro*, Pág. 9-15

Es destacable también el daño (en forma de desconfianza o miedo) sobre el que se construyen las relaciones interpersonales, pues está en el origen de los problemas en las relaciones grupales, bajo formas como la polarización, el resentimiento, el odio. que, a su vez, perjudica las redes sociales y de comunidad.

Otro aspecto de la violencia que hay que tener en cuenta es que no necesariamente se trata de algo consumado y confirmado; la violencia puede manifestarse también como una amenaza sostenida y duradera, causante de daños psicológicos quienes la padecen y con repercusiones negativas en la sociedad.

En otro orden de ideas, cuando la violencia es la expresión contingente de algún conflicto social puede darse de manera espontánea, sin una planificación previa minuciosa.

La violencia puede además ser encubierta o abierta; estructural o individual.

Es un comportamiento deliberado, que provoca, o puede provocar, daños físicos o psicológicos a otros seres, y se asocia, aunque no necesariamente, con la agresión física, ya que también puede ser psicológica, o maltrato emocional, la represión política o la intolerancia religiosa a través de amenazas, ofensas o acciones. Algunas formas de violencia son sancionadas por la ley o por la sociedad, otras son crímenes. Distintas sociedades aplican diversos estándares en cuanto a las formas de violencia que son o no son aceptadas.

El individuo violento se impone por la fuerza. Existen varios tipos de violencia, incluyendo el abuso físico, el abuso psíquico y el abuso sexual.

Sus causas pueden variar, las cuales dependen de diferentes condiciones.

Se denomina estilización de la violencia a la estetización que de la violencia se hace en distintas expresiones del arte, la cultura y los medios de comunicación.

La violencia en la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos es un elemento negativo que en diversas ocasiones complica los

procedimientos pacíficos establecidos para resolver conflictos de distinta naturaleza, ya que en algunas ocasiones esta actitud negativa en las partes puede evitar que se lleguen a acuerdos amigables, la violencia en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos debe de ser tomada para solucionarse desde todos sus aspectos y ante esta situación se debe indicar que este mal social tiene su origen por diversas causas y que de igual forma se debe de conocer el entorno que creó tal reacción para que no cree un obstáculo al momento de aplicar un mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

2). Derecho.

La relación del presente tema como los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se ve reflejado en la función del derecho ya que se considere como el conjunto de normas, doctrinas e instituciones que regulan la convivencia social, las ciencias del derecho son de suma importancia para dar solución a los conflictos sociales, el derecho ha evolucionado con la finalidad de adaptarse a la realidad y cambios sociales.

En el mismo orden de ideas se considere que el derecho como ciencia social de control, integrada con diversos elementos que tienen como objetivo “el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia y certeza jurídica, cuya base son las relaciones sociales que determinan su contenido y carácter en un lugar y momento dados, por lo tanto consiste en un sistema de normas que regula la convivencia social y permite resolver los conflictos de intereses de relevancia jurídica”²⁰.

A lo largo de la historia juristas, filósofos y teóricos del Derecho han propuesto definiciones alternativas y distintas teorías jurídicas sin que exista, hasta la actualidad, consenso sobre su definición.

²⁰ Castillo González, Rolando (1962). *La Seguridad Jurídica Y La Esencia Del Derecho*. Santiago De Chile:

La expresión Derecho, se utiliza indistintamente para nombrar a la disciplina y su objeto de estudio. De este modo, la pronunciación del nombre de la disciplina es el mismo que el de su objeto de estudio. Sin embargo, se distingue en el uso escrito, mediante el uso de la mayúscula o minúscula la acepción del vocablo a que se hace referencia.

En cambio, derecho se utiliza en su acepción como derecho subjetivo, es decir, como la facultad que ha otorgado el ordenamiento jurídico a un sujeto (por ejemplo, derecho a la nacionalidad, derecho a la salud, derecho a demandar, derecho a manifestarse libre y pacíficamente).

Por lo tanto la función del derecho tiene la misma finalidad de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos la cual consiste en dar pronta y efectiva solución a los conflictos que surgen dentro del desenvolvimiento social, en el mismo sentido el derecho como ciencia contiene los principios y normas que deben ser observadas en el desarrollo de la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

3). Dialogo.

Proviene del griego diálogos que significa dos y lógos que significa palabra, Se puede definir al diálogo como la acción que se da entre dos o más personas y que supone un intercambio de ideas, expresiones, palabras y puntos de vista. El diálogo es una capacidad que sólo tiene el ser humano y esto es así ya que a pesar de que los animales pueden comunicarse a través de sonidos, de la expresión corporal o los sentidos, no poseen un sistema comunicacional organizado y con símbolos y significados específicos.

Hoy en día la idea de diálogo se utiliza mucho en el contexto de la sociedad toda en lo que respecta a la tolerancia y respeto por las diferencias de los otros miembros de la sociedad. El diálogo supone siempre el ejercicio de escuchar al otro y conocer su forma de opinión, su pensamiento, sus ideas.

Existen conductas que favorecen la resolución de conflictos de forma pacífica: saber escuchar, saber defender la posición de cada uno respetando los sentimientos de la otra persona, saber aceptar culpabilidad cuando se comete una falta. En este mismo orden de ideas, algunas conductas son muy recurridas y entorpecen la resolución de conflictos, como los insultos, las amenazas y falta de tolerancia. Las agresiones verbales precisamente forman parte del tipo de maltrato que aparece con mayor frecuencia en la sociedad y son muy frecuentes ante los conflictos en general. El aprendizaje de las habilidades sociales y de comunicación es básico para resolver o regular conflictos de forma pacífica.

El dialogo en los mecanismo alternativos de resolución de conflictos, es un elemento de suma importancia, toda vez que sin dialogo no pueda existir un mecanismo que permita la viabilidad de lograr acuerdos satisfactorios para las pares en conflictos, por lo tanto todo mecanismo alternativo de solución de conflictos es de suma importancia para resolver los conflictos sociales e individuales.

b). Origen y Evolución de los Mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos.

El uso de la fuerza para solucionar conflictos ya no sólo arrastraba a dos personas a la lucha, sino a grupos o comunidades enteras que dividían sus esfuerzos alineándose en alguno de los bandos Además, el egoísmo y la natural picardía de los humanos facilitó y contribuyó al desconocimiento o incumplimiento de los pactos celebrados.

El incremento de las poblaciones permitía disimular o esconder más fácilmente a los incumplidores. Entonces dejó de ser suficiente la figura de un patriarca o jefe de tribu como figura de referencia: se hizo necesario dotar a la autoridad de ciertos recursos que funcionaran como mecanismos persuasivos para el acatamiento de las decisiones o de fuerza para imponerlas; además de la elaboración de más reglas que sirvieran para regular múltiples situaciones y allí comienza a gestarse el surgimiento del Derecho, como orden normativo que regula la vida en sociedad. Es cuando

apareció la figura del magistrado, en quien los reyes delegaron el poder de decidir los litigios. Cuando por alguna razón se solicitaba una reconsideración de lo decidido por estos magistrados, el poder se “devolvía” al soberano, que tenía la última palabra. Es decir, el rey detentaba el poder máximo: dictaba las normas, las imponía, y, cuando se presentaba el conflicto, decidía.

Con el tiempo se entendió que la división del poder en esas tres áreas en realidad correspondía al ejercicio de tres funciones diferenciadas. Con la aparición del Estado de Derecho moderno, esas funciones fueron asignadas a diferentes órganos, diseñándose un sistema de controles y contrapesos, de modo de impedir el avasallamiento de los titulares de algunas de esas funciones por sobre los restantes.

“De modo que la semilla de la ruptura seguirá creciendo a la sombra del litigio, perforándose la red de las relaciones armónicas entre las personas, que es la que nutre la convivencia en paz en una sociedad. En la década de los setenta, en Estados Unidos y Canadá, y relacionado con la delincuencia juvenil se comenzó a elaborar el concepto de justicia restaurativa o reparadora. Los autores sitúan los antecedentes de ésta en la práctica de grupos indígenas de Nueva Zelanda y Australia y que aún hoy mantienen, partiendo de la base de que es la comunidad en su conjunto, la que debe solucionar por sí misma lo ocurrido; sin perjuicio de anotarse antecedentes mucho más remotos. Mediante este formato de solución de conflictos, la comunidad se ocupa de ofrecer la posibilidad de dar una solución a lo ocurrido entre infractor y víctima, sin tener que recurrir a un proceso judicial, con la intención de que el infractor alcance a comprender las consecuencias de su comportamiento, especialmente las que repercuten sobre las personas afectadas. En particular, el grupo Maorí de Nueva Zelanda, practica encuentros con los miembros de la comunidad durante el tiempo que sea necesario para resolver su conflicto. Entienden que la conducta inapropiada perturba a la comunidad íntegra, y por esa razón es la comunidad la que debe verse incluida en la resolución de la incidencia, más que a la imposición de sanción o pena, apuntan a la importancia de la relación víctima, victimario y comunidad, buscan restaurar el desequilibrio, identificando

daños, necesidades y obligaciones. Luego fueron surgiendo nuevas propuestas de solución, en torno a esa constatación, delineando y fortaleciendo, fundamentalmente, el instituto de la mediación”²¹

1). En América Latina.

Al desarrollar el presente contenido no se podrá alcanzar las dimensiones de la totalidad de la situación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos de todos los países de la región debido a no ser una investigación de derecho comparado.

Aunque es importante resaltar que los dos países siendo los más grandes de la región, Brasil y México, no han adoptado disposiciones legales que de forma amplia hayan incluido estos mecanismos como una forma general de resolver conflictos. México ha realizado escasas reformas judiciales, y Brasil ha seguido un camino algo distinto en sus planteamientos.

2). En Guatemala.

“Como consecuencia de la firma de los acuerdos de paz, tras más de treinta y cinco años de guerra y un proceso de negociación de ocho años, se estableció una agenda política y social en la que se incorporaban como acciones principales, en relación con el tema aquí tratado, la reforma de la Constitución de mil novecientos ochenta y cinco así como la aprobación de diversas leyes encaminadas a reconocer a la mayoría de la población guatemalteca de diferentes etnias indígenas y que históricamente había sido tratada como minoría, no sólo su cultura y cosmovisión, sino también sus normas, autoridades, procedimientos y sanciones”²².

²¹ Mariella Leles Da Silva Orcoyen Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales, Udelar, Manual Para Estudiantes De La Licenciatura De Relaciones Laborales.

²² Luis Ramírez Y Justo Solórzano, Los Tribunales Comunitarios, Una Simbiosis Cultural. Tesis De Posgrado Sin Publicar. Base De La Ponencia Expuesta En La Conferencia Internacional De Justicia Comunitaria Y Jueces De Paz, Bogotá, Agosto 1999, Universidad Nacional

En este mismo orden de ideas dentro del Organismo Judicial se crea la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos que tiene a su cargo las siguientes funciones y responsabilidades:

- “Planificar, promover, coordinar, implementar, monitorear y evalúa mecanismos para la resolución alternativa de conflictos, de acuerdo con los lineamientos del Plan de Modernización del Organismo Judicial.
- Coordinar los Centros de Mediación del Organismo Judicial.
- Evaluar el funcionamiento y resultados de Centros de Mediación, proponiendo a la Presidencia del Organismo Judicial las acciones que considere oportunas para mejorar su funcionamiento y ejecutando las que dicha Presidencia apruebe.
- Analizar la conveniencia de creación de nuevos Centros de Mediación, proponer criterios para su ubicación geográfica y su conformación y gestionar el apoyo para la creación, desarrollo e implementación de los que sean aprobados.
- Propiciar la capacitación en métodos de resolución alternativa de conflictos para los mediadores del Organismo Judicial, o quienes sean aspirantes a ocupar esos cargos, en estrecha coordinación con la Unidad de Capacitación Institucional.
- Velar por el establecimiento del sistema de estadísticas de resolución alternativa de conflictos, especialmente de los Centros de Mediación del Organismo Judicial.
- Impulsar acciones para constituir una red de información actualizada, a nivel nacional, de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos.
- Formular los proyectos del Plan Operativo y presupuestos anuales de la Unidad, para su aprobación e inclusión en el presupuesto de ingresos y egresos del Organismo Judicial.
- Presentar informes y reportes periódicos sobre la gestión de la Unidad a la Presidencia del Organismo Judicial.
- Elaborar propuestas de normativas con el objeto de impulsar y fortalecer los métodos de resolución alternativa de conflictos.
- Impulsar estudios para la creación e implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

- Diseñar y promover programas para la divulgación de los beneficios de la mediación a la población.
- Otras funciones que le sean asignadas por el Presidente del Organismo Judicial, en materia de su competencia”²³.

- A nivel constitucional.

La Constitución Política de la República de Guatemala entro en vigencia el día catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, la misma en el capítulo IV a partir del artículo doscientos tres desarrolla todo lo concerniente al Organismo Judicial.

El artículo doscientos tres establece en su primer párrafo que la Justicia se imparte de conformidad con la Constitución y leyes de la república. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de Juzgar y promover la ejecución de lo Juzgado.

Al analizar este precepto legal constitucional en relación a los párrafos antes citados, se deduce que desde la perspectiva constitucional en la administración de justicia existe un monopolio estatal de la administración por medio de los órganos jurisdiccionales que la constitución de Guatemala establece, la función de juzgar corresponde con exclusividad al Organismo Judicial, pero la garantía constitucional de debido proceso y la tutela jurídica se ven afectados en los diversos procesos que se ventilan en los tribunales de justicia, lo cual conlleva una demora judicial y una inversión desmedida de tiempo y costos.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos surgen a raíz de la problemática antes descrita, los cuales llevan por objeto resolver los conflictos que sean viables conforme a la ley sin demora alguna.

Por lo tanto conforme a lo establecido en la norma constitucional al atribuir únicamente al Organismo Judicial la potestad de Juzgar se crea la dirección de

²³ [Http://Www.Oj.Gob.Gt/Index](http://www.Oj.Gob.Gt/Index). 2016

métodos alternativos de solución de conflictos la cual ya se indicó anteriormente su función.

- A Nivel Procesal.

La administración de justicia en Guatemala, es lenta. También, en diferentes casos ciertas materias de derecho mercantil y de derecho civil, se requiere, de un conocimiento especializado por parte de los jueces, de tal manera que por ésta y algunas otras razones, no responde a las expectativas de la nueva era de apertura de mercados y globalización que se vive.

Estos requisitos de celeridad y especialización realmente no están siendo satisfechos por la jurisdicción ordinaria en forma general, tanto por razones endógenas como exógenas al Organismo Judicial, aunque debe de reconocerse que existe a menos una preocupación por mejorar tal situación, y ya se empieza a hablar en Guatemala de modernización y la generalización de la oralidad en la justicia civil.

No cabe duda que, en Guatemala se vive desde hace ya unos largos años, la crisis del sistema judicial convencional.

El problema del sistema judicial en el país tiene una serie de manifestaciones externas, de las cuales se señalan: dificultad del ciudadano común para acceder a la justicia en procuración de una solución de conflictos, bajo nivel de preparación de los funcionarios judiciales, y personal de los tribunales de inmoralidad, irresponsabilidad, arbitrariedad y resoluciones ilógicas.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley ciento siete, el cual se encuentra en vigencia desde el uno de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, regulaba el proceso arbitral en el Libro Segundo de procesos de conocimiento, Título IV, Capítulo I del Artículo doscientos sesenta y nueve al doscientos noventa y tres.

También, el Código Civil, Decreto Ley ciento seis, en la Segunda Parte Título XXI, regulaba el contrato del compromiso del Artículo dos mil ciento setenta y uno al dos mil ciento setenta y siete.

El régimen legal aplicable al arbitraje antes indicado tenía una serie de normas y disposiciones que habían dejado de representar los avances más recientes en esta materia y, por ende, se habían transformado en verdaderos obstáculos para que las partes interesadas pudieran hacer uso efectivo y continuo del arbitraje.

Entre las normas y disposiciones que habían dejado de representar los avances mencionados, se tiene a nivel de ejemplo, el caso de la cláusula compromisoria, tal como estaba regulada, podía ser dejada de respetar fácilmente por una de las partes que la hubiera otorgado inicialmente; o bien, generaba grandes retrasos en apenas la iniciación del proceso arbitral.

Cuando ocurría el hecho que generaba el conflicto, era necesario otorgar un contrato de compromiso, pudiendo en esa instancia una de las partes involucradas negarse a hacerlo, lo cual implicaba la necesidad, de recurrir a los tribunales para poder decidir, primero, si era procedente el arbitraje, y luego formalizarlo judicialmente en rebeldía. Era necesario establecer un mecanismo para obligar a las partes, a continuar el proceso en rebeldía.

Otro elemento importante era reconocerlo a los propios árbitros la potestad de decidir si son componentes o no para conocer a los procesos arbitrales. Esto no era permitido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Adicionalmente Guatemala, a través del Decreto Ley Número nueve guion ochenta y cuatro, del treinta de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, y por Acuerdo de Adhesión a través del Acuerdo Gubernativo Número sesenta guion ochenta y cuatro aprobó e incorporó a la legislación interna la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York, del

diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho. “Asimismo a través del Decreto Numero. treinta y cinco guion ochenta y seis del Congreso de la República de Guatemala, y ratificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores el siete de julio de mil novecientos ochenta y seis, aprobó e incorporó al derecho interno la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o Convención de Panamá de mil novecientos setenta y cinco”²⁴.

Ambas convenciones van de la mano, ya que, la primera regula aspectos netamente sobre ejecución de laudos arbitrales de otros países signatarios, mientras que la segunda se refiere a normas adjetivas que dan reglas generales para la substanciación o tramitación de un arbitraje. Los expertos en la materia arbitral han reconocido que la Convención de Panamá sigue la filosofía y puntos de vista que encierra la Convención de Nueva York.

“Puede decirse que Guatemala es, junto con Chile, Colombia, México, Panamá y Estados Unidos, los únicos que han incorporado estas convenciones a su ordenamiento jurídico interno”²⁵.

La adhesión y ratificación de Guatemala a estas Convenciones, había provocado a la vez, que la legislación antes indicada netamente interna sobre arbitraje entrará abiertamente en contradicción con los procedimientos establecidos en las convenciones citadas.

- **En las Comunidades Indígenas.** En el ámbito procesal por decreto de septiembre de mil novecientos noventa y siete se crean los Juzgados de Paz Comunitarios, de forma provisional y por un período de diez años. Estos Juzgados no se corresponden con los compromisos de los acuerdos de paz toda vez que no se respetó la identidad social y cultural, ni las costumbres, tradiciones e instituciones de las comunidades indígenas.

²⁴ Julio Benetti Salgar, Métodos Alternativos De Resolución De Conflictos Pág. 70.

²⁵ Julio Benetti Salgar Métodos Alternativos De Resolución De Conflictos. . Pág. 70.

Lo que debía haber sido un reconocimiento claro del pluralismo jurídico de un país en el que conviven varios sistemas culturales y jurídicos –además del sistema jurídico estatal se encuentran el maya, garífuna y xinca–, ha resultado ser un método alternativo de resolución de conflictos en el sentido indicado en la definición anterior.

Los jueces de paz están obligados a aplicar los usos y las costumbres, no su propia legislación, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal. El sistema creado obliga a los jueces a conocer instituciones jurídicas ajenas a su cosmovisión, además de que al ser legos, desconocen la legislación nacional. Estos tribunales hacen un reconocimiento parcial de la identidad de los pueblos indígenas, al permitir que los miembros de una comunidad indígena que cometan un delito sean sometidos en las primeras diligencias a un tribunal conformado por personas de la propia comunidad, con la misma cultura y que hablan el mismo idioma, pero siempre sometidos a la lógica de la legislación nacional, y dependiendo del tipo de delito, remitirán el caso a un juzgado de primera instancia.

En el primer año de vigencia del Decreto de establecimiento se crearon cinco juzgados. No obstante, y a pesar de la falta de un real reconocimiento del pluralismo jurídico existente en el país, sí se pueden considerar grandes avances: el hecho de la participación de la comunidad en la elección de los miembros del tribunal permite una aproximación a la legitimación de los jueces, que hablan su propio idioma y tienen la misma cultura, y al principio del juez natural. Obviamente también permite el acceso a la justicia a un sector que claramente estaba excluido de ella.

Se debe resaltar que la Constitución Política de la República en su capítulo segundo sección tercera a partir del artículo sesenta y seis, el Estado de Guatemala reconoce y respeta las costumbres y formas de vida de los diversos grupos étnicos, lo cual se debe de ver en práctica por medio de los tribunales de Justicia al implementar mecanismos alternativos de resolución de conflictos enfocados a proveer de tutela jurídica a los diversos grupos étnicos que conforman la república de Guatemala.

CAPÍTULO II.

ASPECTOS ESPECIALES DE CADA MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

a) La Negociación.

La negociación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, así como los modelos de negociadores y en enfoque de los mismos en las técnicas que se utilizan para la solución de los conflictos, el proceso que debe utilizar un negociador respecto de su contraparte.

Se le conoce también como negociación basada en intereses o tipo suma no cero. Los negociadores buscan en firma conjunta una solución al problema que los aqueja. En vez de manejar el problema en forma competitiva fijando los puntos de resistencia, niveles de aspiración y metas, las partes desarrollan una metodología orientada a resolver el problema que aqueja a ambos. La negociación integrativa requiere una actitud similar a la que tienen dos alumnos resolviendo un arduo problema de álgebra

1). Aspectos Generales.

El método de la negociación se fundamenta en el reconocimiento de las capacidades mutuas de las partes en conflicto, quienes valoran y aceptan plenamente la posibilidad de resolver la incompatibilidad en comunicación franca y sin asistencia alguna. Naturalmente que la implementación y cumplimiento de los acuerdos requieren de significativos niveles de confianza, ya que en la negociación directa no figura quien pueda dar fe de lo actuado o certifique lo conducente.

Así como hay recurrentes casos que ilustran incapacidad de negociar, también es importante reconocer la existencia de experiencias de negociación directa en la familia, el trabajo, los estudios y con las personas amigas, ya que en esos ambientes frecuentemente es superior el interés porque las opiniones sean tomadas en cuenta.

Es importante considerar que el contenido político y la actitud humana agregan cierto grado de dificultad a la negociación, lo cual es tratado mediante el recurso de creativos y diversos estilos para buscar la solución pacífica y dialogada.

En ese sentido, la negociación es un proceso de diálogo que implica propuestas y contrapropuestas orientadas a alcanzar acuerdos de satisfacción mutua, en el momento inicial las partes establecen posiciones radicales o al menos aparentemente irreconciliables, luego avanzan hacia la exploración de posibilidades y dificultades y finalmente se esperaría que arriben a un acuerdo o compromiso.

En todo caso “La negociación es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo, cuando una persona y otras comparten algunos intereses en común pero que además tienen intereses opuestos²⁶”

2). Noción de Negociación.

Le esencia de este método alternativo de resolución de conflictos se basa en aquel mecanismo mediante el cual las partes se disponen a conversar acerca del conflicto y lo resuelven otorgándose mutuas concesiones, sin necesidad de la intervención de un tercero.

Lo favorable o viable es que durante un proceso de negociación las partes aprenden a dominar sus sentimientos, de manera tal que el objetivo ya no sea imponerse sobre el otro, sino lograr un mutuo acuerdo que resulte en una mutua satisfacción de intereses. La negociación conlleva un resultado justo para ambas partes de modo tal que, se logre un bien común en el mismo orden de ideas este mecanismo ayuda a establecer prioridades, puesto que generalmente las partes deben renunciar a parte de sus intereses en la búsqueda de una satisfacción común a todos.

²⁶ Instituto De Relaciones Internacionales De Investigación Para La Paz. Guía Para El Análisis Y Resolución De Conflictos, Guatemala, Iripaz, 1991, P 55.

Lo que en algún momento puede limitar un proceso de negociación es que ambas partes tienen que estar dispuestas a discutir y a sacrificar parte de sus intereses, si alguna de ellas no lo está, o pretende imponerse sin escuchar los argumentos del contrario, la negociación no será efectiva. En tal sentido, se ha podido establecer que sólo aquellas partes que estén conscientes de que la negociación no es fácil y que deben ceder parte de sus derechos para lograr finalmente un acuerdo que resulte satisfactorio para ambas partes pueden someter sus conflictos a este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

3). Enfoques y modelos de Negociación.

El enfoque que persigue la negociación como un método alternativo de resolución de conflictos va encaminado a lograr una eficaz solución de problemas por medio de la voluntad y participación de las partes en conflicto, la negociación tiene como base la interacción de las partes en conflicto para que las mismas sean quienes propongan una solución al conflicto de beneficio para ambas partes.

Algo muy importante como elemento de la negociación es la voluntad que debe existir en las partes para ceder parte de sus derechos y de esa forma lograr un punto de equilibrio entre ambas partes y de esa manera al finalizar el proceso de negociación ambas partes sean ganadoras.

El enfoque de una negociación va de igual forma relacionada a los modelos de negociación que se implementa para la misma ya que el modelo se adapta dependiendo del conflicto que se quiera solucionar, por lo tanto a continuación se analizarán los modelos más recurridos de conciliación para solucionar conflictos.

- Modelo competitivo de negociación. En el modelo competitivo un individuo o grupo consigue sus objetivos a expensas de un adversario; puede apelar a la intimidación o a sutiles formas de manipulación.

- Modelo distributivo. En este modelo las partes tratan de distribuir las ganancias y las pérdidas. También se lo llama convergente, en la medida que las partes tratan de converger en un punto llamado medio.

- Modelo colaborativo de negociación. El modelo colaborativo ganar o ganar las partes salen ganando, satisfaciendo la totalidad o la gran mayoría de sus intereses.

- Negociación Directa: En la negociación directa el rol del propiciador de comunicación es animar a las partes para dialogar sobre sus diferencias, tomará iniciativa humanitaria alentando por separado las conversaciones y una vez entablada la relación de comunicación toma distancia con el propósito de dejar que las partes negocien y encuentren por sí solas los acuerdos que satisfagan sus puntos de vista. La iniciativa humanitaria es una acción espontánea que de manera particular se manifiesta al interno de conflictos interpersonales e intergrupales, la persona que la promueve vive el conflicto sin estar directamente involucrada y conserva relación amigable con las partes conflictivizadas razón por la cual se interesa por el arreglo.

Condiciones básicas para el éxito de la negociación directa:

- a. Mutuo reconocimiento de valores morales que garantizan el cumplimiento de lo acordado.
- b. Valoración del diálogo como método para resolver las diferencias.
- c. Las partes involucradas reconocen que tienen la capacidad de resolver por sí solas las incompatibilidades.
- d. Convicción de que es posible arribar a acuerdos de mutuo o múltiple beneficio.
- e. La instauración de un marco de comunicación efectiva.

- Negociación posicional. Es una estrategia en la que “los negociadores asumen una postura incluso antes de entrar en la negociación, y la defienden con una vehemencia creciente. En la mayoría de los casos, estas defensas se transforman en ataques contra la posición de otro negociador y contra el mismo negociador. Esto

hace que a medida que pasa el tiempo se pueda dificultar la solución del problema y se convierta en una lucha de voluntades y de personas”²⁷. En este estilo de negociación se seleccionan por parte de un negociador una serie de posiciones, soluciones alternativas que recogen intereses o necesidades particulares, ordenadas secuencialmente de acuerdo con resultados preferentes y presentados a la otra parte en un esfuerzo por llegar a un acuerdo. La primera posición o posición de apertura corresponde al beneficio máximo que se calcula o espera en las negociaciones. Cada posición posterior exige menos de la contraparte y produce beneficios más bajos a la parte que promete. El acuerdo se alcanza cuando las posiciones de los negociadores convergen y se concreta un espacio de acuerdo, aceptable para ambas partes.

- Negociadores por Intereses. En este estilo de negociación “la meta fundamental es llegar a descubrir las razones que llevan a los negociadores a estar sentados a la mesa de negociación, es decir, a conocer los intereses reales de los negociadores. La satisfacción de estos intereses se convierte en el objetivo de los negociadores.²⁸” Las partes se involucran en un esfuerzo de cooperación para afrontar conjuntamente las necesidades de cada una y satisfacer sus mutuos intereses. Más que variar de una posición a otra tras analizar una contrapropuesta, para llegar a un compromiso acordado, los negociadores se dedicarán a la búsqueda de un enfoque común que les permita resolver el problema que comparten, e intentan identificar sus intereses antes de examinar soluciones específicas. Tras haber identificado sus intereses, los negociadores buscan conjuntamente una variedad de alternativas que pudieran satisfacer sus intereses mutuos, en vez de desgastarse argumentando en favor de una posición única. En cambio, las partes seleccionan una solución entre una serie de acciones que han construido durante el proceso de negociación, aunando esfuerzos para lograr la decisión más acertada y benéfica para todos. Un enfoque de solución conjunta, es mucho más que un compromiso que tiene obligatoriedad jurídica, es un compromiso con el propio esfuerzo.

²⁷ Cámara De Comercio De Bogotá, Una Visión Internacional De La Negociación. Pág 53

²⁸ Cámara De Comercio De Bogotá, Una Visión Internacional De La Negociación. Pág 53

Cuando optar por una negociación por intereses, se opta, si hay posibilidad de hacerlo, o se lleva a la contraparte a negociar por interés cuando no está claro si el recurso que se está negociando corresponde a un recurso limitado, considerando que aún si es limitado, se puede seguir este estilo de negociación, cuando las relaciones futuras entre las partes tienen gran importancia y se les concede alta prioridad, cuando los negociadores se inclinan más por cooperar que por competir, cuando los negociadores quieren trazar una solución a la medida de sus respectivos intereses específicos, cuando se prevé que un compromiso logrado por principios o posiciones es inaceptable, cuando las relaciones entre las partes se prolongan más allá de esa negociación específica

4) El Proceso de Negociación.

Ir más allá de la posición, para comenzar se trata de pasar de las posiciones a los intereses reales de las partes. Este paso consiste en concentrarse en los intereses que se encuentran por detrás de las posiciones.

Identificar y priorizar intereses, al concentrarnos en los intereses por detrás de las posiciones es preciso:

- Identificar los intereses propios y los de la otra parte.
- Hacer un listado para cada uno, estableciendo prioridades.
- Explorar cómo se vinculan con las posiciones adoptadas por cada parte.
- Evaluar la influencia de las necesidades.

Asimismo resulta fundamental distinguir los siguientes intereses:

Los intereses comunes son aquellos que ambas partes comparten y en los que coinciden sus objetivos a alcanzar ambos frente al conflicto.

Los intereses opuestos son aquellos en los que todo lo que se lleva uno, lo pierde el otro, y la única manera de congeniar a las aspiraciones de las partes es partiendo diferencias.

Los intereses diferentes son aquellos que se apoyan en visiones, expectativas, deseos o modos de encarar la realidad propios de cada una de las partes en un conflicto.

Generar opciones una vez que los intereses emergen se ha analizado exhaustivamente, hay métodos para generar opciones:

- Inventar antes de juzgar.
- Multiplicar la variedad de opciones.
- Limar las diferencias.
- Explorar los intereses diferentes.
- Considerar el valor en dinero del tiempo.
- Explorar opciones de diferente alcance.

Consultar y evaluar con base a criterios objetivos para la selección de las opciones generadas, aplicamos estándares independientes, criterios objetivos de referencia.

El estándar es una vara de medición, independiente de la voluntad de las partes, que sirve para evaluar opciones en conflicto. Identificamos criterios objetivos y procedimientos equitativos.

Reservar alternativas (MAAN) en esta paso se evalúa la Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado (MAAN) lo que significa la mejor solución que cada uno tiene fuera de la negociación, para la preservación de sus intereses si no llega a un acuerdo. Esta alternativa obliga a cada uno a reflexionar sobre qué va a hacer en el supuesto caso de levantarse de la mesa de negociación. Se trata de evaluar en forma privada e individual las propias fortalezas y debilidades, y también identificar el MAAN de la otra parte.

Formular propuestas. Una vez que se amplió en lo posible el campo de la negociación porque se han contemplado los intereses y generado opciones, y luego de establecidos los límites objetivos y subjetivos de cada una de las partes, es posible generar propuestas para lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio. Si no

hay acuerdo cada parte recurrirá a su mejor alternativa. Si el acuerdo se logra, lo que cada parte obtiene debe estar por encima de esa alternativa para que la negociación sea ventajosa.

5). Aplicación y Utilidad en Guatemala.

A nivel de Guatemala la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y en especial la mediación que es la que se aborda en el presente tema tiene realce en los últimos años ya que a partir de la firma de los Acuerdos de Paz en mil novecientos noventa y seis, inició el tema de resolución de conflictos de manera sistemática, anteriormente a esto, prácticamente no existía ninguna instancia que trabajara el tema. Instituciones como el Procurador de Derechos Humanos, la Unidad Presidencial para la Resolución de Conflictos la cual actualmente no está activa, la Secretaría de Asuntos Agrarios, las oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos del Organismo Judicial, la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, son instituciones del sector público que hacen ese esfuerzo importante por resolver conflictos a nivel nacional fuera de los tribunales de justicia. En el Organismo Legislativo no cuenta con ninguna instancia que promueva la resolución pacífica de conflictos, a pesar de ser el órgano público de negociación por excelencia y donde se encuentra representado todo el país en sus concepciones de necesidades, demandas y desarrollo. Fuera del sector público, existen las siguientes instituciones que trabajan el tema de resolución de conflictos alternos a los órganos jurisdiccionales como; Fundación Propaz, el Instituto de Transformación de Conflictos para la Construcción de la Paz, Intrapaz, la Cámara de Comercio y la Cámara de la Industria. Aunque existen otras instituciones no gubernamentales y privadas han apoyado el trabajo de resolución de conflictos, aunque de manera intermitente. Entre ellas están MercyCorps, Fundación Ceiba y GTZ. En la procuraduría de los Derechos Humanos, desde el año dos mil cinco se elabora cada año un panorama de la conflictividad geográfica encontrándose los siguientes resultados:

“Violencia e inseguridad, violencia intrafamiliar; falta de medicamentos, equipo e insumo maltrato infantil, falta de fuentes de trabajo falta y escasez de agua, femicidios, conflicto político partidista en período preelectoral, deforestación, vulnerabilidad ante desastres, contaminación ambiental, falta de acceso y legalidad de tierra, movimientos colectivos o bloqueos, narcotráfico, extorsiones, coacción y contrabando, desempleo y bajos ingresos nivel de expansión y presencia de seguridad; En el estudio se señala que los conflictos que se perciben como los más críticos y que aquejan a la mayor cantidad de departamentos en Guatemala en los últimos dos años son en primer lugar, la violencia e inseguridad, seguido por la violencia intrafamiliar. También la falta de medicamentos y escasas de agua, son problemas latentes en los guatemaltecos. Sin embargo, aunque en el informe se identificó la percepción de la conflictividad en la oficina de Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos de esta institución, se han atendido una serie de casos que no necesariamente coinciden con los conflictos percibidos.

A continuación se presentan los porcentajes y naturaleza de casos atendidos por la procuraduría de los Derechos Humanos en promedio anual: Seguridad e integridad veinticinco por ciento, Trabajo dieciocho por ciento, Económico veintidós por ciento, Vivienda diecisiete por ciento, Medio ambiente, libre locomoción y vivienda cinco por ciento, Educación ocho por ciento, Ámbito privado seis por ciento”²⁹.

Es necesario indicar que la procuraduría de los Derechos Humanos y las Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos son las instituciones que mayor cantidad de conflictos atienden en el sector público.

Por otro lado, las oficinas de resolución alternativa de conflictos del Organismo Judicial, son las que mayor cobertura tienen en el país para atender los conflictos. Sus setenta y ocho delegaciones en todo el país han atendido cerca de cincuenta mil casos en los últimos tres años. Aunque su nivel de éxito de resultados positivos es de un promedio de cincuenta por ciento, es importante su labor en el sentido que

²⁹ Procurador De Derechos Humanos (2009 Y 2010). Informes Anuales Circunstanciados. Guatemala

promueve y hace del conocimiento público las opciones de resolución de conflictos por medios pacíficos sin necesidad de llegar a los tribunales estatales.

A continuación se presenta los porcentajes de resultados de los casos atendidos al año en las oficinas de resolución alternativa de conflictos. “Casos con acuerdo seis mil ciento cincuenta y seis que es el treinta y nueve por ciento, ocho mil cincuenta y siete que es el cuarenta y un por ciento no ha llegado a un acuerdo. Mil cuatrocientos once que es el nueve por ciento han desistido o falta de interés y el resto se queda en trámite”³⁰.

Estas dos instancias de carácter público se destacan en el trabajo de resolución de conflictos. Otras instituciones como la SAA, se enfoca en el tratamiento de resolución de conflictos agrarios exclusivamente, mientras COPREDEH se enfoca en temas de Derechos Humanos pero su trabajo es poco visible y carece de una adecuada sistematización de los casos que ha atendido.

Y es de esa forma que se ha empleado y ha sido de utilidad la negociación así como los demás mecanismos alternativos de resolución de conflictos en Guatemala, dando celeridad y eficacia a la solución de conflictos y evitando la demora y costos en los tribunales de justicia.

b) La Mediación.

Es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos consistente en un procedimiento no adversarial, en el cual un tercero neutral facilita la comunicación y ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable.

Es necesario indicar que a diferencia de la negociación en este mecanismo alterno de resolución de conflictos aparece la intervención de un tercero, el cual viene a ser un facilitador de la comunicación y que su función debe de ser especializada y capacitada para tal labor, aspectos que a continuación se analizarán.

³⁰ Oficina De Resolución Alternativa De Conflictos, Rac, Del Organismo Judicial

1). Aspectos Generales.

Entendida como el procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado recíprocamente aceptable, la mediación, aunque mencionada como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, no ha sido objeto de tratamientos homogéneos en las normativas legales y reglamentarias analizadas en las cuales se destacan las siguientes: Las legislaciones sobre Arbitraje y Mediación del Ecuador de mil novecientos noventa siete, la Ley de Mediación número veinticuatro mil quinientos setenta y tres de mil novecientos noventa y ocho en Argentina que rige solo para la Capital Federal Argentina. La Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica de mil novecientos noventa y siete y la Ley de Conciliación Extra judicial de mil novecientos noventa y siete y su Reglamento de mil novecientos noventa y ocho en Perú, constituyen los referentes legislativos más recientes y directos sobre la materia. En varios casos además, la Mediación, se ha hecho extensiva o asimilable a la Conciliación extrajudicial, dándosele a ésta un creciente reconocimiento e impulso en Venezuela en el ámbito de la Constitución Bolivariana de mil novecientos noventa y nueve y en Colombia, con el Decreto mil ochocientos dieciocho sobre mecanismos alternativos de resolución de conflictos de mil novecientos noventa y ocho y la Ley sobre Jueces de Paz de mil novecientos noventa y nueve, son las legislaciones que a nivel regional han desarrollado este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Lo concerniente a Guatemala acerca de la mediación se analizará más adelante de forma amplia haciendo alusión a la normativa interna que regula dicha figura como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y en las materias que este mecanismo se aplica.

Es de suma importancia la utilización de la Mediación en conflictos temáticos específicos, de familia, medio ambientales, escolares, vecinales, comunitarios y de consumidores. En estos temas la importancia de la tradición cultural y de las expresiones institucionales de la sociedad civil de los países del norte del Continente

(Canadá y Estados Unidos especialmente) constituyen importantes referencias de experiencias exitosas que han sido reconocidas y valoradas por los Sistemas de Justicia y a las que se les ha dado una legitimación consecuente.

2). Noción de mediación.

La mediación es un procedimiento voluntario no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que, en forma cooperativa y amigable, a que encuentren por sí mismos, el punto de armonía y la solución al conflicto. Es un proceso eminentemente voluntario e informal, en el que participa un tercero neutral quien trata, a través de la facilitación de intercambios de ideas entre las partes y que estas permitan confrontar sus puntos de vista y buscar, con la ayuda del tercero, una solución al conflicto, libremente negociada. La mediación es un procedimiento voluntario en el que las partes, es decir, las personas en conflicto, buscan los caminos y alternativas para solucionarlo de manera amigable y evitando la confrontación. Con la mediación se busca reencontrar armonía y paz, mediante la comunicación y el análisis de las propuestas que realizan los interesados.

Mediación es un término utilizado para descubrir un conjunto de prácticas diseñadas a ayudar a las partes en controversia. En líneas generales, el término se utiliza para describir un procedimiento en el cual un tercero imparcial ayuda a las partes a comunicarse y realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver un conflicto. El mediador no es un mero oyente amable y pasivo que actúa para demostrar compasión mientras las partes describen sus aflicciones, por el contrario, es un oyente activo, modelador de ideas, que mostrará el sentido de realidad necesario para lograr los acuerdos convenientes.

Esto lo hará a través de una serie de estrategias y técnicas que favorece el cambio de actitudes. Es un sistema informal, aunque estructurado, mediante el cual el mediador ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Justamente el mediador es un intermediario, no es un juez que decide, ni un

abogado el que asesora o patrocina a las partes, ni un terapeuta que les brinde ayuda psicológica. Su única función es acercar a las partes, pero lo hace en un ambiente adecuado, con un procedimiento de múltiples pasos, utilizando sus habilidades expresamente adquiridas a éstos efectos, rompiendo el hielo entre los contendientes, sacándolos de sus rígidas posiciones, abriéndoles a soluciones creativas.

3). Concepción de Mediación en la Ley de Arbitraje de Guatemala.

En la Ley de Arbitraje, decreto sesenta y siete guion noventa y cinco del Congreso de la República de Guatemala, se ha regulado de manera completa a la figura de la conciliación, estableciéndose como un método alternativo para la solución de conflictos de carácter comercial o de cualquier otra índole, dejando en consecuencia un campo amplio para que pueda aplicarse en cualquier tipo de controversia. Además en dicha ley, se establecen también los centros de arbitraje y conciliación, lo cual descongestiona el trabajo de los órganos jurisdiccionales ya que no será necesario que los mismos actúen como conciliadores, pues dichos centros actuarán como tales, e incluso si por medio de la conciliación logra llegarse a un acuerdo, el órgano jurisdiccional no conocerá en ningún momento dichas controversias y como consecuencia de ello se le evitará al mismo la acumulación y la congestión de trabajo. Lo anterior, la Ley de Arbitraje lo establece en el capítulo noveno que regula lo referente a otros métodos alternativos para la resolución de conflictos entre particulares.

4). La Mediación en la Doctrina.

Para Mario Jaramillo “La mediación, en general, es un sistema voluntario e informal en el que un tercero neutral ayuda a que dos partes hallen libre y pacíficamente, por sí mismas, la solución a un conflicto. Cuando un acuerdo entre dos partes es alcanzado con la asistencia de ese tercero neutral, el acuerdo se ha logrado a través de la mediación”³¹

³¹ Jaramillo Mario, Justicia Por Consenso. Introducción A Los Sistemas Alternos A La Solución De Conflictos. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996. Pág. 68

James Laue, señala que la mediación “se refiere a un proceso analítico de solución de problemas en el que las partes son ayudadas a resolver sus propias disputas por terceros entrenados. Las disputas son consideradas resueltas cuando las partes, después de haber analizado sus relaciones conflictivas, desarrollan conjuntamente acuerdos que satisfacen sus necesidades y valores básicos, y, por tanto, son durables y no requieren coacción externa para su cumplimiento”³².

En el mismo orden de ideas Roberto Valdés Sánchez en el libro la Transacción, toma la definición de Marlene Cano definiendo la mediación como “el procedimiento mediante el cual las partes de una relación en conflicto, libre y espontáneamente, con la participación de un mediador siendo un tercero cuya función es acercar a las partes, pero sin facultad para proponerles fórmulas de arreglo, buscan llegar a un acuerdo para solucionar sus diferencias”³³. Se entiende como mediadores “aquellos que tienen como función principal, cuando las condiciones determinan la conveniencia de su intervención, abogar ante las partes para procurar arreglos mediante la presentación de alternativas”³⁴. Andrew Floyer Acland dice de la mediación “La base de la mediación es la negociación y la tarea del mediador consiste en introducir algunas características especiales para modificar el enfoque basado en la confrontación, que plantea la negociación como campo de batalla y orientarla hacia la solución del problema.

El mediador ayuda a las personas a dialogar, evitando generar mal entendidos, establece por lo menos relaciones de trabajo, aclara los problemas y busca relaciones aceptables para ambas partes. En teoría, las partes en conflicto deberían salir satisfechas del proceso, porque todas sus necesidades e intereses han sido

³² James H Laue, Resolution: Transforming Conflict And Violence, Institute For Conflict Analysis And Resolution, Occasional Pág.7, George Mason University, Fairfax. 1993.

³³ Cano Marlene. La Mediación Y La Tendencia De Menores En Canadá. Artículo Publicado En La Revue Canadienne Droit Et Societé, Volumen 7, N° 2. Canadá 1992, Pág. 123. En Valdés Sánchez Roberto, La Transacción Editorial Temis, Bogotá. Pág. 31

³⁴ Ríos José Noé, Como Negociar A Partir De La Importancia Del Otro Ed. Planeta Pág.189

tomados en cuenta, porque han logrado el mejor resultado posible y porque están dispuestos a repetir el proceso la próxima vez que surja un problema”³⁵

En las definiciones anteriormente vistas, se encuentran ciertas características comunes, que debe tener un mediador:

- “El mediador debe ser independiente de las partes que están involucradas en el conflicto.
- Debe ser neutral e imparcial. Imparcialidad, es la actitud no sesgada de quien interviene, es decir, la ausencia de preferencias por una de las Partes”.³⁶; y por neutralidad se entiende el “comportamiento o la relación entre quien interviene y las partes en disputa”³⁷.
- Las partes deben sentir respeto por el mediador.
- Debe generar confianza entre las partes.
- Debe conocer el conflicto.
- Debe Identificar qué buscan las partes.

En atención a la importancia del mediador en el proceso de mediación que se adelanta en conjunto con las partes y en razón a que su participación es clave en la búsqueda de soluciones satisfactorias del conflicto, pensamos que es importante referirnos al plan o estrategia que el mediador debe seguir para resolver una disputa, es decir, a la manera como el negociador pretende manejar el caso, las partes y los asuntos.

Para Howard Raiffa, “los mediadores pueden desempeñar una serie de papeles que van desde el débil hasta el fuerte. Si se trata de un mediador débil, puede ser simplemente un convocador de reuniones o un moderador de discusiones neutral, no importante, con una función de mantener un debate civilizado; aunque también

³⁵ Andrew Floyer Acland, Como Utilizar La Mediación Para Resolver Conflictos En Las Mediaciones.

³⁶ Valenzuela Pedro E, Intermediación Y Resolución De Conflictos Violentos. Papel Político No. 8. Octubre De 1998pág. 8

³⁷ Moore, 1986, Pág.15. En: Valenzuela Pedro E, Intermediación Y Resolución De Conflictos Violentos. Papel Político No. 8. Octubre De 1998 Pág. 12

“podría preparar minutas neutrales de las discusiones y resumir o articular cualquier consenso que puede negociarse”³⁸.

El rol de los mediadores puede variar de un conflicto a otro, pero en general sus actividades se orientan a:

- Crear un clima de confianza entre las partes.
- Facilitar la comunicación entre las partes.
- Clarificar percepciones equívocas de las partes.
- Desentrabar la negociación cuando hay comportamientos negativos o repetitivos.
- Determinar, valorar y clarificar los datos.
- Recurrir a procedimientos de mediación en la interpretación de los datos.
- Facilitar el desarrollo del proceso de negociación.
- Separar posiciones de intereses.
- Aportar medios inteligentes para que las partes puedan cambiar sus posiciones.
- Ayudar a que las partes desarrollen programas de solución de problemas.
- Atemperar posiciones extremas.
- Ayudar a que las partes desarrollen alternativas creativas para llegar a un acuerdo.
- Ayudar a que las partes formulen las ofertas finales.
- Ayudar a que las partes vendan sus acuerdos a sus representados.

Como el papel del mediador se encuentra en un continuo entre pasividad o actividad extremas. En su papel de comunicador el mediador es esencialmente pasivo. Esa función se considera indispensable en aquellos casos en los que se han roto los canales de comunicación entre los adversarios o cuando resulta imposible hacer una concesión directamente. “El papel de proponente implica una función mucho más activa, en el que el mediador asiste a las partes en búsqueda de soluciones, mediante la presentación de sugerencias y la exploración de escenarios. Tanto en el papel de comunicador como en el de proponente, el mediador no ejerce ningún tipo

³⁸ Howard Raiffa, El Arte Y La Ciencia De La Negociación. Fondo De Cultura Económica. Pág, 215.

de presión sobre las partes. En su papel como manipulador el mediador utiliza los recursos a su disposición, incluyendo la coacción para mover los actores hacia un acuerdo.³⁹”

Respecto del papel de la negociación en la mediación, parece muy acertada la opinión de Pedro E. Valenzuela, se está de acuerdo con quienes argumentan que no se puede concebir la mediación sino en relación con los propios esfuerzos de las partes por resolver su conflicto. La mediación es esencialmente negociación que incluye a un tercero conocedor de los procesos efectivos de negociación y que puede ayudar a quienes estén involucrados en un conflicto a coordinar sus actividades. La mediación es una extensión del proceso de negociación. Sin negociación, no puede haber mediación.

En el mismo sentido se comprende que la mediación es la continuación de la negociación por otros medios.

Es así que, al referirse a la mediación, se está hablando de un mecanismo de solución de conflictos, en donde la negociación no solo cumple un papel fundamental, sino que se puede afirmar sin lugar a equívocos que en esencia se está ante una especie de negociación.

Por último se considera importante señalar cómo dentro de la doctrina y estudios existentes alrededor del tema existe, en ocasiones una tendencia a equiparar, confundir o fundir en un mismo concepto la mediación y la conciliación.

Aun cuando ambas figuras son afines y participan de las mismas características, funciones y posibilidades, debe hacerse énfasis en que en la mediación el mediador no está llamado a proponer fórmulas de arreglo mientras que en la conciliación, el conciliador puede eventualmente proponer fórmulas que las partes entrarán a

³⁹ Valenzuela Pedro E. Intermediación Y Resolución De Conflictos Violentos. Papel Político No. 8. Octubre De 1998. Pág. 18

estudiar. Desde el punto de vista formal, la ley no consagra la figura de la mediación, mientras que el legislador en su afán de buscar alternativas de solución a la situación de ineficiencia ha desarrollado bastante la conciliación.

Adicionalmente, alguna doctrina clasifica o adjudica un papel más preponderante y de mayor jerarquía a la conciliación, mientras que otros consideran que la mediación implica o genera una participación más activa que la conciliación y consecuentemente es más importante. Por ejemplo, Hubert Touzard en su libro de Mediación y la solución de conflictos señala que “la mediación comprende a la conciliación y añade una parte más activa al mediador pudiendo intervenir en las discusiones, hacer sugerencias e incluso formular recomendaciones con vistas a un acuerdo”⁴⁰. Se considera de poca trascendencia el clasificar o atribuir mayor importancia a una figura sobre la otra. Ambas como anotamos son afines y participan de los mismos objetivos. Es importante, aun cuando comprensible, el encontrar que en estudios de carácter psicológico o psicoanalítico el término y el manejo de la mediación encuentra más arraigo que en estudios elaborados por Juristas, o, donde se maneje el tema desde un punto de vista sociológico o jurídico, en donde la conciliación puede tener más participación. Adicionalmente, el término mediación tiende a hacer parte del vocabulario que manejan conflictos internacionales o de mayores dimensiones y características, tanto por el número de participantes como por su contexto social, mientras que el termino conciliación se aplica más en conflictos donde el número de personas es menor y los intereses tienen un carácter más privado y domésticos.

5). Características de la Mediación.

- Voluntariedad: La mediación es un proceso voluntario, esto significa que las partes deciden si participan o no en la mediación.

⁴⁰ Touzard Hubert, La Mediación Y La Solución De Los Conflictos. Biblioteca De Sicología. Pág 136 – 138

Las partes deciden si permanecen o se retiran durante el procedimiento de la mediación.

Las partes deciden si hay o no acuerdo y el contenido de los mismos.

- Autocomposición: Las partes participan activamente como protagonistas de este diálogo, ordenado y dirigido, por el mediador, manteniendo el poder de decidir qué solución se adoptará.
- Confidencialidad: La mediación se desarrolla en un espacio confidencial, lo que significa que la información que en la misma se ventile no podrá ser revelada en otros ámbitos.
- Cooperación: En la mediación se estimula a las partes a trabajar juntas para resolver un conflicto en común, pasando de adversarias a socias en la solución de conflicto.
- Acento en el futuro: Se enfrenta al conflicto en forma práctica y positiva, alentando a las partes a concentrarse en el futuro, y dejar atrás lo negativo del pasado.
- Informal pero con estructura: Se ha señalado que la mediación es un proceso informal; puesto que el mediador no está obligado por las reglas procesales, y dado su entrenamiento puede rápidamente simplificar el caso y descartar lo irrelevante. Y, a la vez, se ha considerado un mecanismo estructurado porque aunque sea flexible, existe un procedimiento en el que se cumplen diversos pasos.

6). Sujetos de la Mediación.

Se puede distinguir tres roles: el mediador o mediadora, las partes y el abogado:

a) **Rol de mediador o de la mediadora:** el mediador o la mediadora ejerce el rol de conductor del procedimiento y facilitador de la comunicación. Consiste en ayudar a

que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para todas ellas. En ese sentido el mediador ayuda a las partes a:

- Identificar sus reales necesidades y deseos.
- Comprender las necesidades y deseos del otro.
- Descubrir los temas fundamentales del conflicto.
- Incentivar la cooperación entre ellas para resolver el problema.
- Analizar en forma realista las posibilidades de concretar con éxito las opciones pensadas en ellas.
- El mediador no actúa, por tanto, como juez, ni abogado, ni terapeuta y por ello no puede:
 - Decidir quién tiene razón.
 - Proponer fórmulas de acuerdo a las partes.
 - Asesorar a las partes sobre sus derechos.

b) Rol de las partes: las partes participan activamente como protagonistas del diálogo, ordenado y dirigido, por el mediador, manteniendo el poder de decidir qué solución se adoptará.

c) Rol de los abogados: las partes pueden acudir a la mediación, solas o con sus abogados. Si concurren con su abogado a la mediación, el mismo ejerce su rol, asesorando legalmente a su cliente y evaluando con él las ventajas o desventajas del posible acuerdo. El abogado puede ejercer los siguientes roles o funciones durante la mediación:

Participar directamente, asistiendo a las reuniones.

Participar indirectamente asesorando a sus clientes antes, durante o después de las reuniones.

Colaborar en la reducción de los acuerdos logrados.

Revisar los proyectos de acuerdos.

Perfil y Cualidades Relevantes del Mediador: como principales cualidades de un mediador eficiente, se han indicado las siguientes:

- a) Neutral e imparcial: la capacidad del mediador de mantener un papel neutral e imparcial cuando interviene en una controversia.
- b) Oyente activo: el mediador es un oyente activo, escucha auténticamente con sensibilidad y concentración.
- c) Sensible: debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.
- d) Empático: debe ser capaz de ponerse en el lugar de cada parte, comprendiendo las percepciones, preocupaciones y temores de cada una de ellas.
- e) Paciente: las personas tienen sus propios tiempos necesarios para reflexionar sobre lo conversado, resulta importante que se sientan esperadas por el mediador.
- f) Flexible: debe estimular la fluidez en las comunicaciones.
- g) Imaginativo y hábil: debe tener capacidad de aportar y generar nuevas ideas.
- h) Perseverante: cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y ansiedad que esto puede producir.

Un mediador debe elegir un modo de vida ético guiado por un conjunto de normas. El mediador actúa como tercero neutral y debe actuar claramente en su relación con los participantes, debe ser honesto e imparcial, promover la confianza en las partes. Tiene el deber de poner a disposición de los intervinientes todas las habilidades inherentes a su labor y todos los esfuerzos tendientes a conducir la mediación con la mayor excelencia.

El mediador deberá excusarse y apartarse del caso en las siguientes situaciones:

- Si tuviese relación de parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado, o del segundo grado de afinidad, con alguno de los participantes, sus mandatarios o abogados.

- Si el mediador o sus consanguíneos o afines tuviesen interés en el conflicto o en otro semejante, sociedad o comunidad con alguno de los participantes, sus mandatarios o abogados.
- Si tuviese pleito pendiente con alguna de las partes.
- Si fuese acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes
- Si hubiese sido autor de denuncia o querrela o hubiese sido denunciado o querrellado por algunos de los participantes.
- Si hubiese sido denunciado por alguna de las partes ante el Centro o algún otro centro de mediación reconocido.
- Si hubiese sido defensor, hubiera brindado servicio profesional o asesoramiento o emitido dictamen o dado recomendaciones respecto al conflicto.
- Si hubiese recibido beneficios de importancia de alguno de los participantes.
- Si tuviese relación de amistad íntima con alguno de los participantes.
- Si tuviese enemistad, odio o resentimiento con alguno de los participantes.
- Si diese a cualquier otra causal que a su juicio le impusiera abstenerse de participar en la mediación por motivos de decoro o delicadeza.

Los mediadores deben dar tratamiento confidencial a la información revelada durante una mediación, excepto en los siguientes casos:

- Información que, por ley debe ser revelada.
- Información, que a juicio del mediador, pusiera en riesgo la integridad física de una parte o de un tercero.
- Información cuya reserva no puede garantizarse y sobre la cual el mediador ha puesto en conocimiento a las partes.

7). Aplicabilidad y Utilidad en Guatemala.

A continuación se analizará el mecanismo alternativo de resolución de conflictos consistente en la mediación aplicado en la práctica en la legislación guatemalteca en sus diversas ramas procesales entendiéndose que dentro de la legislación la figura de la mediación no se regula como tal, pero como mecanismo alternativo de resolución de conflictos a fin se tiene la figura de la conciliación que en la práctica el

Juez debe desempeñar un papel de mediador o conciliador dependiendo de la naturaleza del conflicto y la viabilidad de proponer o no fórmulas de solución al problema.

- **Derecho laboral.** El Código de Trabajo decreto trescientos treinta del Congreso de la República de Guatemala del ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, fue el primero en Guatemala, emitido luego de la revolución de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro. En el título undécimo de dicho ordenamiento legal, donde se regulaba el procedimiento ordinario, en el capítulo quinto, que contienen lo relativo al juicio verbal y período conciliatorio. Aparece el Artículo trescientos cuarenta, que copiado en forma textual establece lo siguiente: “Contestada la demanda y la reconvenición, si la hubiere, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas equánimes de conciliación, y aprobará cualquier fórmula de arreglo en que convinieren, siempre que no contraríen las leyes”, deducido de esto se puede establecer la función mediadora del Juzgador, Complementando lo anterior, el Artículo trescientos cuarenta y uno de dicho código instituye que “si la conciliación fuere parcial, el juicio continuará en cuanto a las peticiones no comprendidas en el acuerdo. Si no la hubiere, proseguirá el juicio”. En el ámbito del derecho colectivo de trabajo, la conciliación se establece ya como todo un proceso, regulado en los Artículos del trescientos ochenta y cuatro al trescientos ochenta y nueve, trescientos noventa y tres, trescientos noventa y cuatro y trescientos noventa y cinco de dicho código. En el mismo se conforma un tribunal de conciliación, cuya función principal es proponer a las partes fórmulas equánimes de solución. Para ello dicho tribunal cita a las partes a una junta conciliatoria. Dos horas antes de la hora fijada para la misma, el tribunal de conciliación escucha en forma separada a cada una de ellas para establecer en forma clara cuál es la pretensión de cada una de ellas. Luego de ello deliberará y llegada la hora de la comparecencia propondrá a las partes los medios o bases de arreglo que estime convenientes. Si se llegare a un acuerdo, se dejará constancia de la misma en un convenio que será firmado por las partes y el tribunal. Sin embargo las bases, fórmulas o medios propuestos por el tribunal no son de aceptación obligatoria para las partes, por lo que si las mismas o

una de ellas no esta de acuerdo con estas, podrá rechazarlas. Es de hacer notar que en el ámbito de la conciliación, tanto en el procedimiento ordinario como en el derecho colectivo, los Artículos, la redacción y el texto del Código de Trabajo vigente en relación con el decreto trescientos treinta del Congreso de la República de Guatemala, se basa sobre políticas de solución alternativa de conflictos .

- **Derecho penal.** En el ámbito penal, el antecedente mas remoto de la conciliación, es el Código de Procedimientos Penales. En el mismo se regula de manera bastante limitada a la conciliación, ya que se aplica únicamente para los delitos de injuria y calumnia, o sea los delitos cuyo bien jurídico tutelado es el honor de las personas. Dicha figura se encuentra regulada en el libro V que contiene los procedimientos especiales, específicamente en el Artículo ochocientos diez, establece que “el juez, para darle curso a la querrela por injuria o calumnia contra particulares, dispondrá, en la misma providencia en que se mande ratificar el escrito respectivo, se cite al acusado con el objeto de procurar en el propio acto la conciliación”; y sólo en el caso de quedar ésta sin efecto, dará curso a aquella. En el siguiente ordenamiento legal, en orden de vigencia, no se obtuvieron mayores avances en materia de la conciliación, ya que la misma se siguió limitando únicamente para los delitos que se cometan en contra del honor de las personas. Es de hacer notar, que en este código no se menciona como en el anterior, de manera expresa que la conciliación solamente puede aplicarse a los delitos de injuria y calumnia, pero si establece que la conciliación no aplicará a los delitos perseguibles de oficio lo cual al final crea el mismo efecto, en virtud de que dichos delitos solamente agregándole a la difamación, son los que pueden perseguirse por dicha vía. Dicha disposición se encontraba en el apartado de las disposiciones finales y complementarias, Artículo ochocientos once de dicho ordenamiento legal, el cual copiado textualmente indica: “Conciliación. En los procesos por delitos perseguibles a instancia de parte, el juez de primera instancia en la resolución inicial del proceso, señalará audiencia para una junta de conciliación, en la cual procurará el avenimiento de los interesados. Si a dicha junta no asistiere cualquiera de éstas, se tendrá por no aceptada la conciliación”. En el actual código vigente, ya aparecen avances en cuanto a la

aplicación de la conciliación en el derecho penal y muy especialmente, aparece ya regulada la mediación como un método alternativo para la solución de conflictos. Para tal efecto es necesario remitirse al libro primero, disposiciones generales capítulo segundo referente a la persecución penal, sección primera, acción penal. En dicho apartado aparece el Artículo veinticinco ter que copiado en forma textual establece que: “Formulada la solicitud por parte del Ministerio Público o por el síndico municipal, o por el agraviado o el imputado o su defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de paz citará a las partes, bajo apercibimiento de ley, a una audiencia de conciliación. Presentes las partes, el juez explicará el objeto de la audiencia procediendo a escuchar, en su orden, al fiscal o auxiliar fiscal o síndico municipal, a la víctima o agraviado y al imputado. El juez debe obrar en forma imparcial, ayudando a las partes a encontrar una solución equitativa, justa y eficaz, para propiciar la solución del conflicto. Su función es la de ser un facilitador en la comunicación y el diálogo constructivo entre las partes. Las partes podrán ser asistidas por sus abogados. Si se llegare a un acuerdo, se levantará acta firmada por los comparecientes. Si no hubiere acuerdo, se dejará constancia de ello y continuará la tramitación del mismo. En el acta de conciliación se determinará las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplará la reparación del daño y el pago de los perjuicios si hubiere lugar a ello, señalando, si así se hubiere acordado, el plazo para su cumplimiento y la constitución de las garantías necesarias. La certificación del acta de conciliación tendrá la calidad de título ejecutivo para la acción civil. Si el Ministerio Público considera que es procedente el criterio de oportunidad y la víctima no aceptare ninguna de las fórmulas de conciliación propuestas podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado”. Es importante analizar el presente Artículo, ya que el mismo contiene la siguiente contradicción: En la parte final del párrafo segundo, dicho Artículo establece que la función del juez en la conciliación, es ser facilitador de la comunicación y el diálogo entre las partes, lo cual sería contradictorio en cuanto a las características de dicha figura jurídica pues la doctrina establece que en la conciliación el conciliador que en este caso es el juez, tiene como función la de proponer fórmulas ecuanímes a las partes para la solución del conflicto y no solamente un facilitador de la comunicación, ya que en este caso la

figura sería la de la mediación, pero en el párrafo final del citado Artículo se establece que si la víctima no aceptare ninguna de las fórmulas de conciliación propuestas, podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado. Como consecuencia de lo anterior, en la parte citada dicha norma incluye la característica principal de la conciliación, o sea la proposición de fórmulas ecuanímes para la solución del conflicto, pero dicha disposición es contradictoria con la parte final del párrafo segundo, ya que el conciliador o es un órgano cuya función es la de proponer fórmulas ecuanímes de conciliación o la de facilitar la comunicación entre las partes, ya que en el caso de que se aplique una u otra función, cambiaría la figura jurídica aplicable sería conciliación o mediación, sin embargo aunque haya contradicción, al incluirse la característica principal de la conciliación en dicho Artículo, queda claro que es ésta la figura que contempla dicha norma jurídica. El siguiente Artículo es el que establece la figura de la mediación, el cual se transcribe en forma textual: Artículo veinticinco Quater: Mediación. Las partes, solo de común acuerdo, en los delitos condicionados a instancia particular, en los de acción privada, así como aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, excepto el numeral sexto del Artículo veinticinco, con la aprobación del Ministerio Público o del síndico municipal, podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de los juzgados de primera instancia penal correspondientes, integrados por personas idóneas, nativas de la comunidad o bajo dirección de abogado colegiado capaces de facilitar acuerdos y, una vez obtenidos los mismos, se trasladará un acta suscrito al Juez de Paz para su homologación, siempre que no viole la Constitución o Tratados Internacionales de Derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de título ejecutivo al convenio suficiente para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales. En el presente Artículo, es necesario resaltar que se avanza en cuanto a la utilización de las figuras de la conciliación y la mediación, principalmente porque las mismas no se usan solamente para los delitos de acción privada, como en los códigos que le precedieron, sino que también se aplica para los delitos en los que se puede aplicar el criterio de oportunidad, lo cual amplía el campo de acción de dichas figuras, ya que de conformidad con el Artículo

veinticinco del Código Procesal Penal vigente, que regula lo referente al criterio de oportunidad, también se incluyen en la aplicación de la mediación y de la conciliación, los delitos no sancionados con pena de prisión, los de acción pública cuya pena máxima no sea mayor de cinco años de prisión, en los delitos donde el sindicado ha contribuido en forma mínima para la perpetración del delito y en aquellos donde el inculcado se ha visto afectado directa y gravemente por las consecuencias del delito que cometió. Otro aspecto muy importante que regula el Artículo veinticinco Quater, es el establecimiento de centros de conciliación o mediación para que las partes comparezcan a los mismos para solventar sus conflictos, lo cual descongestiona en gran manera el trabajo del organismo judicial, pues el mismo solamente interviene, en el caso de un acuerdo, por medio de los jueces de paz homologando el convenio suscrito por las partes.

- **Derecho civil y mercantil.** En este ordenamiento legal, especialmente en el juicio ordinario, se le dio a la conciliación bastante importancia, ya que el juez tenía la obligación de convocar a conciliación a las partes en la misma providencia donde le daba trámite a la demanda, e incluso tenía la facultad de convocar a una junta conciliatoria a las partes en cualquier estado del proceso, es más, si a la primera junta no comparecían las partes, el órgano jurisdiccional podía convocar a una segunda. Lo anterior se encuentra regulado en el título tercero de las disposiciones comunes a todos los juicios. Capítulo uno de las disposiciones generales, en los Artículos del ochenta y tres al ochenta y siete de dicho ordenamiento legal, los cuales se transcriben textualmente: Artículo ochenta y tres. En la misma providencia en que se tramita una demanda, el Juez citará a conciliación a las partes procurando un avenimiento entre ellas. Artículo ochenta y cuatro. Los tribunales tienen, además, facultad de llamar a los litigantes, de oficio o a petición de parte, a una conciliación, cuantas veces lo consideren oportuno durante la sustanciación del juicio. Si ambas partes no concurrieren a la junta, se les citará de nuevo y si tampoco asisten, quedará por entonces sin efecto la conciliación. Artículo ochenta y cinco. En las juntas de conciliación los tribunales se abstendrán de externar su opinión sobre el asunto, que se debate o sobre sus incidencias. Artículo ochenta y seis. La diligencia

de conciliación no interrumpe el curso del juicio. Artículo ochenta y siete. Si los litigantes llegan a un avenimiento se levantará acta firmada por el jefe del tribunal, por las partes o sus representantes debidamente facultados para transigir y por el secretario. A continuación el juez declarará terminado el juicio y mandará anotar de oficio el acta, según el caso, en los registros respectivos. De manera especial, también se utilizaba a la conciliación en el juicio de menor cuantía que en dicha ley se tramitaba en el procedimiento ordinario. En dicho procedimiento, también podía conciliarse en cualquier estado del juicio. Dicha disposición se encontraba en el libro segundo, título cuarto, del juicio ordinario de menor cuantía, específicamente en el Artículo quinientos veintinueve. En el libro segundo del decreto ley ciento siete Código Procesal Civil y Mercantil se encuentran regulados los procesos de conocimiento, título primero del juicio ordinario, capítulo primero de la preparación del juicio, sección primera de las disposiciones generales, de la ley vigente, también se utiliza la conciliación como un método alternativo para la solución de conflictos, la cual puede utilizarse así mismo en cualquier estado del proceso, con la diferencia específica de que en el anterior código, además de que también podía utilizarse en cualquier estado del proceso, se ordenaba de que en la resolución que le diera trámite a la demanda se convocará a las partes a una junta conciliatoria de manera obligatoria, lo cual no se establece en el código vigente. En la presente ley, ya no se tramitan los asuntos de menor cuantía en juicio ordinario sino en el juicio oral. Y en este proceso, se estableció el uso de la conciliación como método alternativo para la solución de conflictos, de manera obligatoria en todos los asuntos que se tramitan en dicha vía, ya que en la primera audiencia que se fije en dicho juicio, el juez actuará como órgano conciliador tratando de dar fin a la controversia, por medio de dicha figura jurídica. Dicho procedimiento se encuentra regulado en el título segundo que establece lo relativo al juicio oral.

- **Derecho de familia.** En el ámbito del derecho de familia, no existe antecedente en el ordenamiento jurídico, solamente el actual decreto. En el capítulo tercero que regula los procedimientos, Artículo once, se establece que la conciliación es una

diligencia que debe llevarse a cabo de manera obligatoria para tratar de lograr, por este medio, dar fin a la controversia.

Es importante resaltar que en el presente tema se está analizando lo concerniente a la mediación, pero que tal mecanismo alternativo de resolución de conflictos no aparece ni aparecía en la legislación regulado ampliamente como tal, siendo la figura a fin la conciliación, toda vez que la función del Juez viene a ser la intervención del tercero que va a propiciar el ambiente adecuado para la solución del conflicto.

c) **La Conciliación.**

A continuación se analizarán los diferentes aspectos relevantes de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos que busca un avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones divergentes

1). Aspectos Generales.

Se ha introducido la conciliación como una respuesta de la justicia a los ciudadanos que esperan encontrar una solución rápida, efectiva y sobre todo acorde con sus intereses, cuando acuden a un despacho judicial.

Algunos aspectos del concepto de conciliación:

“Como acto: representa el cambio de puntos de vista, de pretensiones y propuestas de composición entre partes que discrepan. Como procedimiento: está integrada por trámites y formalidades de carácter convencional o de imposición legal para posibilitar una coincidencia entre los que tienen planteado un problema. Como acuerdo: representa la fórmula de arreglo concertado por las partes”⁴¹.

La conciliación y la mediación penal no está en su totalidad desarrollada y estudio a nivel latinoamericano no ha alcanzado lo necesario para su aplicabilidad. Es la

⁴¹ Highton, Elena; Alvarez, Gladis; Gregorio, Carlos; Resolución Alternativa De Disputas Y Sistema Penal. Página 6

conciliación y la mediación en materia civil y mercantil la que representa mayor investigación. Las razones responden a las diferencias que presenta en principio las relaciones existentes entre las partes al evidenciarse que en materia civil y mercantil si existe, una relación anterior entre las mismas, lo cual no es muy frecuente en materia penal.

2). Características de la conciliación.

A continuación se presentarán las características que debe de observarse en la conciliación.

- a). Bilateral: Es bilateral porque el acuerdo conciliatorio al que llegan las partes impone obligaciones a cada una de ellas.
- b). Onerosa: Generalmente la conciliación conlleva acuerdos y prestaciones patrimoniales para ambas partes o para una de ellas.
- c). Conmutativa: Porque las obligaciones que surgen del acuerdo conciliatorio son claras, expresas y exigibles; no admite obligaciones aleatorias o imprecisas.
- d). "Obligatoria: En el juicio ordinario laboral, pues aunque se confiera al juez de trabajo la facultad de intentar conciliar a las partes en cualquier etapa del proceso, sólo observa una etapa obligatoria en la que debe pronunciarse.⁴²"
- e). De libre discusión: Puede traer como culminación la celebración de un convenio entre las partes, que ponga fin al juicio, sí el avenimiento es en relación a todas las pretensiones demandadas por el actor y la celebración de un convenio que termine únicamente con lo avenido en el caso de que solo se hubiese conciliado sobre una parte de las pretensiones demandadas por el actor, en cuyo caso el trámite del juicio deberá continuar sólo sobre aquellas pretensiones en relación a las cuales no existió acuerdo.
- f). Acto nominado: Porque existen normas claras y precisas que regulan la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos que la diferencian de otras como la mediación o la amigable composición.

⁴² Franco López, Landelino. Manual De Derecho Procesal Individual. Pág. 133

- g). Libertad de acceso: La conciliación es una figura que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, por ello cualquier ciudadano puede acudir a la conciliación como una alternativa para solucionar sus conflictos. Las personas pueden acudir libremente a un centro de conciliación, ante un funcionario público habilitado por la ley para conciliar o ante un notario para solicitar una conciliación.
- h). Efectividad. Una conciliación tiene plenos efectos legales para las partes. El acta de conciliación se asimila a una sentencia judicial porque el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y el acta presta mérito ejecutivo.
- i). Control del procedimiento y sus resultados: En la conciliación las partes deben colaborar para construir la solución del conflicto y, por esa razón, las partes controlan el tiempo del procedimiento y sus resultados.
- j). “Voluntaria: La conciliación es una figura eminentemente voluntaria donde las partes son las protagonistas del manejo de la audiencia de conciliación y el acuerdo logrado es resultado de una negociación facilitada por el conciliador.”⁴³
- k). Mejora las relaciones entre las partes: La conciliación no produce ganadores ni perdedores, ya que todas las partes deben ser favorecidas por el acuerdo que se logre, por ello la conciliación facilita la protección y mejora las relaciones entre las personas porque la solución a su conflicto fue construido entre todos. En la conciliación las partes fortalecen sus lazos sentimentales, de amistad o laborales.
- l). Confidencialidad: En la conciliación la información que las partes revelan en la audiencia de conciliación es confidencial o reservada, así, ni el conciliador ni las partes podrán revelar o utilizar dicha información en otros espacios.
- m). Judicial: La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial.
- n). Extrajudicial: La conciliación es extrajudicial si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

⁴³ Rojina Villegas, Rafael. Introducción Al Estudio Del Derecho. Pág. 20

3). Concepto de conciliación.

La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

Conciliador es el tercero imparcial que tiene parte activa en el proceso, quien dirige y orienta a las partes, previo conocimiento pleno de la situación de conflicto y puede, a la vez, proponer fórmulas de arreglo.

La conciliación es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o determinado como conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

Además de las personas en conflicto, esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial llamado conciliador que actúa, siempre habilitado por las partes, facilitando el diálogo entre ellas y promoviendo fórmulas de acuerdo que permitan llegar a soluciones para ambas partes.

Desde una perspectiva diferente, además de ser un procedimiento, la conciliación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes.

De esta manera, la visión de la conciliación como institución jurídica la enmarca dentro de una nueva forma de terminación de procesos judiciales que actúa con independencia y autonomía de este trámite y que consiste en intentar ante un tercero neutral un acuerdo amigable que puede dar por terminadas las diferencias que se presentan. Se constituye así esta figura en un acto jurídico, por medio del cual las partes en conflicto se someten antes de un proceso o en el transcurso de él, a un

trámite conciliatorio con la ayuda de un tercero neutral y calificado que puede ser el juez, otro funcionario público o un particular a fin de que se llegue a un acuerdo que tendrá los efectos de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo.

Es importante detenerse en los efectos del acuerdo conciliatorio con el fin de hacer claridad sobre sus alcances: en primer lugar, el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, es decir que los acuerdos adelantados ante los respectivos conciliadores habilitados por ley, aseguran que lo consignado en ellos no sea de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. El efecto mencionado busca darle certidumbre al derecho y proteger a ambas partes de una nueva acción o una nueva sentencia, es la renovación de la autoridad del acuerdo conciliatorio que al tener la facultad de no volver a ser objeto de discusión, anula todos los medios de impugnación que puedan modificar lo establecido en él.

En general la conciliación se presenta como una oportunidad que la ley otorga a las partes para que restablezcan sus ánimos a través de una figura que puede ser de carácter judicial o extrajudicial y a la que voluntariamente se someten a raíz de un conflicto con el fin de darle existencia a un acto siempre que los derechos sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.

Se puede decir que la conciliación es una manera de resolver directa y amistosamente los conflictos que surgen de una relación contractual o que involucre la voluntad de las partes, con la colaboración de un tercero llamado conciliador, de esta manera se da por terminadas sus diferencias, suscribiendo lo acordado en un acta conciliatoria.

4). Ventajas de la Conciliación.

Dentro del proceso de conciliación se pueden observar las siguientes ventajas para las partes en conflicto.

- Libertad de acceso: La conciliación es una figura que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, por ello, cualquier ciudadano puede acudir a la conciliación como una alternativa para solucionar sus conflictos. Las personas pueden acudir libremente a un centro de conciliación, ante un funcionario público habilitado por la ley para conciliar o ante un notario para solicitar una conciliación.
- Satisfacción: La gran mayoría de las personas que acuden a la conciliación quedan satisfechas con el acuerdo toda vez que el mismo es fruto de su propia voluntad. La mejor solución a un conflicto es aquella que las mismas partes han acordado.
- Efectividad: Una conciliación tiene plenos efectos legales para las partes. El acta de conciliación se asimila a una sentencia judicial porque el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y el acta presta mérito ejecutivo.
- Ahorro de tiempo: Mediante la conciliación las personas solucionan sus conflictos de una forma más rápida en comparación con la duración de los procesos judiciales en Guatemala. La conciliación tiene la duración que las partes establezcan de común acuerdo con el conciliador, por lo general las conciliaciones se desarrollan en una sola audiencia lo que se traduce en una justicia con celeridad.
- Ahorro de dinero: Teniendo en cuenta que la conciliación es un procedimiento rápido, las partes se ahorran los costos que implica un largo proceso judicial. En la conciliación las partes pueden o no utilizar los servicios de un abogado, dependiendo de la persona o institución que las partes acudan se puede o no cobrar una tarifa para la conciliación que es significativamente menos costosa que un juicio.

- Control del procedimiento y sus resultados: En la conciliación las partes deben colaborar para construir la solución del conflicto y, por esa razón, las partes controlan el tiempo del procedimiento y sus resultados. La conciliación es una figura eminentemente voluntaria donde las partes son las protagonistas del manejo de la audiencia de conciliación y el acuerdo logrado es resultado de una negociación facilitada por el conciliador.
- Mejora las relaciones entre las partes: La conciliación no produce ganadores ni perdedores, ya que todas las partes deben ser favorecidas por el acuerdo que se logre, por ello la conciliación facilita la protección y mejora las relaciones entre las personas porque la solución a su conflicto fue construido entre todos, en la conciliación las partes fortalecen sus lazos sentimentales, de amistad o laborales.
- Confidencialidad: En la conciliación la información que las partes revelan en la audiencia es confidencial o reservada, así ni el conciliador, ni las partes podrán revelar o utilizar dicha información en otros aspectos.

5). Tratamiento de la conciliación en Guatemala.

El presente mecanismo de resolución alternativa de conflictos se encuentra regulado en la legislación Guatemalteca, ya que la misma lo trata en diversas ramas del derecho con el objetivo de darle celeridad a los procesos en los que se discute alguna contienda, En el derecho guatemalteco se encuentra la disposición del Artículo doscientos tres del Código Procesal Civil y Mercantil, relativa al juicio oral.

Dicho Artículo establece en su parte conducente:

“En la primera audiencia, al iniciarse la diligencia, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas equánimes de conciliación y aprobará cualquier forma de arreglo en que convinieren, siempre que no contraríe las leyes”.

Por su parte, el párrafo segundo del Artículo treientos cuarenta del Código de Trabajo establece:

“Contestada la demanda y la reconvención si la hubiere, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuanímes de conciliación y aprobará en el acto cualquier fórmula de arreglo en que convinieren, siempre que no se contraríen las leyes, reglamentos y disposiciones aplicables”.

En materia de juicios de familia, el Artículo once de la Ley de Tribunales de Familia, atribuye al juez la obligación de llevar a cabo la diligencia de conciliación. A la vez obliga al juez para que, en forma personal, utilice todos los medios de convencimiento que estime adecuados para lograr el avenimiento de las partes.

Las diversas normas antes indicadas desarrollan esta figura de carácter procesal que conlleva una actuación del Juez de Conciliador, con la finalidad de evitar el proceso tedioso y oneroso que se da al evacuar todas las fases de un proceso en los tribunales de justicia.

6). Tipos de Conciliación.

La conciliación se puede clasificar de diferentes formas dependiendo del ámbito, tiempo y materia en la cual se aplique por lo tanto a continuación se hace mención de la clasificación de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

“Atendiendo al acuerdo al que hayan llegado las partes:

- Conciliación parcial. La que conlleva un acuerdo parcial sobre un porcentaje o extremos de la totalidad del conflicto planteado.
- Conciliación total. Cuando se alcanza un acuerdo en la totalidad del asunto planteado.
- “Atendiendo a que si la conciliación se haya realizado dentro o fuera del juicio
- Conciliación extrajudicial. Es la que se da fuera del proceso entre las partes en contienda.

- Conciliación judicial. Esta surge al momento de estar en litigio en un órgano jurisdiccional y ante el juzgador llegar a una conciliación con la finalidad de evitar el proceso y llegar a una sentencia”⁴⁴

Otra clasificación de la conciliación, según el autor Ricardo Li Rosi, puede ser:

“Por la iniciativa para su celebración:

- Conciliación facultativa: se adelanta por iniciativa de las partes
- Conciliación obligatoria: el trámite se desarrolla en atención a un mandato legal.

Por el resultado del trámite:

- Conciliación total: el acuerdo conciliado comprende la totalidad de las materias en disputa;
- Conciliación parcial: comprende únicamente algunos aspectos discutibles;
- Conciliación fracasada: cuando no se logra acuerdo sobre ningunos de los puntos discutidos.”⁴⁵

En relación a las distintas clasificaciones que puede tener la conciliación, para el desarrollo de este trabajo es importante destacar únicamente la extrajudicial y la judicial, ya que las demás resultan de la forma en que culminan las primeras.

Conciliación extrajudicial

Suele llamársele a la vez conciliación pre-procesal, porque busca solucionar el conflicto antes de llegar a la esfera judicial. Se trata aquí de observar la actuación de fórmulas compositivas en virtud de la gestión que encaminan conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalizados.

De conformidad con el derecho comparado, la conciliación extrajudicial puede presentarse de distintas formas. A veces se impone como condición prejudicial y es

⁴⁴ López Caal José Francisco. Conciliación Y Arbitraje.

⁴⁵ Li Rosi, Ricardo. Resolución Alternativa De Disputas. Santo Domingo, República Dominicana. Pág.9

obligatoria en cierto tipo de cuestiones y procesos. En otros casos, la conciliación extrajudicial es eminentemente facultativa para las partes en conflicto.

La conciliación que realizan los inspectores de trabajo, se considera extrajudicial, pero el conciliador debe cumplir ciertos requisitos tales como estar acreditado como conciliador, y solo a solicitud del empleador y trabajador puede conciliar en las inspecciones especiales que realice.

Si se llegara a un acuerdo, la autoridad administrativa refrendará el acta e inmediatamente se constituirá en título ejecutivo. Podría darse el caso que el inspector de trabajo no tenga la acreditación de conciliador y las partes, empleado y empleador quisieran conciliar, ésta se podrá realizar ante el conciliador del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Dicha acta tiene que ser refrendada por la autoridad administrativa, la que se constituirá en título ejecutivo.

En Guatemala las conciliaciones laborales pueden realizarse ante la Sección de conciliaciones del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, la cual está a cargo de un cuerpo de inspectores de trabajo que se encarga de atender las demandas administrativas laborales, que interponen trabajadores por despido, cesación de contrato, o conclusión de relación laboral.

“La misión de esta sección es eminentemente conciliatoria, con base a los preceptos legales aplicables, y concientización hacia las partes a efecto que establezcan un consenso en la equidad de derechos y obligaciones de relación laboral, aplicando la ley laboral.

Su visión, establecer en las regiones de Guatemala, en el desempeño, ambientes de equidad y respeto por la integridad social, dignificando la vida humana. Y su objetivo,

solucionar los problemas, que originan las demandas administrativas laborales interpuestas, por despido o finalización de contrato.⁴⁶”

Conciliación judicial

Dentro de la conciliación judicial, existen diversos sistemas, entre los se pueden mencionar:

- **Facultativa:**

La conciliación se lleva a cabo siempre y cuando así lo considere conveniente el juez o lo soliciten las partes. En la legislación guatemalteca se encuentra el Artículo noventa y siete del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual es aplicable tanto a los juicios ordinarios como sumarios. Dicho Artículo establece en su parte conducente que: Los tribunales podrán de oficio o a instancia de parte, citar a conciliación a las partes, en cualquier estado del proceso. Si las partes llegan a un avenimiento se levantará acta firmada por el juez o presidente del tribunal, en su caso, por las partes o sus representantes debidamente facultados para transigir y por el secretario.

- **Obligatoria:**

En este sistema existe una fase obligatoria de conciliación a partir de la cual el juez, por disposición de la ley, debe convocar a las partes a una fase de conciliación.

7). Aplicabilidad y Utilidad en Guatemala.

Como primer aplicabilidad de la conciliación en Guatemala se puede citar las normas de derecho canónico que no son ajenas a la historia de Guatemala, pues han influido de diversas formas en ciertas instituciones, se tiene que desde el Código que rigió en el siglo diecinueve hasta la aparición del Código de mil novecientos diecisiete y el reformado con el concilio de aparición en el año mil novecientos ochenta y tres, se han consagrado en la actualidad mediante el canon mil cuatrocientos sesenta y seis en que textualmente se establece: “al comenzar el litigio, y en cualquier otro

⁴⁶ Ministerio De Trabajo Y Previsión Social. Gobierno De Guatemala. Inspectoría Y Sus Funciones. 2007

momento siempre que abrigue alguna esperanza de éxito el juez no dejará de explorar y ayudar a las partes, para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr ese fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadores”.

“Existieron en la época colonial española los consulados de comercio dentro de los cuales podemos destacar los de Lima, México y Guatemala, establecidos en mil setecientos noventa y tres, Cartagena de Indias en mil setecientos noventa y cinco, contemplaron dentro de sus principales funciones las de servir de tribunales especializados para la resolución de diferencias y pleitos de los comerciantes y los asuntos de comercio.

Los primeros antecedentes en Guatemala se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento del Código de Comercio español de mil ochocientos veintinueve, que estuvo vigente hasta la promulgación del Código de Comercio de Guatemala del veinte de julio de mil ochocientos setenta y siete. El título sexto de la Ley de Enjuiciamiento del Código de mil ochocientos veintinueve contiene el juicio arbitral que establece, en su Artículo doscientos cincuenta y dos, “Toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida al juicio de árbitro”. En el Artículo doscientos ochenta y ocho regula el arbitraje de derecho, y en el Artículo doscientos noventa y seis expone que “Los comerciantes podrán también comprometer la decisión de sus contiendas en amigables componedores.

Estos registros históricos son básicamente referentes al arbitraje, es con esta ley que se dan los primeros acontecimientos realizados para la resolución de conflictos en Guatemala.

d) El Arbitraje.

Es un método de resolución que tiene lugar cuando no ha sido posible alcanzar arreglo a través de la negociación directa y/o la negociación asistida. Para que esa intervención sea posible, paradójicamente las partes en conflicto deben llegar al

acuerdo de solicitar el arbitraje y una vez hayan decidido quién será el Arbitro depositan en él o ella la responsabilidad de tomar las decisiones que no fueron capaces de acordar.

1). **Concepto de Arbitraje.**

“El Arbitraje es un proceso en el que el árbitro es un designado por las partes y este puede ser un juez, un alcalde, un líder religioso, no revestido de sus atribuciones públicas. Así sus funciones serán las de escuchar las pretensiones de las partes y las pruebas que las sustentan, para luego emitir una sentencia o resolución que debe ser acatada por ellas”⁴⁷.

A diferencia de las instancias jurisdiccionales, donde las partes no intervienen para decidir quién será el o la juez(a) y las resoluciones están fundadas en normas de derechos positivo y se orientan hacia la sanción; el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos cimienta las resoluciones en criterios derivados de las consideraciones formuladas por las partes y se orienta a restituir o reparar la situación teniendo como principio la equidad.

Mario Jaramillo define el arbitraje como “Un mecanismo que permite resolver conflictos presentes y futuros mediante la voluntad de acatar la decisión de un tercero, solicitado y consentido por las partes”⁴⁸.

Como referencia en el caso de Colombia por medio del Ministerio de Justicia y del derecho considera al arbitraje como “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, señala que el arbitramento es un mecanismo de resolución de conflictos por medio del cual las personas envueltas en un conflicto lo resuelven a través de la decisión tomada por un Tribunal de Arbitramento compuesto por un tercero llamado

⁴⁷ Ortega Pinto, Herbert David. Guía Para El Análisis Y Mediación En La Resolución De Conflictos (Cómo Ayudar A Transformar Conflictos En Relaciones De Cooperación). Guatemala, Iripaz/Oez, 1995, P31.

⁴⁸ Jaramillo Mario, Justicia Por Consenso. Introducción A Los Sistemas Alternos A La Solución De Conflictos. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996. Pág. 38

árbitro. Este tercero es un particular. La decisión de un Tribunal de Arbitramento se asimila a la sentencia de un Juez y se denomina laudo arbitral”⁴⁹.

Roberto Valdés Sánchez define el arbitramento como “el procedimiento por medio del cual las partes, haciendo renuncia expresa a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la justicia ordinaria, se comprometen a resolverlas a través de la decisión de uno o más árbitros siempre en número impar, por medio de un laudo proferido en derecho, en conciencia o fundado en principios técnicos, el cual tiene el efecto de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo”⁵⁰.

“El arbitraje consiste en la solución de un conflicto por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinario en el conocimiento de dicha cuestión, los cuales, sin embargo, conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros conflictos distintos de aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral”⁵¹.

En algunas legislaciones latinoamericanas se define como un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los

⁴⁹ Ministerio De Justicia Y Del Derecho, Mecanismos Alternativos De Solución De Conflictos. Santafé De Bogotá D.C., Julio De 1998. Pág. 16

⁵⁰ Valdés Sánchez Roberto, La Transacción . Editorial Temis, Bogotá. Pág. 32

⁵¹ Benetti Salgar Julio. El Arbitraje En El Derecho Colombiano, Segunda Edición, Santa Fe De Bogotá, Editorial Temis 2001.

árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

Del arbitraje es importante señalar que el pacto arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso. En donde la cláusula compromisoria es el pacto contenido en un contrato, o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral.

El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral.

En las definiciones antes propuestas se observa que siempre se hace referencia a que la función del tercero (árbitro), es la de decidir. Es así que en el arbitraje la negociación no tiene aplicación alguna. Sin embargo podría presentarse negociación en el compromiso, pues ante la existencia de un conflicto, las partes deben acordar que éste será resuelto mediante la figura del arbitraje, y adicionalmente deben ponerse de acuerdo en cuanto a los árbitros que van a decidir.

2) Naturaleza Jurídica del Arbitraje.

Para la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje es fundamental el estudio de las siguientes doctrinas:

a) **Doctrina contractual:** toma en cuenta la voluntad de las partes al constituirlo en la designación de los árbitros, se le asigna al arbitraje el carácter contractual y por ende privado. Se afirma que el compromiso arbitral tiene origen a priori o a posteriori en un contrato. El origen arbitral deriva del principio de la autonomía de la voluntad. Bajo esta óptica entran en juego las normas y principios relacionados con el negocio jurídico. El objeto, por ende, debe ser lícito, determinado y posible; la manifestación

de voluntad libre de vicios del consentimiento como el error, dolo, violencia y coacción. Esta doctrina es la más apegada a los principios modernos del arbitraje.

Rafael Gutiérrez en lo relacionado con la naturaleza jurídica del arbitraje señala: “En su criterio, el arbitraje es una forma de heterocomposición por el cual cuando alguien, en unión de su contendiente, llama al tercero y se compromete a aceptar y quedar ligado por el resultado que este tercero proclame como dirimente entre ellos, entonces se está rigurosamente ante la figura del arbitraje; pero ello no supone que el arbitraje sea un proceso ni que el árbitro sea un juez, porque el origen de la intervención del procedimiento encausado obedece al concierto de voluntades destinadas a producir efectos jurídicos”⁵².

En tal sentido, no existe inconveniente alguno en tomar en consideración al arbitraje como un pacto o como un contrato. Su sede propia será, la regulación de los contratos dentro del derecho civil.

b) **Doctrina jurisdiccional:** expresa que el arbitraje tiene el carácter de juicio y por ende tiene naturaleza jurisdiccional. Expresa que si bien el arbitraje deriva de un contrato, los árbitros desempeñan funciones de juez y como tal son independientes y autónomos y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley. Desempeñan los árbitros funciones jurisdiccionales y sus resoluciones tiene el carácter de verdaderas sentencias.

El arbitraje voluntario constituye una manifestación de la justicia privada. Por efecto de esa convención la jurisdicción de derecho común experimenta una prórroga convencional hacia los árbitros. Ello se traduce en una completa sustitución de la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes pero reconocida y estimulada por el Estado.

c) **Doctrina mixta:** entre las dos doctrinas contractualista y jurisdiccionalista, se ha situado una tercera, que opone a la primera la objeción de no tomar en cuenta que el

⁵² Gutiérrez, Rafael. El Arbitraje En Guatemala, Pág. 35

laudo sin el efecto ejecutorio no es sentencia, ya que le falta la eficacia ejecutoria, sino también y sobre la calidad de obligatoria, y que objeta a la segunda que no distingue entre intensidad y naturaleza de la función desplegada por los árbitros, ya que, de esa forma el poder de ellos sería menos que el de los jueces ordinarios. Por lo tanto, los árbitros tienen la potestad como la ley lo reconoce de ejercer jurisdicción por una concesión muy especial y temporal del Estado, y por ende pueden emitir una resolución con efectos idénticos a una sentencia que se denomina laudo.

El autor Rafael Gutiérrez señala que: “Existe cierta identificación entre el laudo y la sentencia, porque quienes lo emiten recorren idénticos caminos, en el sentido del raciocinio del juicio lógico y proposicional; sin embargo, tal similitud no supone la asignación de jurisdicción porque el laudo por sí solo no tiene ejecutoriedad”⁵³.

La composición de la litis obtenida mediante el arbitraje no tienen carácter público, aunque puede adquirirlo mediante la ejecutoriedad del laudo pronunciado por el pretor, por eso el arbitraje se considera como un subrogado procesal.

De tal manera que, esta doctrina señala que el arbitraje es una institución que debe caer dentro de la órbita del derecho jurisdiccional, pero deriva de una relación contractual.

Posición de la legislación guatemalteca

Todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, que mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado convenio arbitral, confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente, por ellas mismas. Este negocio jurídico tiene por objeto el establecimiento de un medio de arreglo de diferencias jurídicas. Consecuencias del mismo serán la sumisión de la controversia a un órgano no judicial, la conclusión de una relación contractual con éste y la aceptación por las partes de la decisión obligatoria mediante la cual se pone fin a la controversia.

⁵³ Gutiérrez, Rafael. El Arbitraje En Guatemala, Pág. 35

Como el proceso arbitral no tiene posibilidades de emitir por sí mismo providencias cautelares, ni de ejecución, el ámbito de su desarrollo sería el de un proceso o juicio de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas.

Como se debaten conflictos, ese procedimiento será contencioso.

Los árbitros no integran ninguna organización estatal; por tanto, sus integrantes no son auxiliares de la justicia, ni funcionarios públicos.

Tiene fundamento contractual porque depende del consentimiento de ambos contratantes, o del acuerdo concertado al efecto. Esa libertad tiene límites provenientes del orden público basado en ciertas materias que devienen incompatibles y no pueden someterse a arbitraje.

En Guatemala, el arbitraje estaba regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil como un juicio de conocimiento y por ende se seguía la doctrina jurisdiccional. El Decreto 67- 95 de la Ley de Arbitraje se inclina más por la tesis contractual, porque parte del compromiso arbitral para determinar toda su regulación.

3). Teorías del Arbitraje.

- Arbitraje Voluntario o Facultativo; El arbitraje puede resultar de un acuerdo entre las partes, en este caso hablamos de un arbitraje voluntario o convencional, o por el contrario, puede ser obligatorio por disposición expresa de la ley, encontrándonos con un arbitraje forzoso, legal, necesario u obligatorio.

- Arbitraje Obligatorio o de Oficio; El arbitraje obligatorio se da en dos casos: el primero, cuando se establece una cláusula compromisoria en el contrato, que obliga a ambas partes a resolver cualquier conflicto que se presente por medio de un arbitraje, esta cláusula tiene origen en la voluntad de las partes, pero si se presenta el conflicto, quedan obligadas a someterse al arbitraje aunque en ese momento no tengan voluntad de hacerlo. El segundo supuesto ocurre cuando el arbitraje es obligatorio porque así lo establece la ley.

- Arbitraje Internacional e Interno El arbitraje se considera interno o doméstico cuando el mismo tiene lugar entre nacionales de un mismo estado en que se realiza, o que tienen su domicilio en el regulado entonces por sus leyes locales.

El arbitraje es internacional cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia, es decir, cuando una de las partes contratantes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el exterior.

- Arbitraje Ad-hoc y Arbitraje Administrativo; Esta clasificación adquiere gran interés dentro del arbitraje internacional, en donde las partes pueden determinar en el convenio arbitral, todos los aspectos relacionados con el arbitraje; o alternativamente a una organización arbitral permanente de las existencias en el mundo comercial internacional. Cuando se le atribuye el nombramiento de árbitros y el procedimiento ulterior a un organismo señalado nos encontramos ante un arbitraje institucional o administrativo, a diferencia del ad-hoc en donde esta posibilidad se le otorga a una o varias personas determinadas por las partes. “El optar por uno o por el otro sistema dependerá en última instancia de la voluntad de las partes y de lo que hayan expresamente señalado en el acuerdo arbitral”⁵⁴.

- Arbitraje de Derecho o Arbitraje de Equidad; El arbitraje de derecho es aquel en el que tanto la tramitación del proceso como el laudo arbitral se ajustan a lo dispuesto en las leyes procesales y sustanciales respectivamente. El nombramiento de esta clase de árbitros ha de recaer sobre personas que tengan conocimiento del derecho. En el arbitraje de derecho los árbitros deben desarrollar el proceso arbitral y solucionar el litigio aplicando el ordenamiento jurídico como lo haría un juez estatal, por su parte en el arbitraje de equidad, el árbitro falla el asunto tal y como lo haría un amigable componedor, es decir, mediante una decisión obligatoria, no necesariamente basada en una ley estatal, sino más bien en su personal sentido de justicia del caso concreto, y es precisamente por las características del arbitraje de equidad, que la honradez, probidad y rectitud de los árbitros resultan fundamentales,

⁵⁴ Rivera Neutze, Antonio. Curso En Florida Internacional University (Fiu) De: El Arbitraje Internacional Con Especialidad En El Mercosur. Miami. 2000.

ya que al fallar sin sujeción a reglas legales, sus actuaciones deben ajustarse a la equidad, prudencia y buena fe.

El Arbitraje Público y Arbitraje Privado; Este atiende a la calidad de los sujetos que intervienen en un proceso arbitral, el arbitraje público tiene por objeto el arreglo de los litigios entre estados como entidades soberanas, mediante jueces designados libremente y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas. El arbitraje privado en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares.

Clases de acuerdos de arbitraje.

- Institución Arbitral Permanente significa cualquier entidad o institución legalmente reconocida, a la cual las partes pueden libremente encargar, de conformidad con sus reglamentos y normas pertinentes, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros.

- Acuerdo de Arbitraje; es un contrato por medio del cual las partes manifiestan su libertad de diferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros originados en una relación contractual o en una situación de hecho a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria.

4). **Marco Normativo.**

La administración de justicia en Guatemala es lenta, también en muchos casos ciertas materias de derecho como mercantil y algunos otros casos de derecho civil, se requiere, de un conocimiento especializado por parte de los jueces, de tal manera que por ésta y algunas otras razones, no responde a las expectativas de la nueva era de apertura de mercados y globalización que se vive.

Estos requisitos de celeridad y especialización realmente no están siendo satisfechos por la jurisdicción ordinaria en forma general, tanto por razones endógenas como exógenas al Organismo Judicial, aunque debe de reconocerse que existe a menos

una preocupación por mejorar tal situación, se empieza a hablar en Guatemala de modernización y la generalización de la oralidad en la justicia civil.

No cabe duda que en Guatemala se vive desde hace ya unos largos años, la crisis del sistema judicial convencional.

El problema del sistema judicial en el país tiene una serie de manifestaciones externas, de las cuales se señalan: dificultad del ciudadano común para acceder a la justicia en procuración de una solución de conflictos, bajo nivel de preparación de los funcionarios judiciales, y personal de los tribunales de inmoralidad, irresponsabilidad, arbitrariedad y resoluciones ilógicas.

Regulación vigente en Guatemala

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, se encuentra en vigencia desde el 1 de julio de 1964, regulaba el proceso arbitral en el Libro Segundo de procesos de conocimiento, Título IV, Capítulo I del Artículo 269 al 293.

También, el Código Civil, Decreto Ley 106, en la Segunda Parte Título XXI, regulaba el contrato del compromiso del Artículo 2171 al 2177.

El régimen legal aplicable al arbitraje tenía una serie de normas y disposiciones que habían dejado de representar los avances más recientes en esta materia y, por ende, se habían transformado en verdaderos obstáculos para que las partes interesadas pudieran hacer uso efectivo y continuo del arbitraje.

Entre las normas y disposiciones que habían dejado de representar los avances mencionados, se tiene a nivel de ejemplo, el caso de la cláusula compromisoria, tal como estaba regulada, podía ser dejada de respetar fácilmente por una de las partes que la hubiera otorgado inicialmente; o bien, generaba grandes retrasos en apenas la iniciación del proceso arbitral.

Cuando ocurría el hecho que generaba el conflicto, era necesario otorgar un contrato de compromiso, pudiendo en esa instancia, una de las partes involucradas negarse a

hacerlo, lo cual implicaba la necesidad, de recurrir a los tribunales para poder decidir, primero, si era procedente el arbitraje, y luego formalizarlo judicialmente en rebeldía. Era necesario establecer un mecanismo para obligar a las partes a continuar el proceso en rebeldía.

Otro elemento importante era reconocerlo a los propios árbitros la potestad de decidir si son componentes o no para conocer a los procesos arbitrales. Esto no era permitido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Julio Benetti señala que: “Adicionalmente Guatemala, a través del Decreto Ley No. 9-84, del 30 de enero de 1984, y por Acuerdo de Adhesión a través del Acuerdo Gubernativo No.60-84 aprobó e incorporó a la legislación interna la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York, del 10 de junio de 1958. Asimismo a través del Decreto No. 35-86 del Congreso de la República de Guatemala, y ratificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores el 7 de julio de 1986, aprobó e incorporó al derecho interno la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o Convención de Panamá de 1975”⁵⁵.

Ambas convenciones van de la mano, la primera regula aspectos netamente sobre ejecución de laudos arbitrales de otros países signatarios, mientras que la segunda se refiere a normas adjetivas que dan reglas generales para la substanciación o tramitación de un arbitraje. Los expertos en la materia arbitral han reconocido que la Convención de Panamá sigue la filosofía y puntos de vista que encierra la Convención de Nueva York.

El autor Julio Benetti indica: “Puede decirse que Guatemala es, junto con Chile, Colombia, México, Panamá y Estados Unidos, los únicos que han incorporado estas convenciones a su ordenamiento jurídico interno”⁵⁶.

⁵⁵ Benetti Salgar Julio. El Arbitraje En El Derecho Colombiano, Segunda Edición, Santa Fe De Bogotá, Editorial Temis 2001.

⁵⁶ Benetti Salgar Julio. El Arbitraje En El Derecho Colombiano, Segunda Edición, Santa Fe De Bogotá, Editorial Temis 2001.

La adhesión y ratificación de Guatemala a estas Convenciones, había provocado a la vez, que la legislación netamente interna sobre arbitraje entraría abiertamente en contradicción con los procedimientos establecidos en las convenciones citadas.

5). Aplicación en Guatemala.

Las deficiencias en los arbitrajes institucionales de la legislación guatemalteca, consistían en que no se cumplía con el derecho regulado. Ello tenía un efecto nocivo en cuanto a permitir arbitrajes institucionales para los administrados por un centro o corte de arbitraje, ya que, en los arbitrajes de derecho no podía cambiarse la forma regulada en la legislación anterior, y quedaba la duda si era realmente factible modificar las reglas que pudieran aplicarse a un arbitraje de equidad.

Estas y algunas deficiencias que afectaban tanto la iniciación, diligenciamiento como ejecución de lo resuelto en un procedimiento arbitral, determinaron la necesidad de modificar la legislación interna aplicable a éstas formas alternativas de solución de conflictos entre particulares, no solo para acercarla y hacerla congruente con las convenciones internacionales, sino fundamentalmente con el propósito de contar en forma real y práctica con un método que hoy en día es frecuente utilizado por los comerciantes e inversionistas en sus contrataciones.

Constantemente en diversos foros y seminarios, se planteó por destacados juristas nacionales e internacionales la necesidad de implementar una nueva legislación sobre arbitraje.

CAPÍTULO III.

MARCO NORMATIVO DE LA LEY DE ARBITRAJE DE GUATEMALA.

1). Alcances normativos.

Gran parte de las normas establecidas en la legislación guatemalteca tratan de compensar la desigualdad que existe en los distintos ámbitos de ley, otorgándoles una protección jurídica a muchos actos, tal el caso de la Ley de Arbitraje, ya que su razón radica en poder resolver una serie de conflictos de cualquier índole a través de la mediación, cuyo fin es la celeridad de los procedimientos y el descongestionamiento del sistema de justicia. Ahora bien, si el arbitraje es un proceso de solución de controversias en que las partes contendientes presentan su caso a un intermediario o tercero (o un panel de árbitros) que examina todas las pruebas y luego toma una decisión para las partes; entonces la pregunta es en dónde se establece que la decisión puede ser vinculante; que puede existir un acuerdo de voluntades; ya que como el arbitraje generalmente no es tan formal como la decisión judicial; las reglas pueden ser alteradas en cierta medida, para satisfacer las necesidades de las partes.

La respuesta a la anterior pregunta es que la misma Ley de Arbitraje, establece un ámbito de aplicación aun cuando el conflicto sea de índole nacional o internacional y sin perjuicio de cualquier tratado o convenio vigente con Estados. Centrados en el ámbito nacional, debe aclararse que la Ley de Arbitraje implanta limitación para entrar a conocer como una institución y es específica al establecer que no puede realizarse arbitraje sobre toda acción o hecho que sea de conocimiento de un órgano competente, pero no instituye explícitamente que no se puede conocer o tener un arbitraje sobre hechos que en su origen puedan ser constitutivos de delitos, ya que el Artículo 3 indica ciertamente dichas limitantes, pero no refiere sobre esta materia. En cuanto a la seguridad que brinda el arbitraje es necesario señalar que el Artículo 10 de la Ley de Arbitraje, expone claramente que el resultado debe constar por escrito y que puede adoptar la forma de un compromiso garantía para las partes, pero es

sumamente importante señalar que las resultas del arbitraje establecen a un futuro incorporar por medio de la advertencia correspondiente que un contrato por incumplimiento o inconformidad pueda ser llevado a los tribunales correspondientes. Otra parte que es significativa analizar es la garantía sobre la efectividad del arbitraje y la imparcialidad para resolver de manera efectiva; ya que el nombramiento de los árbitros resulta de una decisión de las partes y de una tercera elección por medio de la participación de los seleccionados, aun cuando se debe tomar en cuenta que dicha selección dependiendo de la materia de arbitraje puede variar, pero el resultado es la misma garantía. Dentro del análisis crítico de la Ley de Arbitraje y del arbitraje como tal, debe indicarse que las mismas desventajas se derivan de las propias características de la ley como una institución de resolución de conflictos; toda vez que en muchas ocasiones el arbitraje resulta ser contradictorio, ya que no contribuye a crear soluciones beneficiosas para las partes o para mejorar las relaciones entre esas partes.

En muchas ocasiones un conflicto se intensifica, ya que da lugar a una resolución del conflicto, pero no aporta nada para que las partes se eduquen para resolver sus conflictos de manera más eficaz, aun cuando el Artículo 40 de la Ley de Arbitraje instituye las generalidades del laudo arbitral, el mismo en algún momento puede resultar siendo informal y potencialmente injusto, ya que sólo los tribunales, con sus procedimientos regulados cuidadosamente pueden proporcionar la justicia.

A continuación considera el autor necesario analizar la parte considerativa de la Ley de Arbitraje para comprender el objetivo que la misma pretende.

a) Que un gran número de Estados de la comunidad jurídica internacional, el desarrollo del arbitraje ha cobrado una significativa importancia como un medio alternativo para la resolución de conflictos, ya que dicho procedimiento no solo contribuye con el descongestionamiento de la pesada carga de los tribunales jurisdiccionales, sino que, además, ayuda a que los conflictos que son susceptibles de resolverse por este medio, sean resueltos realmente con celeridad y eficacia.

Comenta: Es necesario reconocer que la presente ley inicia su parte considerativa resaltando la importancia internacional del arbitraje, así como lo importante en el descongestionamiento de los órganos jurisdiccionales, reconociéndolo como un método alternativo de resolución de conflictos, pero lastimosamente no desarrolla otros métodos alternativos de resolución de conflictos, en lo cual se basa la presente investigación.

b) Que dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el régimen legal aplicable al arbitraje actualmente contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil contiene una serie de normas y disposiciones que han dejado de representar los avances más recientes en esta materia, y que por ende, se han constituido en verdaderos obstáculos para que las partes interesadas puedan usar efectiva y continuamente el arbitraje, no lográndose por ello los beneficios considerados anteriormente.

Comenta: En la segunda parte considerativa, es importante destacar el reconocimiento del retraso legislativo en los avances de implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, ya que en su momento se consideró que la legislación procesal civil vigente para entonces, no era lo suficientemente efectiva para la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos, tal y como lo es en el presente la ley de arbitraje vigente, ya que se ha evidenciado la necesidad de implementar nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos que efectivamente provean de formas equánimes y prontas de resolver conflictos en todos los ámbitos que no afecten el orden público o interés social sin limitaciones o restricciones desmedidas tal y como las que establece la Ley de Arbitraje vigente.

c) Que la sustitución del régimen legal aplicable en Guatemala al arbitraje, deviene no solo de la necesidad de modernizar las normas pertinentes para lograr los beneficios ya citados, sino que se hace también una necesidad a la luz de los tratados y convenciones internacionales en materia de arbitraje que la República de Guatemala ha suscrito y ratificado y que sí recogen las tendencias modernas en esta materia, haciéndose por ende imperioso lograr la adecuación de las normas internas

con las de origen internacional, para obtener un sistema armónico y progresista en materia de arbitraje.

Comenta: Tal y como se ha venido desarrollando en la presente investigación los métodos alternativos de resolución de conflictos son instituciones que han cobrado un auge impactante en la resolución de conflictos no solo a nivel estatal si no internacional, es por ello que varios Estados parte de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, han suscrito tratados de la materia, por lo tanto la modernización en la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos deviene en ser una necesidad nacional e internacional para no rezagarse en avances legislativos de métodos alternativos de resolución de conflictos que permitan resolver conflictos tanto en lo nacional como en lo internacional de forma eficaz, económica y con celeridad.

Ahora bien analizando el cuerpo legal el Artículo uno establece claramente el ámbito de aplicación, que textualmente establece: “La presente ley se aplicará al arbitraje nacional y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente del cual Guatemala sea parte”. Con esto queda plasmado el arbitraje tanto nacional como internacional que sea llevado a cabo en territorio guatemalteco, se encuentra sujeto a la normativa específica de la materia, independientemente a los tratados internacionales que se encuentren vigentes y que pueden establecer procedimientos específicos.

La ley guatemalteca en materia de arbitraje tiene una postura altamente restrictiva, tal como se expone a continuación, se restringe lo que podría ser una ventaja para desjudicializar varios procesos que actualmente son llevados por el sistema ordinario de tribunales y que llevan años en resolverse ante las carencias a nivel estructural, de personal y presupuesto que afectan actualmente al Organismo Judicial que para motivo de discusión a nivel constitucional, tiene una menor asignación presupuestaria que la del deporte federado, situaciones que evidencian que para la

época en la cual la Constitución fue aprobada, el tema de la justicia no fue prioridad, si no que se le dio énfasis al factor preventivo social de la promoción del deporte.

Constitucionalmente se establece en el artículo noventa y uno que es deber del Estado el fomento y la promoción de la educación física y el deporte. Para ese efecto se destinará una asignación privativa no menor del tres por ciento del presupuesto General de ingresos ordinarios del Estado. De tal asignación el cincuenta por ciento se destinará al sector del deporte federado a través de sus organismos rectores, en la forma que establezca la ley; veinticinco por ciento a educación física, recreación y deportes escolares; y veinticinco por ciento al deporte no federado.

Presupuesto del Organismo Judicial. Es atribución de la Corte Suprema de Justicia formular el presupuesto del Ramo; para el efecto, se le asigna una cantidad no menor del dos por ciento del Presupuesto de Ingresos Ordinarios del Estado, que deberá entregarse a la Tesorería del Organismo Judicial cada mes en forma proporcional y anticipada por el órgano correspondiente.

Son fondos privativos del Organismo Judicial los derivados de la administración de justicia y su inversión corresponde a la Corte Suprema de Justicia. El Organismo Judicial deberá publicar anualmente su presupuesto programático e informará al Congreso de la República cada cuatro meses acerca de los alcances y de la ejecución analítica del mismo.

A continuación se detallan los asuntos que específicamente pueden ser aplicados dentro del contexto del arbitraje en Guatemala normado en el Artículo cuarenta y cinco de la Ley de Arbitraje, desglosando cada uno de los mismos con los comentarios que correspondan.

- La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.

En esta parte del Artículo en donde se aplica expresamente el principio de la autonomía de la voluntad. Es decir que las partes tienen la libertad de disponer de conformidad con la ley, el acceder al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Uno de los principios básicos del arbitraje lo constituye el de la voluntariedad, de igual forma las partes de forma libre y espontánea pueden decidir someter determinado litigio ante un arbitraje sin necesidad de acudir ante las instancias de justicia ordinarias.

- También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.

Nuevamente se vuelve al punto de la voluntariedad y la opcionalidad del arbitraje, el mismo no puede ser coercitivo, salvo que las partes hayan acordado previamente la obligatoriedad de acudir al arbitraje en donde de igual forma se evidencia una intencionalidad de forma voluntaria. Una situación muy común que se tiene conocimiento y que ha ocurrido dentro de los contratos administrativos de obra del gobierno, es el hecho que por lo regular hay cláusula arbitral en los mismos, pero lamentablemente por falta de control o desconocimiento de lo expuesto en el instrumento por parte de quienes deberían de defender los intereses del Estado y sus instituciones, al acudir la parte actora para demandar al Estado y ésta responde, con ello se excluye el derecho a invocar a un arbitraje.

En relación a la Ley de Arbitraje en su Artículo once establece algo de suma importancia tal y como lo es la excepción de incompetencia fundada en el acuerdo de arbitraje: 1) el acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir con lo estipulado. El acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, siempre que la parte interesada lo invoque mediante la excepción de incompetencia. Se entenderá que las partes renuncian al arbitraje y se tendrá por prorrogada la competencia de los tribunales cuando el demandado omita interponer la excepción de incompetencia.

El área mercantil hay dos aspectos relevantes lo establecido en el Artículo mil veinte del código de comercio, Contrato de reaseguro. Por el contrato de reaseguro, el asegurador traslada a otro asegurador o reasegurador, parte o la totalidad de su propio riesgo. Todos los contratos de reaseguro deberán registrarse en la entidad fiscalizadora, sin que sea exigible ningún otro trámite o legalización cuando los reaseguradores sean extranjeros.

Y en el mismo orden de ideas el artículo mil veintidós de la misma norma en relación a las divergencias. Las divergencias entre asegurador y reasegurador, se resolverán por la cláusula de arbitraje que contenga el contrato, la cual expresará que los árbitros deben ser técnicos y tomarán en cuenta principalmente los usos y costumbres del reaseguro. No será necesario consignar en toda vez que no se invocó la excepción de incompetencia a la que se tiene derecho. Ello le ha hecho perder al gobierno recursos y procesos por la forma en la que se han llevado, generalmente ante tribunales de lo contencioso administrativo que ante la infinidad de datos técnicos de los contratos objeto de litigio no se encuentran en la capacidad de dictar una sentencia acorde a derecho.

Por último diversidad de leyes permiten que el arbitraje sea conocido de forma opcional a los mecanismos legales establecidos en donde existe tanto la vía judicial tradicional como el arbitraje, aunque existe el caso curioso que en Guatemala existan situaciones en donde se hace alusión a un arbitraje o cláusula arbitral obligatoria, situación que atenta en contra de lo que el arbitraje tiene como naturaleza, como en el caso de las diferencias del contrato de reaseguro contemplado en el Código de Comercio en su Artículo mil veintidós, que no solamente establece una obligatoriedad de acudir al arbitraje, sino lo que es peor todavía, obliga a que los miembros del tribunal arbitral sean técnicos que deberán tomar en cuenta principalmente los usos y las costumbres del reaseguro, sin que exista obligación alguna que se establezca dicho procedimiento en el contrato toda vez que el Código de Comercio así lo establece de forma imperativa y automática sin posibilidad de pactar lo contrario.

La situación anteriormente enunciada se repite en la Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica, en donde se establece a la conciliación y al arbitraje, como los mecanismos obligatorios para la resolución de controversias, aunque por lo menos en este caso particular ya hay un conocimiento previo de las partes a que si se involucran en un proyecto de alianzas para el desarrollo, el mismo tendrá por imperativo legal una cláusula arbitral.

- No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición. c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos”.

Esta es la parte más delicada y la que conlleva mayor análisis, la primera literal relativa a las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme es lógica en virtud de la prohibición constitucional y legal del debido proceso en el hecho que cuando exista una sentencia ejecutoriada sobre la misma, ya no se puede conocer nuevamente el asunto objeto de litigio.

En la segunda literal que hace alusión a las materias inseparablemente unidas sobre la cual las partes no tengan libre disposición, resulta comprensible en el sentido que el arbitraje como proceso constituye un mecanismo único de resolución de conflictos, de igual manera tiene que existir una libre disposición de las partes para poder acudir a la misma, ya que si contractualmente se estableció en un determinado instrumento que no se iba a acudir a un arbitraje y una de las partes así lo manifiesta, deberá contar con el consentimiento expreso, caso contrario no se podrá conocer en un proceso de semejantes características.

La parte más importante es de la última literal, la que establece que no se podrá recurrir al arbitraje cuando la ley prohíba expresamente el recurrir a dicho mecanismo o se señale un procedimiento especial para determinados casos. La situación del

procedimiento especial causa una limitación legal a la competencia del arbitraje, ya que le restringe en gran manera el poder acudir a infinidad de procesos de carácter civil y mercantil por el hecho que la ley ya haya establecido un mecanismo diferente al que podría utilizarse por dicha vía.

Cuestiones como los procesos sucesorios, en donde no existan intereses de menores, incapaces y ausentes, la declaratoria de incapacidad, la ausencia, la muerte presunta, el interdicto de apeo o deslinde, la entrega de cosas y rescisión de contratos, división de la cosa común, rendición de cuentas, seguros, situaciones de derechos de autor, propiedad industrial, patentes, marcas, deberían de tener la opción de poder ser conocidos por medio de un proceso de arbitraje si así las partes lo pactan y lo consideran conveniente.

Habría quien manifieste su total oposición a la idea de que en los procesos descritos anteriormente puedan ser conocidos en el arbitraje, afirmando que la misma es una propuesta descabellada, toda vez que en materia de menores, incapaces y ausentes debe existir una intervención necesaria por parte de la Procuraduría General de la Nación como entidad representante de los intereses del Estado de Guatemala. Permitirle a la Procuraduría General de la Nación el derecho a intervenir en los casos anteriormente descritos dentro del contexto del arbitraje, pudiendo participar activamente en el mismo cuando se trate estrictamente de situaciones de menores, incapaces y ausentes, permitiendo descongestionar con ello el sistema de justicia guatemalteco e intervenir como interesado aportando en el proceso de arbitraje los argumentos que considere necesarios. Así también se permitiría que los miembros del tribunal arbitral puedan ser expertos que puedan intervenir directamente en dichos procesos como médicos, psiquiatras, psicólogos y otros profesionales.

- Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.”.

En esta última literal, es claro en cuanto a que dentro de la Ley de Arbitraje no se aplicará lo relativo al arbitraje laboral toda vez que el mismo ya se encuentra

normado dentro de lo contenido en el Código de Trabajo guatemalteco vigente, con un procedimiento propio y en un contexto en el cual la relación de los trabajadores y los patronos se comprende que se encuentra en desigualdad, situación que no es congruente con el entorno del arbitraje contenido en la ley de la materia nacional.

El arbitraje laboral se encuentra establecido en el Código de Trabajo en los Artículos doscientos noventa y tres y doscientos noventa y cuatro, como un mecanismo alternativo de resolución de controversias dentro de los conflictos de carácter económico social, pero para ello existe una intervención directa de parte del Juez de Trabajo y Previsión Social, así como de las partes en controversia, por lo que en cierta manera el arbitraje laboral, no tiene relación con el mecanismo de resolución de controversias contenido en la Ley de Arbitraje de Guatemala que abarca necesariamente la esfera del Derecho Privado.

El arbitraje en Guatemala constituye una alternativa que tiene que ser apreciada como una ventaja y una oportunidad dentro del contexto de la globalización y el rompimiento de las viejas fronteras existentes. Para el economista Eduardo Smith “La legislación en materia de arbitraje en Guatemala, se ha limitado a la materia comercial, al dejar fuera de su ámbito otras materias o instituciones de derecho, lo cual podría cambiar en un futuro con propuestas visionarias que busquen la justicia pronta que satisfaga las necesidades de los particulares de forma más eficiente que las que ofrece el Estado.

Al finalizar la primera década del siglo XXI, Guatemala afronta nuevos retos, entre ellos los efectos de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. De este tratado surgirán controversias entre los particulares por lo que el abogado internacionalista Ignacio Suárez, experto en arbitrajes de índole mundial y relacionada con inversiones, aconseja que tanto empresas como funcionarios conozcan las técnicas del arbitraje internacional. Su consejo se basa en el hecho que el tratado en mención ofrece una serie de herramientas que puedan llevar a los países a alcanzar consensos en el menor tiempo posible, por lo que los arbitrajes

permitirán resolver conflictos en forma más pronta y ágil que en los tribunales convencionales, y sus fallos; igualmente tienen que ser acatados por las partes.

Como último pero no menos importante es necesario destacar el hecho que la interpretación actual del Artículo tres, numeral tres, del literal c) de la Ley de Arbitraje, promueve la confusión toda vez que la frase de “procedimiento especial” podría entenderse como un contexto de carácter universal y general que podría inutilizar la aplicación de la normativa arbitral ya que en diversidad de casos, la renuncia de determinados derechos para acudir al arbitraje implica necesariamente dejar por un costado un procedimiento específico contemplado en una determinada ley como lo es el caso de los procesos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil.

2). Estructura y forma de la Ley de Arbitraje de Guatemala.

En relación a la estructura y forma de aplicación del Arbitraje en Guatemala, se considera que en efecto, el Artículo cuatro numeral dos del Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco, lo define como: cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

Así las cosas, resulta pertinente acudir al criterio del Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco en el mismo Artículo cuatro cuando al definir en el numeral uno el Acuerdo de Arbitraje, nos señala que este es aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Dicho acuerdo resulta obligatorio para las partes, las cuales deben respetar lo estipulado e impide el que el juez ordinario conozca del asunto. Supone ello una limitante para el juez quien no podrá conocer de dichos asuntos siempre y cuando la parte interesada lo invoque mediante la excepción de incompetencia.

Puede concluirse que en tanto no medie un acuerdo arbitral, el conocimiento de las controversias corresponde al juez ordinario, conforme a las reglas comunes. En segundo lugar, que el vehículo establecido por la ley para sustraer del conocimiento judicial es un acuerdo celebrado por las partes interesadas. Dicho acuerdo no solo obliga a las partes, sino al juez ordinario, quien frente a él y salvo que las mismas partes renuncien a su eficacia, debe abstenerse de conocer de la controversia.

Si de otra parte y conforme a lo dispuesto en los Artículos cuarenta y síes y cuarenta y siete de la ley, el laudo es vinculante y su ejecución obligatoria, salvo excepciones, tendremos que concluir que la normatividad de Guatemala se inscribe dentro de la teoría mixta, conforme a la base de la aplicación del arbitraje se encuentra una decisión de tipo convencional o contractual que abre la puerta a la intervención de los árbitros generando como consecuencia un pronunciamiento con un efecto igual al producido por una sentencia del juez ordinario.

3). Contexto Actual de aplicación de la Ley de Arbitraje de Guatemala.

Los antecedentes históricos se remiten al Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de mil novecientos treinta y cuatro que regulaba que en caso de no honrarse el compromiso arbitral, se debía utilizar la vía procesal ejecutiva, lo que a la larga resultaba costoso y lento. El Código Procesal Civil y Mercantil de mil novecientos sesenta y cinco abordó el arbitraje para regularlo como un proceso incidental, sin embargo, su utilización era engorrosa y poco recomendada. Con el paso de los años, se hizo más evidente la ineficacia de la regulación arbitral. A partir de mil novecientos ochenta y cuatro, cuando la Constitución Política de la República de Guatemala de mil novecientos ochenta y cinco no reconoce expresamente el carácter constitucional para el arbitraje, sin embargo en el Artículo doscientos tres se establece que: La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca, disposición que permite, mediante legislación apropiada, que se ejerzan funciones jurisdiccionales por otros tribunales distintos a aquellos establecidos por la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente al mismo tiempo, la Ley del Organismo Judicial, Decreto dos guion

ochenta y nueve del Congreso de la República de Guatemala expresa en el Artículo cincuenta y siete: La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Con base en las dos disposiciones citadas anteriormente, se reconoce que en Guatemala no es inconstitucional la utilización de aquellos otros procedimientos establecidos por la ley, entre ellos el arbitraje.

En mil novecientos ochenta y cuatro, por medio del Decreto Ley número nueve guion ochenta y cuatro, Guatemala declaró su adhesión a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, también conocida como la Convención de Nueva York. En el Artículo dos del mencionado Decreto Ley se establece: Se declara que la República de Guatemala a base de reciprocidad aplicará la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras al reconocimiento y a la Ejecución de las Sentencias Arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente; y que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

Esta convención permite que Guatemala sea parte de una comunidad de más de ciento sesenta países en los que es válido solicitar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. La Convención de Nueva York establece que uno de los motivos para denegar el reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros es que, la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución compruebe que según la ley del país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía del arbitraje.

En novecientos ochenta y seis, a través del Decreto número treinta y cinco guion ochenta y seis del Congreso de la República de Guatemala, se aprobó la suscripción de Guatemala a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, o Convención de Panamá. Mediante la incorporación de esta otra

convención, Guatemala se integra a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, que en la actualidad cuenta con la representación nacional en dieciocho países de América, España y Portugal.

La suscripción de estos dos tratados internacionales, facilitó en gran medida el reconocimiento de la necesidad de crear una ley que se ajustara a las necesidades del comercio nacional e internacional.

En mil novecientos noventa y cuatro por iniciativa del Ministerio de Economía de Guatemala y con la participación activa de destacados profesionales del derecho y representantes del sector privado, se inició el estudio para la adopción de Guatemala de la Ley Modelo de la CNUDMI, (comisión de naciones unidas para el derecho mercantil internacional), el cual culminó con la publicación de la Ley de Arbitraje, Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco del Congreso de la República de Guatemala en noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

El Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco abre la puerta para la aplicación del arbitraje, no solo en el campo del derecho privado y comercial, sino que afirma la aplicabilidad de su contenido al arbitraje internacional en armonía con las disposiciones de derecho internacional aplicables y también para el Estado y las personas de derecho público.

Además de este cuerpo legal que rige el arbitraje, es importante destacar la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto cincuenta y siete guion noventa y dos del Congreso de la República de Guatemala, que en su Artículo ciento tres reformado por el Decreto número once guion dos mil seis del Congreso de la República admite y regula la utilización del Arbitraje en esta materia.

En el Código de Comercio, Decreto número dos guion setenta del Congreso de la República de Guatemala, también se reconoce el arbitraje como la vía para resolver conflictos de carácter comercial. En su Artículo mil treinta y nueve establece: A

menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación, se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje.

Y es de esta forma que este mecanismo alternativo de resolución de conflictos ha sido implementado a lo largo de la historia en Guatemala y puesto en vigencia por medio de diferentes cuerpos legales de carácter estatal como internacional.

Ahora bien lo que se puede resaltar de la Ley de Arbitraje vigente es que el arbitraje en Guatemala constituye una alternativa que tiene que ser apreciada como una ventaja y una oportunidad dentro del contexto de la globalización y el rompimiento de las viejas fronteras existentes, pero deberían implementarse nuevos métodos de resolución de conflictos, por medio de una reforma a la ley vigente.

Para el economista Eduardo Smith “La legislación en materia de arbitraje en Guatemala, se ha limitado a la materia comercial, al dejar fuera de su ámbito otras materias o instituciones de derecho, lo cual podría cambiar en un futuro con propuestas visionarias que busquen la justicia pronta y célere que satisfaga las necesidades de los particulares de forma más eficiente que las que ofrece el estado. Continúa manifestando Smith que Al finalizar la primera década del siglo XXI, Guatemala, afronta nuevos retos entre ellos los efectos de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. De este tratado surgirán controversias entre los particulares por lo que el abogado internacionalista Ignacio Suárez, experto en arbitrajes de índole mundial y relacionada con inversiones aconseja que tanto empresas como funcionarios se empapen de las técnicas del arbitraje internacional”⁵⁷.

Su consejo se basa en el hecho que el TLC ofrece una serie de herramientas que puedan llevar a los países a alcanzar consensos en el menor tiempo posible por lo

⁵⁷ Smith Eduardo. “TLC: El arbitraje será indispensable”. Prensa Libre, Edición del 17 de febrero del año 2006.

que los arbitrajes permitirán resolver conflictos en forma más pronta y ágil que en los tribunales convencionales y sus fallos igualmente tienen que ser acatados por las partes.

Como último pero no menos importante es necesario destacar el hecho que la interpretación actual del artículo 3, numeral 3, del literal c de la Ley de Arbitraje, promueve la confusión toda vez que la frase de “procedimiento especial” podría entenderse como un contexto de carácter universal y general que podría inutilizar la aplicación de la normativa arbitral ya que en diversidad de casos, la renuncia de determinados derechos para acudir al arbitraje implica necesariamente dejar por un costado un procedimiento específico contemplado en una determinada ley como lo es el caso de los procesos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil por ejemplo.

De lo anterior puede concluir el aturo que la vigente Ley de Arbitraje, no es acorde a la realidad social, ya que limita la aplicación del arbitraje y no cuenta con otros métodos alternativos de resolución de conflictos, que pueda proporcionar una pronta y efectiva justicia en los conflictos que surgen en las relaciones sociales del diario vivir.

CAPÍTULO FINAL.

PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.

1. Temas abordados en las entrevistas.

A continuación se analizarán los aspectos abordados en las entrevistas realizadas a profesionales del derecho, con el objetivo de poder establecer el análisis jurisprudencial obtenido por medio del trabajo de campo realizado en la presente investigación.

La temática abordada en las presentes entrevistas se encaminaron a establecer si son suficiente los mecanismos alternativos de resolución de conflictos establecidos en la ley de arbitraje para darle solución a los problemas que frecuentemente surgen en la sociedad, y son dilucidados en los órganos jurisdiccionales, cuando podrían ser resueltos de forma alternativa.

En el mismo orden de ideas se realizaron las entrevistas con la intención de verificar sí a criterio de los juristas la ley de arbitraje es apropiada para implementar otros métodos alternativos de resolución de conflictos distintos al arbitraje, partiendo de la premisa de que la ley de arbitraje regula únicamente en dos artículos un segundo mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Siguiendo el enfoque del anterior esquema de ideas, por medio de las entrevistas realizadas se pretende establecer sí la ley de arbitraje debe ser reformada con el objetivo de implementar nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos que sean acordes a la necesidad de la sociedad en obtener una justicia pronta y efectiva. Para finalizar se pretende establecer sí los jurisprudencistas pueden aportar a la presente investigación, estableciendo qué otros mecanismos o métodos alternativos de conflictos debería implementare a la ley de arbitraje, con la finalidad de que genere un campo de resolución de conflictos más eficiente y adecuada para la

realidad de la sociedad y el diario vivir de un conglomerado, que como parte de su naturaleza genera conflictos en la interrelación cotidiana.

2. Cuestionamientos realizados en las entrevistas y las respuestas obtenidas por parte de los sujetos de la investigación.

1) ¿Cree usted que son suficientes los instrumentos establecidos en la ley de arbitraje para desarrollar soluciones viables a los conflictos sociales?

En la primer interrogante realizada del cien por ciento de los sujetos entrevistados un ochenta por cientos coincide al concluir que no son suficientes los mecanismos alternativos de resolución de conflictos establecidos en la ley, ya que se ve reflejado en la carga de procesal en el Organismo Judicial. El otro veinte por ciento considera que la ley de arbitraje sí es suficiente para la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos, ya que establece los parámetros en concreto de la aplicabilidad de estos mecanismos.

2) ¿Cree usted que la ley de arbitraje es el instrumento adecuado para aplicar otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos?

En relación a esta segunda interrogante se pudo establecer que del cien por ciento de los sujetos de la investigación el cincuenta por ciento considera que no es suficiente toda vez que únicamente contiene dos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, uno rigurosamente reglado como lo es el arbitraje y otro escuetamente abordado como lo es la conciliación. El otro cincuenta por ciento de los sujetos de la investigación consideran que sí efectivamente es adecuada por medio de una reforma que implemente la aplicación de nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos.

3) ¿Considera usted necesario establecer modificaciones a la ley de arbitraje para desarrollar y ampliar los mecanismos de resolución alternativa de conflictos?

En este sentido, en el trabajo de campo realizado, el setenta por ciento de los sujetos objeto de investigación, considera que si es necesario para lograr una vía alterna de resolución de conflictos que evite llegar a procesos dilatorios y desgastantes del

organismo judicial y el treinta por cientos de los sujetos objeto de la investigación, consideran que debe legislarse nuevamente un marco normativo que regule en general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, debido a que la ley de arbitraje conforme al nombre de la misma hace únicamente referencia a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos siendo el arbitraje.

4) ¿Qué aspectos considera deben contemplarse al reformar la ley de arbitraje?

En este sentido las aportaciones a la presente investigación de los jurisconsultos se enfocó en un sesenta por ciento en que se debe tomar en cuenta que actualmente el sistema de justicia del país se encuentra saturado por la carga procesal y que en ese sentido los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que se implementen en la reforma deben de ser conforme a la realidad social conflictiva del país y propiciando una normativa que brinde accesibilidad a métodos de resolución de conflicto fuera de los órganos jurisdiccionales.

El treinta por ciento restantes coincide en considerar que la realidad de Guatemala hace necesario establecer medios alternativos de resolución de conflicto pero que esté bajo la supervisión y control del Organismo Judicial para revestir de legalidad las decisiones tomadas por estos centros de resolución de conflictos alternativos.

3). Análisis de resultados obtenidos en el trabajo de campo.

1). abordando el primer cuestionamiento que se planteó en la entrevista realizada a los sujetos objeto del trabajo de campo, se puede considerar que en la actualidad del Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco Ley de Arbitraje, actualmente no proporciona los mecanismo adecuados para resolver la conflictividad que día con día surge entre las relaciones sociales en la comunidad guatemalteca, debido a ello se puede analizar que en Guatemala no existe la aplicabilidad efectiva de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sumando a esto la ley que regula los mecanismos alternativos de resolución de conflictos Ley de Arbitraje, únicamente regula el arbitraje y en forma restringida, por lo cual se considere que se ve reflejado en el trabajo de campo que la Ley de Arbitraje es una norma obsoleta que no está al

nivel de accesibilidad y efectividad necesario para descongestionar la carga de trabajo procesal jurisdiccional.

2). En relación al segundo tema abordado en las entrevistas es evidente que la Ley de Arbitraje tal y como su nombre lo establece únicamente regula un mecanismo alternativo de resolución de conflictos siendo este el arbitraje y que ante tal situación en el estado normativo que actualmente se encuentra el Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco Ley de Arbitraje, no es viable legalmente la aplicación de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos debido a que la norma no lo permite, haciendo la salvedad que en la Ley de Arbitraje sí existe un capítulo denominado “otros métodos alternativos para la resolución de conflictos entre particulares” pero que el mismo únicamente contiene dos Artículos de forma escueta que regulan la conciliación.

Por lo cual se puede analizar del trabajo de campo obtenido que efectivamente que en las condiciones normativas que contiene el Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco, no se pueden aplicar otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

3). Se considera que en relación a la tercer interrogante conforme a los resultados obtenidos en el trabajo de campo, tomando en cuenta que en la actualidad el sistema de justicia de Guatemala está saturado y esto provoca que la sociedad no tenga acceso a la justicia de forma eficaz, ya que el Estado ante esta problemática se ve privada de una resolución de conflictos, por lo tanto es necesario realizar cambios a la ley de arbitraje que tenga como finalidad esencial proveer formas pacíficas, ecuanímes, económicas y justas de resolución de conflictos alternos a los tribunales de justicia con la finalidad de resolver los conflictos que día con día conlleva la convivencia social y que no necesariamente deben de ser resueltos en juicio por órgano jurisdiccional.

4). Analizando el resultado de la cuarta interrogante se puede establecer que es necesario contemplar en primer término nuevos mecanismo de resolución de conflictos, sumado a esto establecer normas que permitan resolver los conflictos que surgen entre particulares y que no afectan el orden público o que no son de interés social, esto debido a que la actual ley no contempla los mecanismos necesarios de resolución de conflictos y a su vez restringe el uso de los únicos dos que contempla para la resolución.

CONCLUSIONES.

1). El sistema de justicia del Estado no se ha dado abasto para poder proveer de un verdadero acceso a la justicia a los ciudadanos, debido a varios factores como falta de recursos, sobre carga de procesos y la centralización.

2). En materia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos a nivel internacional, se ha podido establecer que los países que han puesto en práctica varios métodos de resolución de conflictos que se desarrollan fuera del ámbito jurisdiccional de Estado, pero reconocidos legalmente han sido de suma importancia y colaboración toda vez que han contribuido en el desarrollo de la sociedad, al permitir que la misma tenga un verdadero acceso a la justicia y a su vez, que la misma sea pronta, ecuánime y que no genere gastos excesivos.

3). Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos propician un ambiente adecuado para que la sociedad pueda resolver sus controversias de forma pronta y ecuánime lo cual viene a colaborar en disminuir los litigios en los órganos jurisdiccionales y esto a su vez permite alcanzar una convivencia pacífica, ya que por medio de estos mecanismo las controversias de naturaleza laboral, civil o de familia pueden ser resuelta de tal forma que no necesariamente exista una parte vendida en el proceso si no por medio de soluciones en las cuales ambas partes queden satisfechas, en el mismo sentido se considera que la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia mercantil o comercial es de suma importancia para el crecimiento económico de una sociedad, así como para su desarrollo y competitividad mundial al no desperdiciar recursos y tiempo en litigios jurisdiccionales que pueden detener el proceso comercial del Estado.

4). En Guatemala el Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco Ley de Arbitraje, regula los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dándole mayor énfasis al arbitraje y de forma escueta regula lo relativo a la conciliación, lo cual se considera que no es suficiente para la realidad conflictiva de la sociedad

guatemalteca, toda vez que existen diferentes métodos de resolución de conflictos que podrían implementarse en la resolución de conflictos en Guatemala.

5). Se considera necesario que por medio de una reforma al Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco se puedan implementar nuevos mecanismos de resolución de conflictos que permitan que los guatemaltecos y guatemaltecas tengan un verdadero y efectivo acceso a la justicia que les permita resolver sus conflictos, de forma ecuánime y buscando soluciones que provean de beneficio a ambas partes en conflictos, que no se atente contra el orden social ni sean de interés público.

RECOMENDACIONES.

- 1). Considerar conscientemente la realidad actual del sistema de Justicia, ya que el Organismo Judicial al igual que otros órganos del Estado atraviesan por diferentes crisis que no permiten que el servicio que se preste a la sociedad sea eficiente, y específicamente en el caso de la administración de justicia esto conlleva a una limitante al derecho de acceso a la justicia pronta y eficaz.
- 2). Por lo tanto es necesario analizar que ante la necesidad de proveer de acceso a la justicia a la sociedad, se han creado diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos y que en el caso de Guatemala serian de mayor eficacia para alcanzar el acceso a la justicia con el que actualmente no se cuenta.
- 3). Es importante estudiar cada uno de los antecedentes y verificar en los países de la región, el beneficio que ha conllevado la implementación de nuevos mecanismos alternativos de resolución de conflicto, elevando la competitividad del país y generando celeridad en la resolución de problemas de carácter mercantil.
- 4). Verificar la demora y gastos que conlleva la tramitación de juicios en los órganos jurisdiccionales ante la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos y los beneficios de acceso, celeridad y economía que estos representan.
- 5). Analizar contextualmente la norma que actualmente rige los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, Ley de Arbitraje Decreto sesenta y siete guion noventa y cinco para establecer si los mecanismo de resolución alternativa de conflictos, que la misma provee, no generan o no una verdadera libertad de acceso a la justicia por medio de otros mecanismo de resolución de conflictos.
- 6) Considerar la viabilidad de una reforma a la Ley de Arbitraje con el objetivo de implementar nuevos mecanismos alternativos de resolución de conflictos para generar libertad de acceso a la justicia en todos los ámbitos de conflictividad de la

sociedad, por medio de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos que brinden celeridad, eficacia, economía y en materia comercial genere mayor competitividad a nivel mundial del Estado de Guatemala en la tramitación pronta de contiendas de carácter mercantil.

REFERENCIAS:

Bibliográficas.

- ✓ Alfaro Pinillos. Roberto. Compendio práctico de Derecho Procesal Peruano. Serie Derecho
- ✓ Amalio Blanco, «Los cimientos de la violencia», Mente y cerebro,
- ✓ Amuchategui Requena, Irma. Derecho Penal. Editorial Harla. México. 1993.
- ✓ Ana Teresa Revilla, La administración de justicia informal en el Perú. Ponencia de la conferencia internacional “Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo”,
- ✓ Andrew Floyer Acland, Como Utilizar la Mediación para Resolver Conflictos en las Mediaciones.
- ✓ Aragonese, Alonso. Instituciones del Derecho Procesal Penal. Graficas Mesbard. Madrid. 1,997.
- ✓ Armenta Deu, Teresa. Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad, España y Alemania. Barcelona. Ed. PPU. 1ª. Edicion. 1,991.
- ✓ Armenta Deu, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. Editorial JM Bosch. Barcelona. 1,995.
- ✓ Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoria del Delito, Buenos Aires, Astrea, 1,978.
- ✓ Bauman, Jurgen. Derecho Procesal Penal. Traducción del Aleman por Conrado Finzi. Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1,986
- ✓ Benetti Salgar Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Santa Fe de Bogotá, editorial Temis 2001.
- ✓ Berdugo Gomez De La Torre. Ignacio. Temas de Derecho Penal. Lima. Cultural Cuzco. Editores. 1,993.
- ✓ Bettiol, Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Barcelona Bosh. 1,973.
- ✓ Cano Marlene. La mediación y la tendencia de menores en Canadá. Artículo publicado en la Revue Canadienne Droit et Societé, volumen 7, N° 2. Canadá 1992. En Valdés Sánchez Roberto, La Transacción Editorial Temis, Bogotá.

- ✓ Castillo González, Rolando (1962). La seguridad jurídica y la esencia del Derecho. Santiago de Chile:
- ✓ De Bono, Edward, “Cómo resolver conflictos de la mejor manera”, Editorial Plaza & Janés. Editoriales, S.A. Barcelona, España. 1986.
- ✓ Franco López, Landelino. Manual de derecho procesal individual. Pág. 133
- ✓ Garro, E. Melano G. “Manual de mediación básica”. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. 1998. s.e.
- ✓ Germán Fernández Aguirre, El sistema de justicia en México.
- ✓ Gladys Stella Álvarez,
- ✓ Gozaíni, Oswaldo Alfredo. Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.
- ✓ Gutiérrez, Rafael. El arbitraje en Guatemala,
- ✓ Gutiérrez, Rafael. El arbitraje en Guatemala, pág. 35
- ✓ Hernando Herrera Mercado, Medios alternativos de resolución de conflictos. Ponencia de la conferencia internacional “Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo”.
- ✓ Highton, Elena; Alvarez, Gladis; Gregorio, Carlos; Resolución alternativa de disputas y sistema penal.
- ✓ Howard Raiffa, El arte y la ciencia de la negociación. Fondo de Cultura Económica.
- ✓ James H Laue, Resolution: Transforming Conflict and Violence, Institute for Conflict Analysis and Resolution, Occasional George Mason University, Fairfax. 1993.
- ✓ Jaramillo Mario, Justicia Por Consenso. Introducción a los sistemas alternos a la solución de conflictos. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.
- ✓ José Renato Nalini, Juzgados especiales en el Brasil. Ponencia de la conferencia internacional “Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo”.
- ✓ Julio Borges y Adriana Lander, “A un año de la justicia de paz”, en revista Sic, 589, Caracas, 1996.
- ✓ Junco Vargas, José Roberto,

- ✓ Li Rosi, Ricardo. Resolución alternativa de disputas. Santo Domingo, República Dominicana.
- ✓ López Caal José Francisco. Conciliación y Arbitraje.
- ✓ Luis Ramírez y Justo Solórzano, Los tribunales comunitarios, una simbiosis cultural. Tesis de posgrado sin publicar. Base de la ponencia expuesta en la Conferencia Internacional de Justicia Comunitaria y Jueces de Paz, Bogotá, agosto 1999, Universidad Nacional
- ✓ Mariella Leles Da Silva Orcoyen Facultad De Derecho y Ciencias Sociales, Udelar, Manual para estudiantes de la Licenciatura de Relaciones Laborales.
- ✓ Moore, 1986, En: Valenzuela Pedro E, Intermediación y Resolución de Conflictos Violentos. Papel Político No. 8. Octubre de 1998
- ✓ Ortega Pinto, Herbert. Negociaciones de paz en Guatemala, análisis de los actores políticos y las incompatibilidades básicas. Revista No. 9 de IRIPAZ 1994.
- ✓ Pastor, X; Et Al.(2005). Guía práctica de la gestión de conflictos en el tejido asociativo. Barcelona: Editorial Mediterrània.
- ✓ Prieto Blanco, Pilar. Desistimiento; caducidad; terminación del proceso por satisfacción extraprocesal y desaparición sobrevenida del interés legítimo, disponible en: [http://www.cej.justicia.es/pdf1publicaciones/secretarios judiciales/SECJUD87. Pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf1publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD87.Pdf)
- ✓ Principios de la Resolución Alternativa de Conflictos en dirección electrónica https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centersclinics/clinics/conservation/resources/ADR_spanish.pdf
- ✓ Raymond Guillien, Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, Lexique des termes juridiques, Dalloz-Sirey, coll. «Lexiques», 15ª edición. 23 de junio de 2005. París Dorschel, Andreas, 'The Authority of Will', The Philosophical Forum XXXIII/4 (2002), 425-441.
- ✓ Reyes Calderón, José Adolfo. Mecanismos Alternativos de la Justicia. Guatemala, Impresos Caudal, 1998,
- ✓ Ríos José Noé, Como Negociar a partir de la Importancia del otro Ed. Planeta

- ✓ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. “Amigable Composición”: Curso Práctico de negociación y conciliación. Guatemala, 2001.
- ✓ Rojina Villegas, Rafael. Introducción al estudio del derecho.
- ✓ Suáres, Marinés,
- ✓ Taylor, Ja, Alison. “Mediación, resolución de conflictos sin litigio”. Editorial Grupo. Editorial Grupo Noriega Editores. México, D.F. 1992.
- ✓ Touzard Hubert, La mediación y la Solución de los Conflictos. Biblioteca de Psicología.
- ✓ Universidad para la Paz (Costa Rica). Proyecto de Consensos y Resolución para América Central. América Central: del conflicto a la negociación y el consenso. Programa para las iniciativas Regionales. San José, Costa Rica, 1999.
- ✓ Valdés Sánchez Roberto, La transacción. Editorial Temis, Bogotá. Pág. 32
- ✓ Valenzuela Pedro E, Intermediación y Resolución de Conflictos Violentos. Papel Político No. 8. Octubre de 1998Pág. 8

Normativas:

- ✓ Código Civil. Decreto-Ley Numero 106 y sus reformas. Fecha de emisión: 14/09/1963. Fecha de publicación: 01/01/1964.
- ✓ Código de Ejecución Penal. Editorial Jurídica. Grijley, Lima. 1,991
- ✓ Código Procesal Penal (Decreto 51-92) Congreso de la República de Guatemala
- ✓ Código de Trabajo. Decreto Número 1441 y sus reformas. Fecha de emisión: 29/04/1961. Fecha de publicación: 16/06/1961.
- ✓ Código Penal. Decreto Numero 17-73. Fecha de emisión; 27/07/1973. Fecha de publicación: 30/08/1973.
- ✓ Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 y sus reformas. Fecha de emisión: 14/09/1963. Fecha de publicación: 19/12/1963.
- ✓ Código Procesal Penal. Decreto Numero 51-92. Fecha de emisión: 28/09/1992. Fecha de publicación: 14/12/1992.
- ✓ Ley de Arbitraje. Decreto Numero 67-95 y sus reformas. Artículo 50. Fecha de emisión: 03/10/1995. Fecha de publicación: 17/11/1995.

- ✓ Ley del Organismo Judicial. Decreto Numero 2-89 y sus reformas. Fecha de emisión: 10/01/1989. Fecha de publicación: 03/04/1989.
- ✓ Corte de Constitucionalidad. Sentencia. Fecha de emisión: 29/07/1993. expediente número 256-92.

Otras Referencias.

- ✓ Cámara de Comercio de Bogotá, Una Visión Internacional de la Negociación. Pág 53
- ✓ Empresarial, San Marcos. Lima 2000, Instituto Cesare Beccaria. Código Penal. Código Procesal Penal.
- ✓ Instituto De Relaciones Internacionales De Investigación Para La Paz. Guía Para El Análisis Y Resolución De Conflictos, Guatemala, Iripaz, 1991, P 55.
- ✓ Instituto de Transformación de Conflictos para la Construcción de la Paz en Guatemala (INTRAPAZ). Prácticas de mediación en Guatemala. Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2004, Págs. 12 y 13.
- ✓ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Resolución Pacífica de Conflictos. San José, Costa Rica, 1997.
- ✓ Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Gobierno de Guatemala. Inspectoría y sus funciones. 2007
- ✓ Ministerio de Justicia y del Derecho, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Santafé de Bogotá D.C., julio de 1998. Pág. 16
- ✓ Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, RAC, del Organismo Judicial
- ✓ Procurador de Derechos Humanos (2009 y 2010). Informes Anuales Circunstanciados. Guatemala
- ✓ Universidad Rafael Landívar, Quetzaltenango, Guatemala. Caballeros, Claudia. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, como una perspectiva al fortalecimiento de Justicia en Guatemala.

ELECTRÓNICAS.

- ✓ http://www.oj.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=221&Itemid=281

- ✓ <http://www.cej.justicia.es/pdf1publicaciones/>
- ✓ https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centersclinics/clinics/conservation/resources/ADR_spanish.pdf