



COLECCIÓN JURÍDICA

TEMAS DE DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Mecanismos alternos, procesos judiciales,
temas probatorios y procesos administrativos

MÓNICA VÁSQUEZ ALFARO
(Editora)

Juridici

 UNIVERSIDAD
DEL NORTE
Editorial


Grupo Editorial
IBÁÑEZ

TEMAS DE DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Mecanismos alternos, procesos judiciales,
temas probatorios y procesos administrativos

TEMAS DE DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Mecanismos alternos, procesos judiciales,
temas probatorios y procesos administrativos

Mónica Vásquez Alfaro
(Editora)

María de Jesús Illera Santos
Lorenzo M. Bujosa Vadell
Mónica Vásquez Alfaro
Pedro Montero Linares
María Lourdes Ramírez Torrado
Nelson Hernández Meza
María del Socorro Rueda Fonseca
Carina Gómez Fröde

Área metropolitana
de Barranquilla (COLOMBIA), 2016

 **UNIVERSIDAD
DEL NORTE**

Editorial


Grupo Editorial
IBÁÑEZ

Temas de derecho procesal y administración de justicia : mecanismos alternos, procesos judiciales, temas probatorios y procesos administrativos / editora, Mónica Vásquez Alfaro ; María de Jesús Illera Santos ... [y otros]. -- Barranquilla : Editorial Universidad del Norte ; Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

270 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (p. 270)

ISBN 978-958-741-717-3 (impreso)

ISBN 978-958-741-718-0 (PDF)

ISBN 978-958-741-719-7 (ePub)

1. Resolución de conflictos. 2. Derecho procesal—Colombia 3. Administración de justicia—Colombia. I. Vásquez Alfaro, Mónica, ed. II. Illera Santos, María de Jesús. III. Tít.

(345.7 T278 ed.18) (CO-BrUNB)



Vigilada Mineducación

www.uninorte.edu.co

Km 5, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569

Área metropolitana de Barranquilla (Colombia)



Grupo Editorial
IBÁÑEZ

www.webmail.grupoeditorialibanez.com

Carrera 69 Bis n.º 36-20 Sur

Tels: 230 0731 - 238 6035

Bogotá (Colombia)

© 2016, Universidad del Norte

Mónica Vásquez Alfaro, María de Jesús Illera Santos, Lorenzo M. Bujosa Vadell,
Pedro Montero Linares, María Lourdes Ramírez Torrado, Nelson Hernández Meza,
María del Socorro Rueda Fonseca y Carina Gómez Fröde.

Coordinación editorial

Zoila Sotomayor O.

Diseño y diagramación

Álvaro Carrillo Barraza

Diseño de portada

Munir Kharfan de los Reyes

Corrección de textos

Mabel Paola López Jerez

Hecho en Colombia

Made in Colombia

© Reservados todos los derechos. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio reprográfico, fónico o informático, así como su transmisión por cualquier medio mecánico o electrónico, fotocopias, microfilm, *offset*, mimeográfico u otros sin autorización previa y escrita de los titulares de la *copyright*. La violación de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

*A la memoria del profesor
José Manuel Luque Campo.*

LOS AUTORES

MARÍA DE JESÚS ILLERA SANTOS

Doctoranda en Derecho,
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

LORENZO M. BUJOSA VADELL

Doctor en Derecho,
Universidad de Salamanca (España)

MÓNICA VÁSQUEZ ALFARO

Doctora en Derecho,
Universidad de Los Andes (Colombia)

PEDRO MONTERO LINARES

Magíster en Derecho,
Universidad del Norte (Colombia)

MARÍA LOURDES RAMÍREZ TORRADO

Doctora en Derecho Administrativo,
Universidad Carlos III de Madrid (España)

NELSON HERNÁNDEZ MEZA

Doctorante en Derecho,
Universidad del Norte (Colombia)

MARÍA DEL SOCORRO RUEDA FONSECA

Doctora en Derecho,
Universidad de Zaragoza (España)

CARINA GÓMEZ FRÖDE

Profesora de tiempo completo,
Facultad de Derecho de la UNAM

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	xi
1	
LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN: DOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	
ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN COLOMBIA	1
MARÍA DE JESÚS ILLERA SANTOS	
Introducción	1
1. La conciliación	3
2. La mediación.	16
3. Semejanzas y diferencias.	28
Conclusión	32
Bibliografía	33
2	
EL RAZONAMIENTO JUDICIAL.	36
LORENZO M. BUJOSA VADELL	
Introducción	36
1. Oralidad e inmediación. ¿Para qué?	39
2. Riesgos en la toma de decisiones judiciales	49
3. Posibles sesgos en las decisiones judiciales	53
4. El aumento de la influencia externa: el problema de la presión mediática	58
5. La imprescindible necesidad de compensación	59
Bibliografía	61

3
**SOBRE LA COHERENCIA DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL CRÉDITO
Y EL ESPÍRITU SOCIAL DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. 63**

MÓNICA VÁSQUEZ ALFARO

Introducción 63

1. El procesalismo social, la justicia y la igualdad material. 66

2. El proceso ejecutivo y el discurso de lo social:
las lecturas del acreedor y el deudor. 72

Conclusiones 81

Bibliografía 82

4
**APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN
LA DECLARACIÓN DE PARTE Y LA CONFESIÓN DESDE EL NUEVO CGP. . . . 86**

PEDRO MONTERO LINARES

Introducción 86

1. Acerca del principio de contradicción probatoria 87

2. Presupuesto constitucional y procesal 90

3. En el interrogatorio de la declaración
de parte y la confesión (Art. 191 CGP) 92

4. En la confesión presunta 100

5. En el careo entre las partes 105

6. En las pruebas extraprocerales 106

7. En las pruebas decretadas de oficio 108

Conclusiones 108

Bibliografía 110

5
EL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. . 112

MARÍA LOURDES RAMÍREZ TORRADO

NELSON HERNÁNDEZ MEZA

1. Nociones del debido proceso en el ámbito del derecho sancionador . . . 112

2. Alcance del debido proceso en el procedimiento
administrativo sancionador. 115

Conclusiones 144

Bibliografía 145

6

LAS TENDENCIAS DEL PROCESO CIVIL Y LOS ROLES DEL JUEZ FRENTE A LAS DETERMINACIONES CORRECCIONALES Y DE RESPONSABILIDAD CIVIL 152

MARÍA DEL SOCORRO RUEDA FONSECA

Introducción	152
1. Tendencias hacia la construcción de elementos correccionales en el proceso civil	159
2. Las adaptaciones al derecho correccional en los códigos civiles procesales nacionales	182
3. El derecho correccional	211
4. El juez como director y los poderes correccionales	236
Conclusiones	241
Bibliografía	244

7

COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE INCLUIR UN NUEVO TÍTULO DÉCIMO OCTAVO, DENOMINADO “DEL JUICIO ORAL EN MATERIA FAMILIAR”, EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL 247

CARINA GÓMEZ FRÖDE

Introducción	247
1. Características doctrinales de la oralidad	249
2. La propuesta de un juicio oral en materia familiar	255
3. La compleja realidad de la problemática familiar	265
Conclusiones	268
Bibliografía	270

PRESENTACIÓN

El segundo volumen de *Temas actuales de derecho procesal y administración de justicia* aborda diversas tensiones teóricas de una área de estudios que, por estar íntimamente ligada con la exigencia de justicia y la necesidad de protección frente al poder sancionador del Estado, se torna cada vez más compleja y transversal. En esta oportunidad se presenta toda una variedad de temas que dan cuenta del interesante y rico campo de investigación y reflexión que se desprende de la administración de justicia en sus distintos aspectos y escenarios.

En esta oportunidad se han organizado los capítulos del libro en torno a tres tópicos de investigación. En la primera parte se explora la complejidad de los mecanismos alternos de solución de conflictos y sus rendimientos teóricos en el contexto nacional. El aporte concreto del capítulo 1 es aclarar la distinción entre la conciliación y la mediación, y determinar sus implicaciones.

En un segundo eje se presentan textos que analizan y plantean problemas sobre el proceso civil y algunos de sus diferentes momentos. Así las cosas, en el capítulo 2 el lector podrá encontrar estudios sobre el razonamiento judicial y sus límites. Allí se matizan y desmitifican ciertas concepciones que ya constituyen un lugar común dentro de los estudios de derecho procesal.

El capítulo 3 analiza las incoherencias del discurso garantista con la supresión de la garantía de defensa al deudor dentro del proceso ejecutivo, tal como quedó regulado en el Código General del Proceso.

Finalmente, el capítulo 4 analiza el interrogatorio de partes, medio de prueba que cobró gran importancia desde la reforma del año 2010. En este marco, el autor estudia los medios de prueba y plantea cuestiones problemáticas con respecto a la figura de la confesión y con el principio de contradicción.

En un tercer eje se presentan dos investigaciones que versan sobre otros escenarios relaciones con los procesos y la función de administrar justicia. Ello hace parte del capítulo 5, en el cual los autores nos presentan un texto que toca los principios constitucionales que sirven de derroteros en los trámites frente a autoridades administrativas.

Esta investigación reúne dos frentes disciplinares: el derecho constitucional y el derecho disciplinador, cuya amalgama constituye un activo escenario de renovadas discusiones y tensiones sobre los confines del *debido proceso*. Es por esto que los autores de este texto construyen un concepto renovado de este derecho fundamental extractando sus categorías nucleares de diferentes decisiones de la Corte Constitucional y del derecho convencional.

En el capítulo 6 se profundiza en los poderes correccionales y administrativos del juez. Justo ahora, este trabajo constituye un aporte enorme debido a las discusiones actuales sobre las necesidades de moralizar la profesión jurídica colombiana revisando los mecanismos ya existentes y explorando otros en el derecho comparado.

En el capítulo 7, en una colaboración especial desde la experiencia del derecho mexicano, se brinda una reflexión sobre la oralidad en materia de familia. Se trata de una propuesta construida desde la experiencia judicial, y el mito de la oralidad se matiza desde la realidad, presentando propuestas para mejorar la dinámica de las audiencias y distinguiendo asuntos vocacionalmente orales de otros que no lo son.

Queremos dedicar este esfuerzo académico a la memoria del profesor José Manuel Luque Campo, quien además fue exmagistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y catedrático ejemplar de las asignaturas de Derecho Procesal de la Universidad del Norte. Nuestro querido Pepe Luque seguramente estaría complacido de leer y discutir lo que este libro contiene.

Mónica Vásquez Alfaro
Noviembre del 2015

1

LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN: DOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN COLOMBIA

María de Jesús Illera Santos¹

INTRODUCCIÓN

Con la Constitución Política de 1991 se institucionalizó en Colombia un nuevo modelo de justicia alterno al sistema judicial ordinario, al permitir que los particulares pudiesen ser investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, de acuerdo a la reglamentación legal.

En ese orden, fueron reglamentándose bajo la denominación de *mecanismos alternativos* figuras como la conciliación, el amigable componedor y el arbitraje. Es importante señalar que estas figuras ya existían —unos veinte años atrás— en países como Estados Unidos bajo la denominación de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) y, posteriormente, fueron extendiéndose de manera progresiva a países de Europa y Latinoamérica hacia los años noventa.

¹ Doctoranda en Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha (España). Magíster en Desarrollo Social. Especialista en Negociación y Manejo de Conflictos. Docente investigadora de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte (Colombia). millera@uninorte.edu.co

La existencia y proliferación de muchas y diversas formas de solución de conflictos en los distintos sistemas legales, resultado de la crisis de la administración de justicia y, por ende, de la necesidad de fortalecer y garantizar el derecho al acceso de justicia como un servicio público cuyo titular es el Estado, ha generado la consolidación de un sistema alternativo de resolución de conflictos que no tiene como propósito sustituir la jurisdicción ordinaria, sino, por el contrario, ser formas complementarias de la administración de justicia con formalidades y procedimientos distintos del proceso y de la sentencia judicial.

En ese contexto, acudo a las palabras del profesor Taruffo cuando se refiere a los modelos de resolución alternativa de conflictos diciendo que el surgimiento de estos responde a un fenómeno que no es unitario ni homogéneo y que, por ende, es inadecuado hablar de ellos genéricamente².

La razón de su apreciación la tomo para orientar el presente trabajo que refiere a la conciliación y a la mediación como formas de solución de conflictos, precisando de antemano que el mecanismo alternativo que mayor identidad y aplicación que ha tenido Colombia es la *conciliación*, contrario a otros países donde lo ha sido la *mediación*.

En Colombia, la conciliación está reglamentada en la ley como un mecanismo alternativo, y la mediación como una figura de justicia restaurativa consagrada en la ley penal, pero se puede aclarar que en esencia tienen el mismo propósito: lograr que las partes lleguen a soluciones a través del apoyo de una persona particular ajena al conflicto.

En el presente artículo pretendo elaborar una descripción del marco constitucional, legal y también conceptual de ambas figuras, de cara a precisar sus semejanzas y diferencias, no solo en la legislación nacional sino en la internacional. Lo anterior con el propósito de destacar la importancia, uso y aplicabilidad de las mismas en un contexto donde cada día se está fortaleciendo la gestión y resolución de conflictos de

² M. Taruffo. *Páginas sobre justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. (Madrid: Marcial Pons, 2009).

manera directa por las personas que los enfrentan. Ello ha generado ganancias no solo para la sociedad civil que se organiza en torno a una mayor participación en la toma de las decisiones que le afectan, sino también para el Estado como garante y prestatario del servicio de justicia, en la medida que los considere medios complementarios a la administración de justicia que garantizan el acceso efectivo a la justicia y contribuyen a la resolución pacífica de los conflictos.

1. LA CONCILIACIÓN

1.2 MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

No obstante que la conciliación tiene un origen que data de mucho tiempo atrás³, podemos afirmar que la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos surge con la Constitución Política de 1991, particularmente cuando en su artículo 116 se señaló: “[...] Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

En este orden, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la conciliación no solo es congruente con la Constitución del 91, sino que puede evaluarse como una proyección, en el ámbito jurisdiccional, del espíritu pacifista que informa a la Carta en su integridad. Porque, siendo la jurisdicción una forma civilizada y pacífica de solucionar conflictos, lo es más aún el entendimiento directo con el presunto contrincante, pues esta modalidad puede llevar a la convicción de que de la confrontación de puntos de vista opuestos se puede seguir una

³ Al respecto, se puede consultar a Héctor Romero Díaz, *La conciliación judicial y extrajudicial. Su aplicación en el derecho colombiano* (Bogotá: Legis, 2006). Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-893 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas.

solución de compromiso, sin necesidad de que un tercero decida lo que las partes mismas pueden convenir⁴.

En Colombia, con la expedición de la Ley 23 de 1991 se institucionaliza la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes pueden solucionar sus conflictos sin necesidad de acudir a una instancia judicial, y conservando los mismos efectos de las decisiones que se obtienen ante esta.

Si bien no la definió en un sentido particular, lo hizo a través de los asuntos que señaló que podían conciliarse en ella⁵. La ley 23 de 1991, al institucionalizar la conciliación extrajudicial, también estableció la creación y, por ende, la institucionalización de los centros de conciliación⁶. Inicialmente, estos constituyen los espacios institucionales en los cuales los particulares que asumían el rol de conciliadores debían llevar a cabo las audiencias de conciliación⁷.

En el año 1996 se expide la Ley 270, que —en su artículo 8, modificado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009, inciso 3— señala que “[...] Los

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-165 de 1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Artículo 23. Derogado por el art. 167, Ley 446 de 1998. Para los efectos de esta ley se entiende por conciliación al acto por medio del cual las partes, ante un funcionario competente, y cumpliendo los requisitos de fondo y de forma exigidos por las normas que regulan la materia, llegan a un acuerdo que evita el que estas acudan a la jurisdicción laboral.

⁶ Artículo 66 ley 23 de 1991. Modificado por el art. 91, Ley 446 de 1998, modificado por el art. 10, Ley 640 de 2001. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las entidades públicas podrán crear centros de conciliación, previa autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho. Los centros de conciliación creados por entidades públicas no podrán conocer de asuntos de lo contencioso administrativo y sus servicios serán gratuitos. Posteriormente se expidió la Resolución 1342 de 2004, por la cual se establecían los requisitos y el procedimiento para la creación de los centros de conciliación y / o arbitraje, a la fecha derogada por el artículo 83 del Decreto Nacional 1829 de 2013, normativa que actualmente reglamenta en su capítulo II lo concerniente a la creación de centros de conciliación.

⁷ M. Illera Santos, “La responsabilidad del conciliador en la solución del conflicto”, en *La responsabilidad, una mirada de lo público y privado*. Escobar M. Lina y Monsalve C. Vladimir, eds. (Barranquilla: Uninorte-Ibañez, 2010), 335-353.

particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”.

Es de resaltar que el artículo 8 de la Ley Estatutaria de Justicia que fue modificado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009 señalaba en su texto original el *principio de alternatividad*. Este indicaba que la ley podía establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presentaran entre los asociados, principio que —he venido sosteniendo— fortaleció la existencia y el desarrollo de los mecanismos alternativos y, en especial, de la conciliación. Así, se precisa ese carácter de alternatividad en el entendido de que los mecanismos alternativos se tuvieran como formas distintas a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos.

Posteriormente, se expide la Ley 446 de 1998 que en su artículo 64 define la conciliación como un mecanismo de resolución 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. La citada ley deroga algunas normas de la Ley 23 de 1991, entre otras normativas, y dicta disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

En esta ley se faculta al Gobierno nacional para que compile las normas⁸ que existen hasta el momento y que son aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad. Entonces, se expide el Decreto 1818 de 1998, que se consagra como el Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Con la Ley 640 del 2001 la conciliación es reglamentada como una alternativa de los particulares que propenden por acceder a la justicia de manera más rápida y con la voluntad de gestionar y participar directamente en la solución de sus propios conflictos. Es de anotar que la

⁸ Existentes en la Ley 23 de 1991, el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción ni contenido. Artículo 166 Ley 446 de 1998.

ley, precisamente, propicia la formalidad de la conciliación al regular aspectos de forma relacionados con el desarrollo de la misma, como los requisitos de forma que deben cumplir las actas y las constancias que deben expedirse siempre que haya acuerdo o no, los requisitos de la citación y la manera como esta debe hacerse, el término para fijar la fecha en que debe realizarse la conciliación y las consecuencias jurídicas que se derivan si una de las partes no asiste a la misma, entre otros.

También se reglamenta lo relacionado con la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contenciosa administrativa y de familia⁹. En la citada ley se visibiliza el propósito del Estado colombiano de fortalecer el acceso a la justicia en función del servicio que esta representa, y de posicionar a la justicia alternativa como una forma de solucionar los conflictos de manera directa y con mayor agilidad, sin la obligación de acudir de manera directa a las instancias judiciales.

Con posterioridad se dictó el Decreto 1829 de 2013, por el cual se reglamentaron algunas disposiciones de las leyes 23 de 1991; 446 de 1998 y 640 de 2001. Fundamentalmente, dicho decreto se refiere a cuestiones formales respecto a los centros relacionados con su creación y constitución, obligaciones, manejo de información, las funciones de inspección, vigilancia y control del Ministerio de Justicia y del Derecho sobre centros y entidades avaladas para impartir formación en conciliación extrajudicial en derecho, entre otras.

1.3 CONCEPTO

La conciliación se define como un mecanismo alternativo mediante el cual las partes que enfrentan un conflicto lo pueden resolver con la ayuda e intervención de una tercera persona que asumiendo el rol del conciliadora facilita el diálogo y entendimiento entre las partes para que logren solucionar el conflicto de una forma amigable, rápida y directa.

⁹ Ver artículos 35 y ss. de la Ley 640 de 2001.

Como se anotó anteriormente, su definición legal se encuentra en la Ley 446 de 1998, que la establece en su artículo 64 como un mecanismo de resolución 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.

En ese orden y atendiendo a su fundamento constitucional¹⁰, la conciliación se presenta desde entonces como un mecanismo alternativo que tiene como propósito que las partes que enfrentan un conflicto puedan resolverlo con la ayuda de una tercera persona ajena a ellas, denominada conciliador, y que con su intervención puedan encontrar una solución lógica y satisfactoria que ponga fin a la controversia que las enfrenta.

Ha sido definida como una forma de administración de justicia ejercida por particulares como un procedimiento legal, y, de manera excepcional, también ejecutado por funcionarios públicos e incluso por notarios (de acuerdo a lo señalado en la Ley 640 de 2001), por la cual las personas enfrentadas en un conflicto o controversia jurídica se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral en calidad de conciliador, quien además puede proponer fórmulas de acuerdo, dar fe de la decisión de arreglo e impartir su aprobación¹¹.

Se trata de una institución en virtud de la cual se persigue un interés público mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares¹². Así mismo, es un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero

¹⁰ Ver Sentencia de la Corte Constitucional, C-165 de 1993 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ Ver Sentencia de la Corte Constitucional, C-226 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹² Ver Sentencia de la Corte Constitucional, C-160 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

neutral denominado conciliador, quién, además de proponer fórmulas de acuerdo da fe de la decisión de arreglo e imparte su aprobación¹³.

Es importante destacar también que la Corte Constitucional ha señalado que la conciliación debe ser asumida como un mecanismo que hace efectivo el derecho a la administración de justicia, aunque esta sea menos formal y con rasgos diferentes a la que administran los órganos del Estado, sin que su agotamiento indique una desconfianza hacia la justicia formal ni un dispositivo que tenga como fin principal la descongestión judicial, pues si bien esta se convierte en una excelente alternativa para evitarla, no se le puede tener ni tratar como si fuera su única razón de ser¹⁴.

En ese contexto, resulta importante destacar que la conciliación es considerada también un acto jurídico. El profesor Junco Vargas señala que “si tenemos que acto jurídico es toda manifestación de voluntad de una o más personas que crean, modifican o acaban una situación, esto es, que tiene efectos en el Derecho, la conciliación es un acto jurídico, ya que todas las manifestaciones se insertan en el acta que constituye el acuerdo, nacen y se concretan en la vida jurídica, que se complementa con los otros aspectos que se ven”¹⁵.

La filosofía que soporta este tipo de alternativas a la luz de nuestra Constitución Política pretende que los particulares resuelvan por fuera de los estrados judiciales las contiendas que comprometen sus derechos disponibles, apelando a la búsqueda del acuerdo antes que al proceso formalmente entablado¹⁶. Esa es la razón por la cual se afirma que la conciliación responde a un modelo autocompositivo en la medida en que son las partes quienes deciden por su voluntad y de manera concertada la forma como quieren solucionar el conflicto.

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional C-893 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas.

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C- 598 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ R. Junco Vargas, *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales* (Bogotá: Radar, 1993), 53.

¹⁶ Consultar Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas.

Así lo sostuvo la Corte Constitucional cuando señaló que en la auto-composición las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose o intercambiando propuestas directamente, caso en el cual se trataría de una negociación. O bien, si se da la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilite y promueva el diálogo y la negociación entre los actores en disputa, se hablaría de mediación, en cualquiera de sus modalidades.

Así mismo señaló que si bien el término *conciliación* se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar, según sea su voluntad¹⁷.

El término *conciliación* se analiza desde dos perspectivas o sentidos distintos —en palabras de la Corte Constitucional— según el contexto en que es utilizado. En el primero, el procedimental, la conciliación es definida en el artículo 64 de la Ley 446 de 1998 como un mecanismo de resolución 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. Esto puede significar entonces que la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto —eventual, no necesario— la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. No obstante, desde el segundo sentido, el sustancial, el término *conciliación* también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio, es decir, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador¹⁸.

A mi modo de ver, esta distinción que ha establecido la Corte para precisar la forma como nos referimos a la conciliación conceptualmen-

¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-1195 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸ Consultar Sentencia de la Corte Constitucional 1195 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

te resulta interesante y valiosa a la hora de comprender la exigencia del cumplimiento de acudir a la audiencia de conciliación en algunos asuntos, como un requisito de procedibilidad obligatorio antes de acceder a la justicia ordinaria. De la misma forma, nos permite entender la reglamentación de la figura, ya que una cosa es la obligación legal de asistir a una audiencia de conciliación para discutir y analizar posibles fórmulas de arreglo, y otra muy distinta es la decisión libre y voluntaria de aceptar un acuerdo conciliatorio, es decir, de conciliar.

Finalmente, por definición, la conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia.

La conciliación, de acuerdo al artículo 3 de la Ley 640 del 2001, se clasifica en judicial y extrajudicial. Será judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, y extrajudicial si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. A su vez, la conciliación extrajudicial podrá ser en derecho o en equidad, dependiendo de si se realiza ante un abogado conciliador o ante un conciliador en equidad.

Así, existen conciliadores en derecho si los acuerdos se logran a partir de las normas legales. En este caso, los abogados conciliadores habilitados para practicarla pueden estar adscritos a los centros de conciliación o a las autoridades públicas, en cumplimiento de sus funciones conciliatorias. También existen conciliadores en equidad, que no requieren ser abogados, sino líderes comunitarios¹⁹.

1.4 CARACTERÍSTICAS, VENTAJAS Y ASUNTOS CONCILIABLES

Si revisamos el concepto que la Ley 446 de 1998 señala de la conciliación, podemos precisar como característica más relevante que es un mecanismo alternativo de administración de justicia, preventivo, vo-

¹⁹ M. Ramírez, M. Illera y H. Llinás, “Los centros de conciliación: su percepción, conocimiento y uso por parte de los ciudadanos de Barranquilla”, *Revista Civilizar*, vol. 12, n.º 23, (2012): 35-48.

luntario, bilateral y eficaz, en la medida en que las partes pueden resolver el conflicto por sí mismas y con la ayuda del conciliador, cuyas decisiones van a tener los efectos jurídicos de una sentencia judicial.

La Corte Constitucional, así como se ha dado a la tarea de definir la conciliación como mecanismo alternativo, también la ha caracterizado en reiteradas jurisprudencias²⁰ de la siguiente forma:

- a) Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes.
- b) Constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad.
- c) La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso.
- d) No tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador —autoridad administrativa o judicial, o particular— no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora.
- e) Es un mecanismo útil para la solución de los conflictos porque les ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial, que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial.
- f) Puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la

²⁰ Consultar Corte Constitucional, Sentencias C-160 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-893 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas.

solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso-administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal.

- g) Es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia.
- h) La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico.
- i) La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador.

La ley señala los principios sobre los cuales se fundamenta la conciliación. El primero de ellos es la confidencialidad —establecido en el artículo 76 de la Ley 23 de 1991—, que señala el deber de las partes de mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando éste tenga lugar. El segundo es la gratuidad, establecida en la Ley 640 del 2001 (artículo 4), que indica que los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas serán gratuitos.

Es importante anotar además que la Corte Constitucional también ha señalado los fines y objetivos de la conciliación en la medida en que con ella se facilitan y dan garantías para el acceso a la justicia. También otorga y promueve en los ciudadanos la facultad de gestionar directamente sus conflictos; estimula la solución de los conflictos con un criterio pacifista y en forma ágil y eficaz; permite cumplir con el requerimiento de procedibilidad y contribuye a la descongestión de los despachos judiciales.

También deben destacarse las ventajas de acudir a la conciliación como una forma de solución de conflictos. Las partes son libres de acudir a la conciliación y pueden sentir satisfacción al momento de solucionar directamente sus conflictos, tienen el control del procedimiento y de los resultados, y algo muy importante, la conciliación contribuye al mejoramiento de las relaciones entre las partes.

Conforme a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 640 del 2001, se pueden conciliar todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, los servidores públicos facultados para conciliar y ante los notarios y aquellos que expresamente determine la ley, independiente de que la conciliación sea judicial o extrajudicial (artículo 65, Ley 446 de 1998; artículo 19, Ley 640 de 2001).

Respecto al conciliador, para comprender su rol y sus funciones es importante recordar el artículo 116 de la Constitución Política (inciso 4), que señala que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Entonces, lo primero que debemos precisar es que el conciliador es “un particular que administra justicia de manera transitoria”, no es un juez de la República ni es parte interesada en el conflicto.

En efecto, el conciliador es un tercero ajeno al conflicto. Es una persona natural idónea que debe estar capacitada de manera específica y rigurosa para orientar el trámite conciliatorio bajo los principios de imparcialidad y neutralidad²¹.

Su función es propiciar formas de entendimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo sobre el conflicto que las enfrenta. Así, el conciliador, como tercero experto e imparcial, interviene frente a las

²¹ M. de Jesús Illera. La responsabilidad del conciliador en la solución del conflicto, en *La responsabilidad una mirada de lo público y privado*.(ed.). Escobar M., Lina y Monsalve C., Vladimir (Barranquilla: Uninorte-Ibañez, 2010), 335-353.

partes con el fin de persuadirlas, orientarlas, proponerles, capacitarlas e informarlas con autoridad, como director del acto y con el deber de expresar su voluntad respecto de la legalidad de un eventual convenio²².

Debe tener una formación integral, flexible y debe ser, ante todo, persona sencilla, con cierta suspicacia para detectar el acto desleal, el engaño, la habilidad con que uno de los protagonistas trate de beneficiarse a expensas del otro, lo que necesariamente debe hacer parte de su personalidad²³.

Es importante señalar lo dicho por la Corte Constitucional²⁴ en el sentido de que la conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador —autoridad administrativa, judicial o particular— no interviene para imponerles a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora.

El conciliador simplemente se limita a presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr la solución del conflicto, a presenciar y a registrar el acuerdo al que han llegado. El conciliador, por consiguiente, no es parte interesada en el conflicto y asume una posición neutral.

Los conciliadores pueden ser de dos tipos; los primeros son los funcionarios del Estado que cumplen funciones de conciliación, caso de los jueces, inspectores de trabajo, inspectores de tránsito, inspectores de policía, comisarios y defensores de familia, delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo y agentes del Ministerio Público, entre otros. Y los segundos son los conciliadores de los centros de conciliación, que pueden ser abogados que se encuentren inscritos en estas instituciones, y los estudiantes que estén vinculados a los cen-

²² J. Junco Vargas. *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales y en el Sistema Acusatorio* (Bogotá: Ediciones Temis, 2007).

²³ J. Gacharná, *La eficacia de la conciliación* (Bogotá: Ediciones El Profesional, 2004).

²⁴ Consultar Corte Constitucional, sentencia C-160 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

tros de conciliación de los consultorios jurídicos de sus universidades. Además, están los notarios, que fueron facultados para conciliar según el texto de los artículos 19 y 27 de la Ley 640 del 2001²⁵.

Para que pueda cumplir las funciones que le asigna la ley, el conciliador debe acreditar que recibió y aprobó la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos, avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho.²⁶ Si quien se desempeña como conciliador es estudiante de derecho y miembro activo del consultorio jurídico o judicante, deberá recibir capacitación en conciliación y mecanismos alternativos de solución de conflictos por parte de la universidad²⁷.

Según la Ley 640 del 2001, en su artículo 8, el conciliador tiene unas obligaciones que cumplir: 1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley. 2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia. 3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación. 4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia. 5. Formular propuestas de arreglo. 6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación. 7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.

La revisión individual de todas y cada una de las obligaciones asignadas al conciliador en la citada ley deja en evidencia la gran responsabilidad que asume como tercero ante las partes que enfrentan una situación conflictiva, para dirigir independientemente y bajo su criterio, pero conforme a la ley, el trámite conciliatorio. Él es el responsable del proceso y debe velar porque los derechos ciertos e indiscutibles y mínimos e intransigibles de las partes no se menoscaben.

²⁵ M. Ramírez, M. Illera y H. Llinás, “Los centros de conciliación: su percepción, conocimiento y uso por parte de los ciudadanos de Barranquilla”, *Revista Civilizar*, vol. 12, n.º 23, (2012): 35-48.

²⁶ Ver artículo 7 de la Ley 640 de 2001.

²⁷ Ampliar información en el artículo 11 de la Ley 640 de 2001. Decreto 1829 de 2013.