



EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO
DESDE LA PERSPECTIVA COLOMBIA - PERÚ

- Mónica Alexandra Álvarez Mejía
- Juan Sebastián Bastidas Zárate

 **Universidad de Boyacá®**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CENTRO DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO "CIPADE"

Álvarez Mejía, Mónica Alexandra

El procedimiento conciliatorio : análisis del derecho comparado desde la perspectiva Colombia -Perú / Mónica Alexandra Álvarez Mejía y Juan Sebastián Bastidas Zárate ; ilustraciones Diana Lizeth Becerra Castro. -- Tunja : Universidad de Boyacá, 2020.

134 páginas : ilustraciones ; 24 cm.

ISBN 978-958-5120-03-7

1. Conciliación (Derecho penal) - Colombia 2. Conciliación (Derecho penal) - Perú 3. Solución de conflictos - Colombia 4. Solución de conflictos - Perú 5. Derecho comparado - Colombia 6. Derecho comparado - Perú I. Bastidas Zárate, Juan Sebastián, autor II. Becerra Castro, Diana Lizeth, ilustradora III. Tít.
347.09 cd 21 ed.

A1660960

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango



EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO
DESDE LA PERSPECTIVA COLOMBIA - PERÚ

- Mónica Alexandra Álvarez Mejía
- Juan Sebastián Bastidas Zárate

 **Universidad de Boyacá**[®]

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CENTRO DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO "CIPADE"

Presidente de la Universidad de Boyacá

Dr. Osmar Correal Cabral

Rectora

Dra. Rosita Cuervo Payeras

Vicerrector Académico

Ing. MSc. Rodrigo Correal Cuervo

Vicerrector Desarrollo Institucional

Ing. MSc. Andrés Correal

**Vicerrectora Investigación Ciencia
y Tecnología**

Ing. Mg. Claudia Patricia Quevedo Vargas

Vicerrectora Educación Virtual

Ing. Mg. Carmenza Montañez Torres

**Vicerrector Administrativo y
de Infraestructura**

Dr. Camilo Correal C.

**Decana Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales**

C.S. Mg. Ethna Yanira Romero Garzón

**Directora del Centro de Investigaciones para
el Desarrollo “CIPADE”**

Ft. Mg. Elisa Andrea Cobo Mejía

©

Los autores

Mónica Alexandra Álvarez Mejía

Juan Sebastián Bastidas Zárate

**Gestión editorial, Corrección de texto
y estilo, diseño y diagramación**

División de Publicaciones

Director División de Publicaciones

Ing. D.G. Mg. Johan Camilo Agudelo Solano

Diseño de Cubierta

D.G. Diana Lizeth Becerra Castro

Diseño y diagramación

Ing. D.G. Mg. Johan Camilo Agudelo Solano

© Ediciones Universidad de Boyacá

Carrera 2ª. Este N° 64-169

Tels.: (8) 7452742 - 7450000 Ext. 3104

www.uniboyaca.edu.co

publicaciones@uniboyaca.edu.co

Tunja-Boyacá-Colombia

ISBN: 978-958-5120-03-7

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de la:

 **Universidad de Boyacá®**

Vigilada Mineducación

© 2020

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo (Ley 23 de 1982).

DOI: <https://doi.org/10.24267/9789585120037>

PRESENTACIÓN

Este libro nace como resultado de los trabajos realizados por el Grupo de Investigación Socio – Jurídica de la Universidad de Boyacá, a partir de las discusiones y análisis realizados en el curso de “Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos” en el programa de Derecho y Ciencias Políticas, en donde fue muy importante la participación de un estudiante de intercambio proveniente del Perú. Por eso, la primera aproximación es la historia del mecanismo de Conciliación que tiene diferentes trayectorias en los dos países: en Perú tiene su origen en la función que desempeñaban los alcaldes de los diferentes pueblos del país, luego se crearon los juzgados de paz que funcionaron hasta 1912 cuando fueron derogados por el Código de Procedimientos Civiles. Los autores indican que “no puede decirse que el origen de la institución (de la conciliación) haya tenido las implicaciones que tiene hoy día, ya que la relevancia como mecanismo de solución de conflictos es reciente y fue adoptado en 1997, con la expedición de la Ley que reglamentó en su integridad esta figura y su aplicación en el territorio peruano”.

En el caso colombiano, su origen data de 1948 cuando se expidió el Decreto 2185 que fue acogido como legislación permanente mediante Decreto 4133 de ese mismo año cuando se expidió el Código Procesal del Trabajo, y posteriormente con el Código de Procedimiento Civil expedido mediante Decreto 1400 de 1970, e incorporado en el Decreto 2303 de 1989 sobre cuestiones agrarias. Pero es la Constitución de 1991 que eleva a rango superior esta figura, ya que en el “el artículo 116 invistió a los particulares transitoriamente de jurisdicción en la medida en que actuaran en casos concretos como conciliadores o árbitros”.

A partir de 1991 se ha venido desarrollando ese precepto constitucional en diferentes disposiciones legales para abarcar las discrepancias laborales (Ley 23/91), las controversias de los ciudadanos (Ley 270/96), o como mecanismo de descongestión judicial (Ley 446/98). Finalmente, en 1998 se expidió mediante Decreto 1818 el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, el cual se ha venido modificando y complementando con disposiciones posteriores, para aclarar la procedibilidad en asuntos civiles, comerciales, de familia, penales, contenciosos administrativos y de tránsito, y con la

oralidad consagrada en el Código General del Proceso expedido en el año 2012 se completa el andamiaje jurídico de la conciliación.

Este esfuerzo editorial se inscribe en los fundamentos del Derecho Comparado no solo para examinar las diferencias o coincidencias jurídicas sino para que enriquezcan la disciplina jurídica que hoy más que nunca debe salirse de los linderos patrios, porque los desarrollos del derecho positivo obliga a contrastar permanentemente los distintos sistemas jurídicos, los diferentes conceptos y la aplicabilidad a diversos contextos y situaciones que cada día son más globales por los cambios que se han producido en el mundo.

Felicitaciones a Juan Sebastián Bastidas Zárate y a Mónica Alexandra Álvarez Mejía por este esfuerzo que recibirá la mejor acogida entre los estudiantes y profesores de Derecho.

Osmar Correal Cabral
Presidente Universidad de Boyacá

A la divina providencia, fuente de la creación e iluminación del saber universal, decorada con la dulce mirada de María Santísima. A Elizabeth mi Madre, motivo de inspiración y admiración. A Lizeth, mi hermana, mi orgullo y alegría. A mi padre Juan Carlos. A mis abuelos, ejemplo de vida. Y a quienes han sido mis amigos y compañeros de travesía.

Juan Sebastián

A Dios por darme la vida, amarme, regalarme su misericordia en cada paso que doy; por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y poner en mi existir a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía.

A mi madre Anita por amarme mucho, por creer en mí y ser uno de los pilares fundamentales en todo lo que soy.

A mi padre Enrique, quien desde el cielo me sigue acompañando e inspirando con su amor.

A mis hijas María Alexandra y Mariapaz por su afecto, su ternura y su cariño, los cuales se han constituido en la piedra angular de mi felicidad, de mi esfuerzo, de mis ganas de hacer lo mejor para ser su ejemplo de vida.

A mi amado esposo Rolando por su amor incondicional, por ser el protagonista de mi historia, la persona que me acompañará hasta la última página de mi vida.

A mi nieto Camilo, por su ternura y ayudarme siempre a ver el lado dulce de la vida.

A todos ellos gracias, porque han sido mi motivación más grande.

Mónica Alexandra

CONTENIDO

Introducción	13
--------------------	----

CAPÍTULO I

El Conflicto y las Teorías en Torno a su Origen y Tratamiento	17
--	-----------

1. El conflicto	19
-----------------------	----

2. Teorías frente al origen del conflicto	22
---	----

2.1 Teoría marxista	22
---------------------------	----

2.2 Teoría liberal	23
--------------------------	----

2.3 Teoría estructural funcionalista	25
--	----

2.4 Teoría conflictualista liberal	26
--	----

CAPÍTULO II

Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos	29
--	-----------

1. Función de los mecanismos alternativos de solución de conflictos	35
---	----

2. Importancia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos	37
---	----

3. Características de los mecanismos alternativos de solución de conflictos	40
---	----

4. Finalidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos ..	44
--	----

5. Clases de mecanismos alternativos de solución de conflictos	44
--	----

5.1 Métodos heterocompositivos	45
--------------------------------------	----

5.2 Métodos autocompositivos	46
------------------------------------	----

CAPÍTULO III

La Institución Conciliadora, Fines y Teorías en Torno a la Naturaleza Jurídica Colombia y Perú	51
1. Marco histórico	53
1.1 Desarrollo histórico de la conciliación en Colombia	53
1.2 Desarrollo histórico de la conciliación en Perú	56
2. Desarrollo normativo de la conciliación: Colombia – Perú	58
2.1 Colombia	59
2.2 Perú	68
3. Fines de la conciliación: Colombia – Perú	73
3.1 Soluciona los conflictos jurídicos sin necesidad de acudir a la vía procesal	73
3.2 Otorga y promueve en los ciudadanos la facultad de gestionar directamente sus conflictos	74
3.3 Estimula la solución de los conflictos con un criterio pacifista y en forma ágil y eficaz	75
3.4 Permite cumplir con el requisito de procedibilidad	75
3.5 Contribuye a la descongestión de los despachos judiciales	76
4. Implicaciones teórico–prácticas de la conciliación en Colombia y Perú	76
4.1 Teoría procesalista	76
4.2 Teoría jurisdiccional	77
4.3 Teoría del negocio	78
4.4 Teoría mixta	79
4.5 Teoría de la conciliación como institución	80
4.6 Teoría del acto jurídico	81

CAPÍTULO IV

El Proceso Conciliatorio: Diferencias y Similitudes entre Colombia y Perú	83
1. El proceso conciliatorio	85
1.1 Colombia	86
1.2 Perú	87
2. Las Divergencias en el proceso conciliatorio Colombia – Perú	88
2.1 Consagración constitucional	88
2.2 La conciliación como acto jurisdiccional	89
2.3 Procedimiento y términos	90
2.4 Conclusión del procedimiento	91
2.5 Los documentos resultado de la conciliación	92
2.6 Rectificación del acta	92
2.7 El conciliador	93
3. Las convergencias en el proceso conciliatorio Colombia – Perú	94
3.1 Consecuencia de no intentar la conciliación	95
3.2 Concurrencia a la audiencia	95
3.3 Mérito ejecutivo del acuerdo conciliatorio	96
3.4 Prescripción y caducidad	96
3.5 Lugar de celebración de la audiencia	97

CAPÍTULO V

Conciliación: Una Estrategia de Unificación Legislativa Colombia y Perú	99
--	-----------

CAPÍTULO VI

La Conciliación como Instrumento de Participación y Convivencia en el Caso de Colombia y Perú	107
1. El estado social y democrático de derecho	109
2. Los derechos base de la solución de conflictos	111
A. Igualdad	112
B. Justicia	113
C. Participación	114
D. Convivencia	115
E. La Paz	115
3. La Conciliación como instrumento de participación y convivencia pacífica	116
Conclusiones	121
Bibliografía	127

INTRODUCCIÓN*

La conciliación se ha convertido en un mecanismo idóneo de solución de conflictos, al igual que un instrumento de participación ciudadana y convivencia pacífica. No obstante, esta realidad se consolidó con la entrada en vigencia del Estado Social de Derecho, bajo el cual se exaltaron y materializaron principios y valores como la participación, la justicia, la igualdad y la paz. El desarrollo histórico legal, fundamento de la naturaleza jurídica y finalidad de la institución, ha permitido observar los grandes beneficios que ha traído para Colombia y Perú, quienes han compartido realidades históricas y culturales similares, permitiendo que en estas naciones se materialicen valores importantes y se contribuya a la formación de una convivencia participativa y pacífica, a través de la conciliación, por ejemplo.

La conciliación es una figura jurídica que ha venido cobrando vital importancia en la resolución pacífica de controversias, ya que permite a las personas inmersas en un conflicto, dar respuesta de manera efectiva y ágil a esa contención en forma autocompositiva, sin que sea necesario acudir ante un juez, evitando largos procedimientos y, al contrario, materializando la justicia en casos concretos. Esa premisa ha llevado a que Colombia y Perú le apuesten a la conciliación como una verdadera herramienta de acceso a la justicia y muestra de ello, son las legislaciones que en ambas naciones se evidencian frente al tema.

La idea de adelantar un análisis comparativo del procedimiento conciliatorio en Colombia y Perú, nace precisamente de los beneficios que la institución jurídica plantea a la hora de resolver conflictos y el tratamiento que a la misma figura se le da en países diferentes a pesar de tener un mismo objetivo. Surge de allí el planteamiento del presente libro, el cual encuentra su justificación en las incidencias legislativas que en países distintos tiene la conciliación. La idea de realizar un estudio de comparación a nivel legislativo, reviste un interés que no puede pasarse por alto, ya que contribuirá al enriquecimiento de la legislación de dos países que, histórica y culturalmente, comparten muchos aspectos.

* Este Libro es producto resultado de investigación del Proyecto denominado “EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO EN MATERIA CIVIL: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO DESDE LA PERSPECTIVA COLOMBIA - PERÚ”, del Grupo de Investigación Socio - Jurídica de la Universidad de Boyacá.

Todo lo anterior lleva a presentar el problema planteado en la investigación que motivó la producción del presente libro y al que se pretende dar respuesta en el transcurso de estos párrafos: ¿cuáles son las similitudes y divergencias dogmáticas procesales de la conciliación en materia civil, en los procesos ordinarios y/o declarativos en Colombia y Perú?

No obstante, para dar respuesta al problema, y al objetivo general de este documento, es necesario desarrollar uno a uno los objetivos específicos que se trazaron, los cuales responden a la sistematización del problema. En primer lugar, será objeto de análisis, el conflicto y las teorías que explican su origen, priorizando el conflicto jurídico, para a partir de allí, comprender el surgimiento de la figura jurídica de la conciliación. En segundo orden, se abordará grosso modo, el análisis de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, sus funciones, la importancia de estos institutos jurídicos, sus principales características, su finalidad y las clases, que se pueden encontrar en el mundo jurídico.

Así las cosas, como tercer punto, se tratarán los textos legales vigentes en Colombia y Perú, correspondiendo la temática al primer capítulo de la presente obra, en el que se presentará la figura jurídica de la conciliación, su fundamento legal, estableciendo las finalidades perseguidas con la implementación de esta institución en ambos países, así como las teorías que sustentan su existencia y razón de ser, desde la óptica peruana y colombiana.

En cuarto lugar, se observarán las diferencias y similitudes del procedimiento conciliatorio en Colombia y Perú, correspondiendo al segundo objetivo específico, que pretende analizar los procesos conciliatorios adelantados en Perú y Colombia, estableciendo sus principales divergencias, así como sus semejanzas, realizando un estudio comparativo del proceso en cuestión. Para el desarrollo del mismo, se hace necesario remitirse a los textos legales vigentes en ambas naciones, dándose continuidad al capítulo primero de este texto, encontrando insumos y argumentos sólidos para el capítulo final, que desarrolla el último objetivo específico trazado aquí.

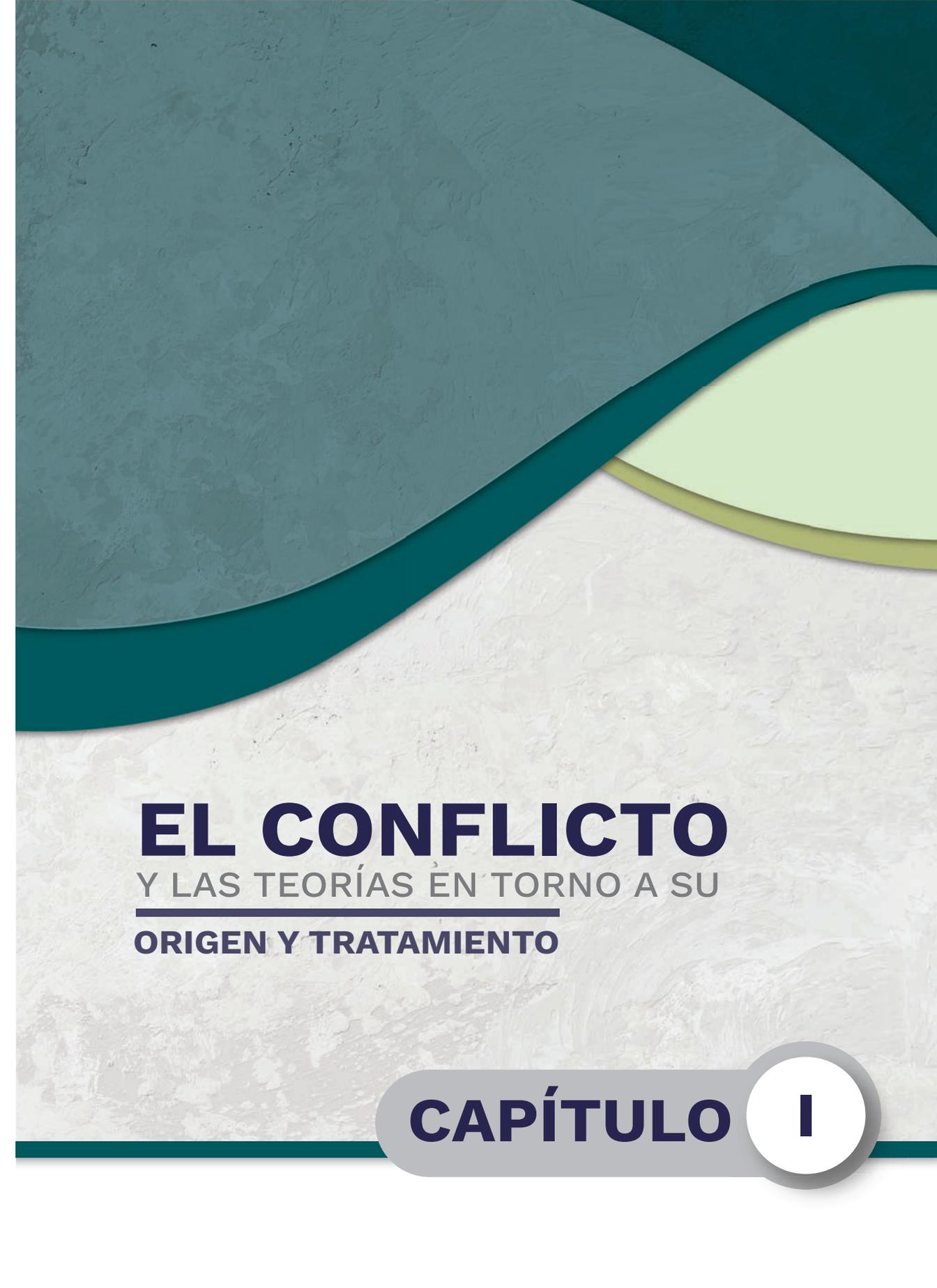
En quinto lugar, y tomando como referente lo desarrollado anteriormente, el último capítulo de este libro pretende argumentar la viabilidad de realizar una propuesta que consolide una sola regulación

legislativa en materia de conciliación, aplicable a Colombia y a Perú. Habiendo argumentado las posibilidades, se presentará un modelo legislativo unificado, que eventualmente sería avalado por los Congresos colombiano y peruano, facilitando la práctica de la figura jurídica de la conciliación en la solución de controversias en ambos países.

Es importante reflexionar además sobre el valor de la conciliación como un mecanismo de participación y construcción de paz. Para efectos de adelantar ese último capítulo, es esencial referirse al Estado Social y Democrático de Derecho, y los derechos que de ese modelo de Estado se derivan para la solución pacífica de controversias, lo cual resulta ser el sentido y finalidad fundamental de la conciliación misma. Estos argumentos, permitirán arribar al estudio y análisis de la figura de la conciliación propiamente dicha, instrumento de construcción de participación ciudadana y por su puesto de paz.

Finalmente, y tomando como base todo lo dicho, se formularán una serie de conclusiones en torno al tema de investigación planteado, lo que permitirá dar respuesta al problema de investigación, al igual que a lo trazado en el objetivo general, que dio origen a este texto. De esta manera, se busca hacer una breve descripción de las conclusiones obtenidas en el desarrollo de la investigación que motivo la redacción de este libro frente a los aspectos más significativos, lo que facilitará observar el desarrollo de la misma.



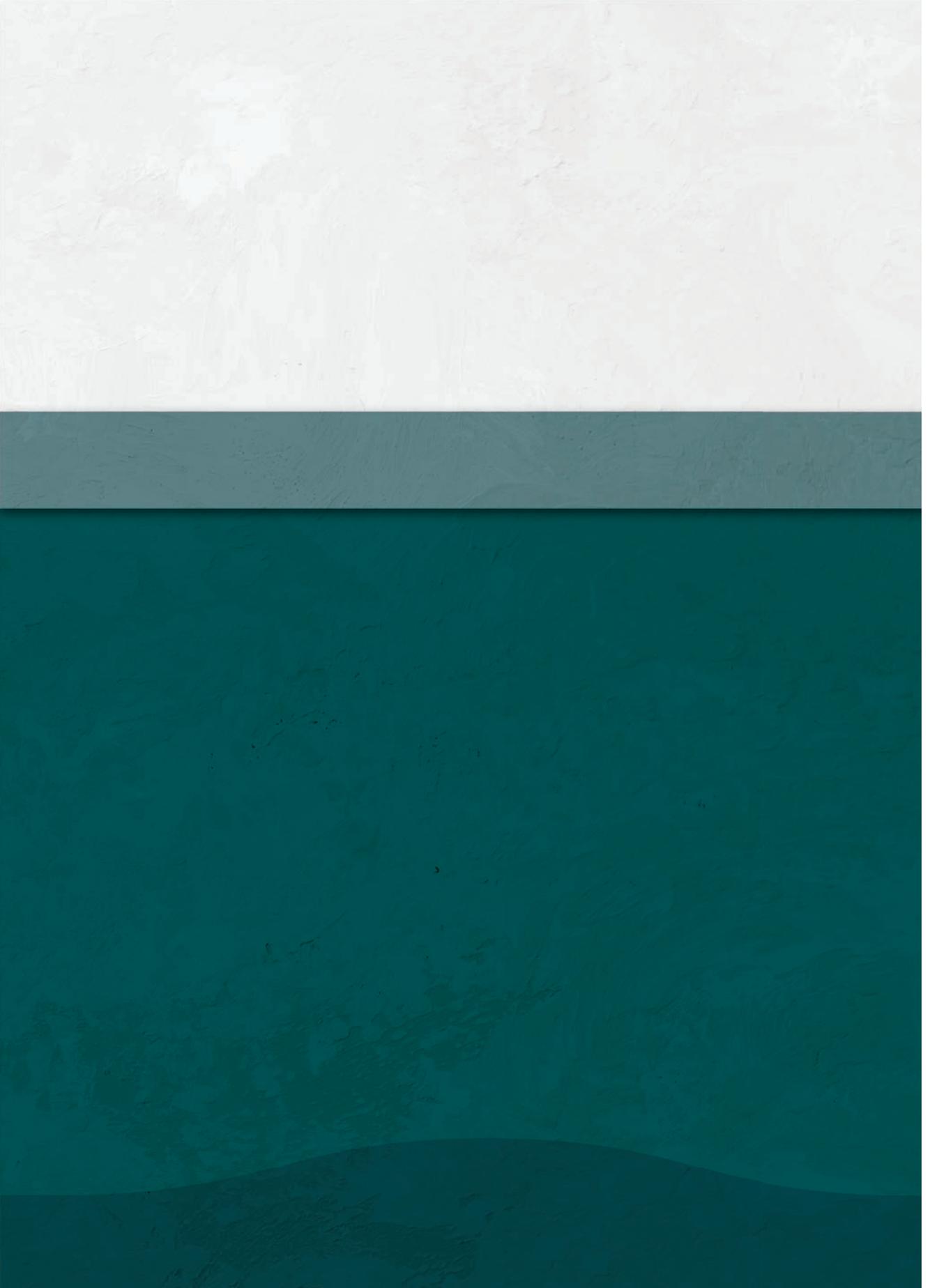


EL CONFLICTO

Y LAS TEORÍAS EN TORNO A SU

ORIGEN Y TRATAMIENTO

CAPÍTULO I



1. EL CONFLICTO

La razón de ser de un mecanismo de solución, de una alternativa, de una negociación o el sin fin de sinónimos que se pueden encontrar para ello, es la existencia de un conflicto. Este hecho es un aspecto inherente a la humanidad y forma parte de la cultura y de la misma convivencia entre las personas, que coexisten en un delicado engranaje de roles conocido como sociedad. Fuquen (2003), se refiere al conflicto de la siguiente manera:

Una situación social, familiar, de pareja o personal que sitúa a las personas en contradicción y pugna por distintos intereses y motivos —teniendo en cuenta que por contradicción se entiende la oposición de dos o más personas o grupos étnicos, sociales y culturales, o la manifestación de incompatibilidades frente a algún asunto que les compete, y por pugna la acción de oponerse a la otra persona, la lucha que se presenta por la intención de su decisión (p. 267).

Entonces, puede decirse que el conflicto es una disputa, un desacuerdo y, por ende, dos posturas encontradas.

Por otro lado, la Real Academia de la Lengua Española brinda como una de las definiciones de conflicto, la siguiente: “Problema, cuestión, materia de discusión” (Real Academia Española, 2014, párr. 4). De esta manera, se puede decir que la existencia de un conflicto trae implícita la idea de una controversia, de una situación que necesita ser solucionada.

En ese orden de ideas, puede añadirse que “El conflicto, como veremos con atención posteriormente y de forma genérica, es un proceso “interactivo” que se da en un contexto determinado y entre unos actores involucrados” (Fisas, 1998, pp. 29-30). Así las cosas, debe decirse que el conflicto es un asunto que de alguna manera se encuentra vivo, en la medida en que acarrea una constante interacción de sujetos o instituciones y que puede dinamizarse positiva o negativamente. Por esta razón según Fisas (1998):

aprender a prevenir y gestionar correctamente los conflictos sería, por ello, una forma de superar esta situación y avanzar en el proceso hacia la paz, una palabra mágica y confusa que ha

sido y será siempre manipulada por quienes aborrecen lo que supone e implica (pp. 17-18).

Aunado a lo anterior, la doctrina ha señalado lo siguiente:

El conflicto no es necesariamente negativo, anormal o disfuncional; es un hecho real. Puede decirse que hoy es una industria en crecimiento. En las sociedades, comunidades, empresas, asociaciones, oficinas judiciales, se afrontan conflictos en diferentes oportunidades y en la interacción cotidiana, sin que se puedan eliminar – tampoco de ello se trata – pero se puede elegir el modo de manejarlos (Hoyos, 2001, pp. 23-24).

De lo expuesto hasta aquí, se deduce que la problemática hace parte de la vida cotidiana y que, de hecho, es una situación que se presenta comúnmente y requiere de un tratamiento para su solución. No obstante, previo a estas explicaciones, es menester observar las clases de controversias y las teorías que en torno al término se han planteado. Los conflictos pueden ser intrapersonales e interpersonales.

Los conflictos intrapersonales son aquellos que se presentan en el interior de una persona, no siendo los mismos, objeto de una alternativa de solución o no al menos desde el punto de vista jurídico. Este tipo de problemas “expresan desajustes entre el yo ideal (deseos, aspiraciones, expectativas, etc.) y el yo real (situación actual, condiciones personales, familiares, etc.)” (Hornillo & Rebollo, 2010, p. 252). Por su parte, los apremios interpersonales son aquellos presentados entre dos o más personas, recogiendo íntegramente el significado y connotación de la controversia propiamente dicha, lo cual implica, entonces, que en efecto es objeto de una solución alternativa. Estas circunstancias se pueden definir de la siguiente manera: “Los resultados indican que el conflicto interpersonal es mayoritariamente definido como un proceso-producto de carácter subjetivo-cognitivo que implica percepciones de metas incompatibles por, al menos, dos individuos” (Infante, 1998, p. 485). Frente a esta clase de alteraciones, Hornillo y Rebollo (2010), expresan que: “Por un lado, los conflictos interpersonales expresan conflictos de índole social reflejando confrontaciones entre el yo y los otros” (p. 252). La existencia de los conflictos, no necesariamente resulta ser un hecho negativo, por el contrario, la ocurrencia de una circunstancia común puede generar aspectos positivos dentro de la sociedad misma. Por un lado,

el conflicto genera creatividad, y hace por ende a los posibles contradictores creativos, así como a sus posibles intermediarios. Desde otro punto de vista, el conflicto consiste siempre en una relación, que, de acuerdo con su desarrollo, desemboca en la misma circunstancia, es decir en innovación.

Ahora bien, existe otra clase de conflicto que reviste especial importancia para los fines de este texto. Esa clase de problemática, es la que ocupa la atención de los autores, y en la que se centrará el objeto de trabajo. La controversia jurídica tiene origen en la medida en que uno o más individuos, con su acción u omisión, generan un resultado inmediato que consiste en el quebrantamiento de una norma jurídica de tipo imperativo, prohibitivo o permisivo, en detrimento de otra u otras personas; a su vez, dicha situación concluye en la aparición de un litigio. Ese pleito tiene relevancia jurídica, al afectar el ordenamiento jurídico y la convivencia pacífica, razón esta, para que el Estado entre a buscar alternativas que le den una pronta y efectiva solución. Frente a este punto, puede referenciarse lo siguiente:

La consecuencia más grave de esta situación de conflicto permitido es que, cuando alguien nos enfrenta con sus pretensiones que sabemos no obligatorias para nosotros, nuestra inmediata reacción es pensar que no estamos obligados (jurídicamente). Frente a esa constatación, concluimos en primer lugar que “no estamos en conflicto con él”, desde que no tiene “derecho” a lo que nos pide. Y, en segundo lugar, que no es, por ende, nuestro interlocutor (Entelman, 2009, p. 56).

Así las cosas, el concepto de conflicto jurídico está relacionado con la noción de derecho sustantivo, en la medida en que este término se convierte en la base fundamental del litigio jurídico, siendo este el punto de partida para la creación y solución del mismo. De esta manera:

Lo sustantivo es lo esencial, lo básico, lo fundamental; en este sentido se dice que el derecho sustantivo es el conjunto de normas que imponen derechos y conceden obligaciones, son las normas que determinan las bases (derechos y obligaciones) sobre las cuales se habrá de decidir o resolver cualquier conflicto jurídico (Latorre, 1985, p. 70).

Este tipo de conflicto puede definirse también de la siguiente manera:

No obstante, no todos los conflictos interesan al Derecho como ciencia, y por esta razón, se habla de los conflictos jurídicos. Este tipo de conflicto, se presenta en la medida en que una o más personas infringen una determinada norma de Derecho, en desmedro de los derechos de otra u otras personas, teniendo esto como consecuencia, el surgimiento de un litigio. Este fenómeno social tiene relevancia jurídica, entendiéndose que involucra instituciones como la justicia, y obliga al Estado a buscar alternativas para su solución (Parra, 2016, p. 49).

En ese orden de ideas, aparecen las alternativas tradicionales de solución de los conflictos como el sistema jurídico y, de su mano, la jurisdicción ejercida por los jueces; asimismo, surgen medidas opcionales como los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la conciliación. De acuerdo con lo anterior, corresponde en primer lugar, estudiar las teorías que frente al origen del conflicto se han debatido históricamente.

2. TEORÍAS FRENTE AL ORIGEN DEL CONFLICTO

Habiendo discutido algunas de las clases de conflicto, vale la pena ahondar en el origen del mismo, de su razón de ser, y esto implica, traer a colación las teorías que frente al asunto se han venido tratando. Históricamente, el origen de las controversias ha tenido como protagonistas a dos grandes posturas; por un lado, la teoría marxista que si se observa en una línea de tiempo, fue la primera de las explicaciones sociológicas frente al tema; por otra parte la teoría liberal, surgida posteriormente y de cierta manera inspirada en la anterior, aunque con puntos divergentes.

2.1 TEORÍA MARXISTA

La teoría marxista, surgida en Alemania, Francia e Inglaterra a principios del siglo XIX, impulsada especialmente por Karl Marx y Federico Engels, basa su propuesta en la existencia de las clases sociales, siendo este el punto de partida para efectos de exponer los diferentes movimientos y cambios presentados en la colectividad y, por supuesto, la base para poder explicar la presencia del conflicto. Para el marxismo, la sociedad es una especie de cuerpo, históricamente fraccionado en

sectores enfrentados, es decir, en clases sociales. Frente al particular se ha dicho que:

El marxismo concibe a la sociedad como cuerpo de organización integrado y dividido entre distintas clases sociales, con intereses enfrentados. Históricamente, en los diferentes periodos de la vida en sociedad, han variado las clases sociales: esclavos y patricios, siervos y señores feudales, proletarios y burgueses, etc., pero siempre la sociedad ha estado fraccionada en clases sociales con objetivos contra opuestos (Silva, 2008, p. 31).

Según Marx, “el conflicto lleva no solo a relaciones siempre cambiantes dentro de la estructura social existente, sino que todo el sistema social sufre una transformación a causa del conflicto” (Coser, 1970, p. 30). De acuerdo con lo anterior, el surgimiento del problema para el marxismo, se basa en la contraposición de los diferentes sectores de la sociedad, divididos en clases. La estratificación de la sociedad representa para esta teoría la denominada lucha de clases, teniendo en cuenta que las mismas se encuentran en constante pugna a razón de su posición. Tal circunstancia, se convierte en el motor esencial de las grandes transformaciones sociales y, por ende, es origen mismo de las controversias. Se plantea, entonces, la ocurrencia de contradicciones principales o antagónicas y las secundarias.

Respecto a las primeras cabe resaltar lo dicho por Coser (1970): “que no pueden ser conciliadas y solamente se resuelven por una pugna entre contrarios que conlleva a un nuevo estado de cosas, o superación de la contradicción mediante la destrucción dialéctica de los opuestos” (p. 31). En cuanto a las segundas, se considera que tienen un punto de acuerdo y por esta razón, son objeto de arreglo o conciliación. Evidentemente, la teoría expuesta por Marx y Engels, dejaba entrever aspectos de tipo político y económico, y de acuerdo con ello, se planteaba la clara contradicción, entre las relaciones de capital y trabajo, propias del sistema capitalista, el cual sería superado con la implementación del modelo socialista y comunista.

2.2 TEORÍA LIBERAL

Ahora bien, siguiendo un orden estrictamente cronológico, surge la teoría liberal en el siglo XX que tuvo su desarrollo en Europa y Estados

Unidos y que recibió gran influencia del marxismo, sin embargo, se apartó de muchos de sus postulados. En principio, los liberales aceptan como hecho cierto la existencia de clases sociales y por ende la estratificación de la sociedad. En ese mismo sentido, puede tenerse como protagonista de grandes conflictos a estos actores; no obstante, la lucha de clases concebida por el marxismo no resultaba ser la explicación más acertada frente al origen del conflicto. La pugna entre las diferentes clases sociales, si bien es cierto podía llegar a originar conflictos, no era la única causa entendiendo que incluso miembros de esos grupos entraban en pleitos entre sí. Piénsese en las luchas protagonizadas por pandillas de barrio, o estructuras criminales de la misma ciudad. Los miembros de estos grupos generalmente pertenecen a la idéntica clase social, atendiendo a las circunstancias económicas, familiares y sociales que los rodearon; tales hechos no evitan que se presenten grandes y graves conflictos entre ellos.

Se entiende entonces que la clase puede llegar a constituir la causa y origen de un conflicto, pero no es la única y exclusiva razón para explicar su nacimiento. Atendiendo a estos vacíos dejados por la tradición marxista, la teoría liberal plantea la idea de grupos sociales como los actores de un pleito, más no a la clase social. El término grupo resulta ser específico e identificable y, por ende, más fácil de comprender, lo cual no implica que no se presenten controversias entre las clases. El planteamiento del grupo social y la contradicción entre esos grupos, que igualmente se encuentran conviviendo dentro de la sociedad, representa para los liberales el verdadero origen del conflicto. Así, la identificación de aquellos conjuntos y las diferencias que existen entre los mismos, brindará con facilidad la tipología del problema ya sea de orden religioso, cultural o político, e incluso generacional. Para el liberalismo la idea de clase social acentúa la controversia en un plano netamente económico y esta no es la única razón de ser de los conflictos.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, que una controversia no puede encasillarse en inconciliable o antagónico y secundario; su posible solución o no, dependerá de las características particulares de cada hecho, ya que aquellas circunstancias que pudiera creerse son fácilmente conciliables, resultan tener consecuencias, muchas veces inesperadas y desproporcionadas. Pero, los postulados liberales frente al origen del problema, también llegaron a tener puntos encontrados con los postulados marxistas. Así, por ejemplo, para la teoría liberal

la existencia de la contienda representa un incentivo para el cambio y progreso de la sociedad, siendo esta por naturaleza conflictiva. Valga decir, adicionalmente, que la corriente política liberal tradicional veía el litigio como un fenómeno transitorio que no permanecía en la vida política. En relación con lo anterior, se menciona que:

La teoría política liberal tradicional concibe el conflicto como algo transitorio y no como un rasgo universal de la vida política. Pero los conflictos entre libertades básicas son algo habitual en derecho y en política. En la mayor parte de los casos se resolverán aplicando nuestra concepción de la buena sociedad a las circunstancias históricas específicas del régimen particular (Gray, 2001, p. 78).

Evidentemente, las posturas frente al conflicto no se quedaron simplemente en dos planteamientos, y si las teorías marxista y liberal fueron protagonistas en su momento, la discusión se centró en otras dos posturas que encontraron su controversia hacia las décadas de los años 50 y 60 del siglo XX.

2.3 TEORÍA ESTRUCTURAL FUNCIONALISTA

La teoría estructural funcionalista de raigambre estadounidense y de corte conservador, la cual tiene como pionero a Emil Durkheim y como principal exponente a Talcott Parsons, postula a la sociedad como un ideal en el que los miembros cumplen un papel e impera la armonía y la cooperación. La sociedad es un sistema subdividido en una serie de sistemas cuyos componentes se ven obligados a cumplir con su rol en forma solidaria. Entonces:

Para el estructural funcionalismo, la sociedad se encuentra conformada por estructuras sociales y estas, a su vez, por subestructuras, las cuales forman el sistema social, cuyas partes tienen por objeto la realización de una serie de tareas o la ejecución de unas atribuciones que desempeñan en forma armónica, pues persiguen una finalidad común, cual es la generación de la estabilidad que permite el desarrollo de la vida social. Esas partes del sistema, en la medida en que colaboran entre sí para lograr la meta perseguida cumplen con funciones sociales que son benéficas para la sociedad, la más importante de ellas, la señalada de preservar la estabilidad social (Silva, 2008, p. 34).

Si se tiene en cuenta la idea de un sistema y la colaboración armónica de todos sus miembros, en aras del ideal de estabilidad social, el conflicto surge en la medida en que alguna de las piezas o estructuras del complejo engranaje no cumple con su rol, a razón de ello defrauda su deber y su posición dentro del sistema. Por esto, el conflicto se encuentra dado en términos de defraudación, por decirlo de alguna manera, a los deberes que se le confían a un determinado individuo o individuos dentro del sistema social.

Esta teoría incluso tuvo repercusiones en el Derecho Penal, ya que se constituye en la base fundamental de la corriente jurídico penal conocida como el funcionalismo y de manera especial la vertiente radical defendida por G. Jakobs. Básicamente, para esta corriente el delito (entendido como una forma de conflicto social) era una amenaza para la estabilidad social, en la medida en que la comisión implicaba una falta de fidelidad al derecho, o lo que es lo mismo, al sistema. Esa escuela del pensamiento penal, postulaba lo siguiente:

Los dos pilares del derecho penal tradicional (el principio de lesividad: el delito es lesión de bienes jurídicos, y el principio de culpabilidad) se derrumban y son sustituidos por una teoría sistémica en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un subsistema físico – químico, al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema (Velázquez, 2014, p. 302).

Si se observa la cita anterior, puede advertirse que, en efecto, el conflicto surge cuando uno de los miembros de la sociedad, entendida como un sistema, defrauda el rol de subsistema que le corresponde ejecutar. La controversia entonces se relaciona con el concepto de delito, en la medida en que la comisión implica la defraudación de un rol.

2.4 TEORÍA CONFLICTUALISTA LIBERAL

La imagen de una sociedad ideal y la existencia de intereses afines irrealizables, dio paso a la teoría conflictualista liberal que no aceptaba la concepción de un sistema, ni de unos subsistemas sociales, lo que no permitía la coexistencia de fines comunes y menos el armónico funcionamiento de las estructuras que conforman a la colectividad.

La teoría postula la existencia de una sociedad que vive en constante conflicto, ya que dentro de la misma divergen diferentes expectativas. Cada componente de la sociedad, cuenta con una competencia, la cual debe desarrollar y de hecho lo hace maximizando sus posibilidades para llegar, incluso, a usurpar las competencias de otros componentes, con lo cual se genera constantemente el conflicto.

Se entiende que: es la diversidad de intereses lo que en efecto motiva el origen de un conflicto que es constante dentro de la sociedad, lo cual la dinamiza y permite, el incentivo y creación de diferentes alternativas que busquen solución a esta problemática. Si bien es cierto que no coexisten entre la colectividad perspectivas comunes, resulta claro asegurar que sí es viable la implementación de ciertos mecanismos que permitan conciliar esas expectativas, en aras de una solución efectiva.

En los anteriores párrafos se estudió someramente el conflicto, así como las teorías que se han estructurado en torno a su origen y tratamiento; ahora, corresponde observar una de las formas que el Estado ha implementado para efectos de tratar el conflicto y resolverlo de manera pacífica y dialogada. Esta figura está dada por los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos; no obstante, antes de entrar a ese análisis, es importante resaltar que el tratamiento del conflicto ha variado de acuerdo con la evolución de la misma sociedad, así, el caos y la guerra se constituyen en las primeras formas de tratar al conflicto. Frente a este punto se ha dicho:

La vida en sociedad ha generado conflictos intersubjetivos de intereses. Para solucionar esos conflictos y propiciar una convivencia pacífica, desde la antigüedad hasta la contemporaneidad se han utilizado diversos mecanismos imbricados en un abanico de posibilidades que oscilan desde la violencia, la judicialización y la inclusión de métodos alternativos para la solución de los mismos, como instrumentos probos, destinados a dirimir las controversias de manera pacífica (Amador, 2016, p. 14).

Pero la organización de las sociedades y de los Estados dio paso al ordenamiento jurídico, como regulador y mediador de los conflictos y controversias entre los asociados, constituyéndose en la institución legítima y tradicional de resolución de controversias; es decir, la

justicia formalmente dicha, regulada en la misma Constitución. Así, se ha dicho que:

Las sociedades pluralistas actuales – es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga la fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado –, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional (Zagrebelsky, 2007, pág. 57).

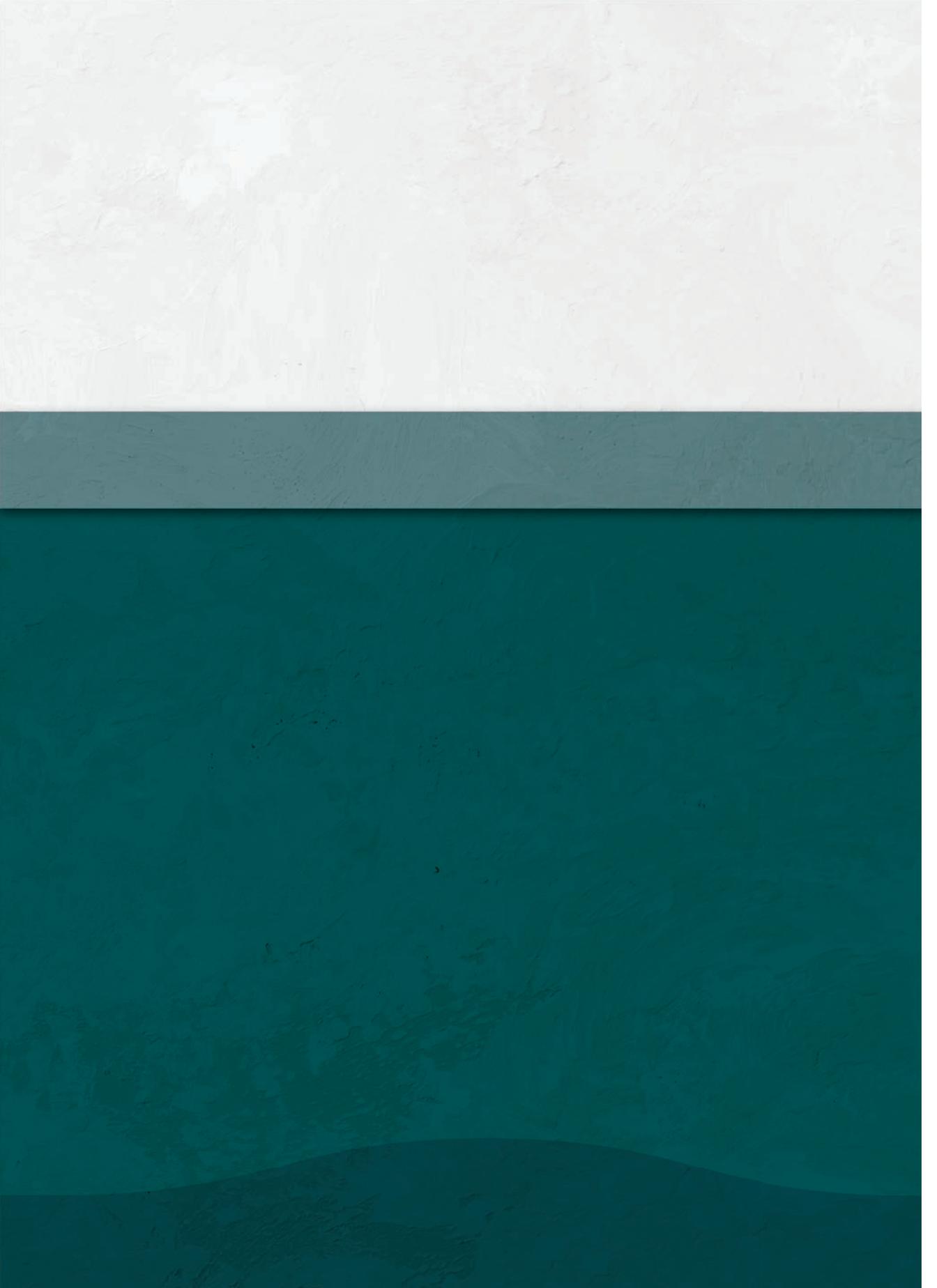
Evidentemente la forma esencial y legítima de resolver controversias está dada por el mismo Estado, a través de su sistema jurídico, dentro del cual actúan funcionarios judiciales encargados de administrar justicia. Pero la cantidad de litigios jurídicos, especialmente existentes dentro de una sociedad, sobrepasan la capacidad de la misma administración de justicia, razón suficiente para que el Estado creara medidas alternas que facilitaran el acceso de las personas a la salida directa de sus propios problemas, llegándose de esta manera a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos que se analizarán a continuación.

CAPÍTULO II

MECANISMOS

ALTERNATIVOS DE

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS



La diversidad y complejidad en que se desarrollan las relaciones de los individuos implica que la sociedad de hoy reclame una transformación respecto a la solución de las controversias, para propiciar la creación de nuevos espacios dialógicos acordes con el mundo contemporáneo, logrando una sociedad más actuante y menos conflictiva, con lo cual se favorecen otros modelos e instituciones que permitan resolver los problemas fundados en la descentralización de la admiración de justicia, la democratización y la cogestión del conflicto.

Frente al tradicional ofrecimiento monista de desenlace de las diferencias surgen los denominados Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, como herramientas jurídicas legítimas y válidas, por medio de las cuales se permite a las personas solucionar las controversias en que se ven inmersas sin tener que acudir a la acostumbrada justicia formal u ordinaria, representada por la rama judicial del poder público establecida en la ley; tales mecanismos proyectan soluciones dinámicas hacia el futuro.

En tal sentido se ha referido la doctrina al señalar que:

En la posmodernidad jurídica se presenta...el cambio de paradigma del Derecho, del antiguo, característico de sociedades jerárquicas o tradicionales, por uno nuevo correspondiente a una nueva civilización que transforma el ámbito interior de los hombres y globaliza todas las esferas de la actividad para abrir camino a la necesidad de una gestión colectiva del mundo, de corte consensual (contractualista) coherente con sociedades dialógicas o liberales y que tienen como máxima finalidad el respeto irrestricto a los derechos humanos (Bastidas, 2002, pág. 111).

Así mismo, Gonzalo (2015), plantea:

la noción de mecanismo alternativo de solución de conflictos, designa a los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias aplicados por un tercero de forma imparcial y aquellas medidas que permiten a las partes volver a entablar un diálogo para encontrar una solución a su conflicto, en vez de encerrarlos en una lógica de confrontación de la que normalmente surge un vencedor y un vencido (p. 27).

Estas nuevas formas de solucionar los conflictos desempeñan un rol trascendental en un mundo en constante cambio, en el cual la sociedad humana deberá transformarse fundándose en la democracia, la equidad, la justicia social, la paz y la armonía, en donde el interactuar a nivel global se base en valores compartidos por toda la comunidad y se pondere el valor de la justicia concebida como equidad entre las partes, privilegiándola siempre sobre el orden jurídico e instrumental del derecho, hincada en la consensualidad y la participación activa y efectiva de la ciudadanía en las situaciones coyunturales que los afectan; así, según Bastidas (2002):

Esta crítica situación evoca por la generación de un cambio hacia la convivencia y la recuperación de valores intrínsecos a la relación humana, el compromiso, la responsabilidad y el valor de la palabra, tendiente a la búsqueda de canales alternos para administrar justicia y replantear los paradigmas utilizados en procura de dirimir las diferencias, los desacuerdos, las controversias y el conflicto cotidiano (p. 116).

Las consideraciones precedentes llevan a afirmar que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, de ahora en adelante (MASC), se entienden como los dispositivos o herramientas de administración de justicia diferentes al proceso judicial, que no se someten a la dirección y decisión de un juez, ni a la concepción tradicional de jurisdicción; que, contrario sensu, son los individuos inmersos en la situación coyuntural quienes, de manera directa o con la intervención de un tercero investido transitoriamente de jurisdicción, proponen fórmulas de arreglo y toman las decisiones respetuosas del derecho que permitan finalizar el litigio.

Estos dispositivos del derecho tienen plena eficacia jurídica, toda vez que se encuentran amparados y reconocidos por el sistema legal de un Estado.

Los MASC son parte integrante de un sistema jurídico complejo que tiende a solucionar los conflictos y conseguir la pacificación de la sociedad. No son sustitutivos de los procedimientos previstos en la ley, son, al igual que los juicios, mecanismos de composición de los conflictos generados por una sociedad heterogénea y dinámica aquejada por los problemas de la globalización, la modernidad y el reconocimiento de

los derechos a los sectores vulnerables de la población (Mayorga, 2016, pp. 12-14).

Estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos son de raigambre constitucional, atendiendo a que el constituyente de 1991 hace un reconocimiento a los mismos en diferentes preceptos; prueba de ello es que en su artículo 2 establece que uno de los fines esenciales del Estado consiste en “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2. p. 10); asimismo, de manera expresa en su Artículo 116 in extenso determina:

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 (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 116. p. 97).

En mérito de lo anterior, es válido afirmar que su existencia se funda en los derroteros propios de un Estado social, democrático y de derecho como el colombiano, fundamentados en la justicia como valor superior que debe guiar la acción del Gobierno, no solo a través de la administración pública sino por intermedio de herramientas operativizadas por los particulares llamadas a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco de la Nación, a fin de proveer una convivencia pacífica entre los colombianos.

Respecto al particular, se sostiene:

La existencia y desarrollo de los Mecanismos Alternativos responden al propósito fundamental de la administración de justicia que es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (Cfr. Preámbulo, Arts. 1.º y 2.º CP) 1. Y ello es así, en la medida en que estos medios legales brindan oportunidades a las personas que enfrentan situaciones conflictivas para que, de una manera directa y amigable las soluciones- con base en la confianza y la cooperación-, a través de figuras diferentes a la vía jurisdiccional, pero

con la misma seguridad jurídica, en relación con la decisión que asuman como forma de solución (Illera, 2014, p. 104).

Los MASC son autónomos, se rigen por un sistema legal propio y persiguen, entre otros fines, la materialización del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia por parte de los ciudadanos, una gestión pronta, eficiente y eficaz de sus problemas y la contribución a la descongestión de los despachos judiciales; así, al desjudicializarse y desritualizarse la administración de justicia, esta se acerca, a la comunidad.

La doctrina se ha referido al particular en los siguientes términos: “Uno de los ejes centrales de las últimas corrientes jurídicas en el ámbito del proceso, es la búsqueda de nuevas alternativas a la solución de conflictos” (Armenta, 1996, p. 54); además, “nos encontramos ante fórmulas complementarias de la Administración de Justicia y por tanto muy distintas del proceso y de la sentencia” (López, 2012, p. 147). Por otra parte, “Los MASC son procesos que pueden ser utilizados para la solución de diferencias de forma amigable, flexible y sin la necesidad de recurrir a métodos netamente adversariales” (González, 2004, p. 25).

En este orden de ideas, es válido afirmar que algún sector de la doctrina considera que los MASC son aquellos procedimientos que, distintos a los de la jurisdicción ordinaria, se encuentran contemplados por la ley con el propósito de lograr la solución de conflictos, sin la participación de los jueces y magistrados que integran la rama judicial del poder público de un Estado; sin embargo, tienen un carácter vinculante para quienes acuden a ellos y la mayoría de las veces gozan de res judicata.

Por su parte, la jurisprudencia¹ considera que los mecanismos alternativos de solución de conflictos son una forma de participación de los individuos en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional, evitando la conflictivización de la sociedad

¹ Al respecto, pueden verse los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: Sentencia C-187 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería; Sentencia C-330 de 2012, MP. Humberto Sierra Porto; Sentencia C-222 de 2013, MP. María Victoria Calle Correa; Sentencia C-834 de 2013, MP. Alberto Rojas Ríos; Sentencia C-404 de 2016, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

(Corte Constitucional, sentencia C-893, 2001), a través de ellos, el disenso de intereses manifestado a través de la pugna de voluntades generadora de una controversia, que por regla general requiere para su solución la intervención del Estado, se concertó en un espacio dialógico por sus protagonistas con o sin la intervención de un tercero que no necesariamente hace parte integral del poder público del Estado.

1. FUNCIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Carta Política de 1991 fue producto de un acoplamiento histórico, *sui generis*, que reconoció la integración de elementos novedosos a la cultura jurídica colombiana. El hecho de permitir en la Asamblea Nacional Constituyente, la participación de tendencias políticas de diferente orden, tanto de derecha como de izquierda, posibilitó que la estructura de la moderna Constitución estuviese matizada de la pluralidad ideológica, lo cual propició que, de contera, se estructurara de manera acorde con las corrientes modernas de la cultura jurídica universal.

En mérito de lo anterior, dentro de los cambios destacables que trae la Carta Política colombiana de 1991, se enfatiza el reconocimiento y consagración expresa de la administración de justicia de manera transitoria, por parte de los particulares, consagración que implica un replanteamiento de la dogmática de las estructuras normativas de la jurisdicción vigente hasta entonces.

En tal sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

El constituyente del 91 decidió ampliar el ámbito orgánico y funcional de la administración de justicia del Estado hacia otros órdenes, autorizando a los particulares a solucionar controversias a través de personas revestidas transitoriamente de las funciones de administrar justicia, actuando en la condición de conciliadores o en la de árbitros (Corte Constitucional, sentencia C-242, 1997, párr. 34).

La creación e implementación de los MASC cumple una importante función en la sociedad colombiana, no solo como arquetipos que descongestionan el aparato jurisdiccional del Estado, sino que

contribuyen al progreso social del mismo, fomentan el desarrollo humano y permiten la participación de los integrantes de la comunidad en la solución de sus diferencias, democratizando con ello el acceso a la administración de justicia. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que este puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social. Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente, pues al decir Uhrbach “solo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho” (Corte Constitucional Sentencia C-893, 2001, párr. 14).

En concordancia con lo expuesto por el alto tribunal encargado de la guarda de la Carta Política, es válido afirmar la importante función de los MASC en la sociedad, la cual consiste en que las interacciones que se presentan entre los miembros de la sociedad civil se generen a partir de la armonización de los valores y deberes compartidos, emergentes de la confrontación de los actores específicos, más no de la imposición de un tercero investido de un poder coercitivo, casi omnímodo, que la mayoría de sus veces toma una decisión que no corresponde al fiel reflejo de los valores de la sociedad y, contrario sensu, es meramente formal y alejada de la realidad comunitaria.

Las herramientas jurídicas alternas al sistema judicial tradicional responden a la complejidad de la vida común; además, favorecen el desarrollo de modos democráticos, legítimos, incluyentes, participativos, pluralistas, que propician la solución de las disputas a partir de

la reconquista que hacen los ciudadanos para sí de la gestión de sus propios conflictos. Tales herramientas contribuyen a la construcción de una sociedad más actuante, menos conflictiva y facilitadora de la convivencia pacífica, forjando procesos de cambio y transformación social; asimismo, logran una materialización del derecho de acceso a la justicia y reivindican los valores intrínsecos a la relación humana, la cual debe regirse por la responsabilidad, lealtad, compromiso y buena fe de los integrantes de la colectividad.

2. IMPORTANCIA DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La importancia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, radica en ser medios idóneos y expeditos para cumplir los fines del Estado colombiano, el cual es eminentemente antropocéntrico; estos permiten reivindicar el rol del individuo en la sociedad al propender por la autoconfianza en las competencias individuales y personales de las partes, para actuar como protagonistas en la mediación de las diferencias que los aquejan; igualmente, asumen un compromiso que propicia el mutuo beneficio, con plenos efectos jurídicos, forjando una convivencia pacífica.

Estos dispositivos jurídicos permiten una verdadera tutela del derecho subjetivo vulnerado o en peligro de vulneración, materializando con ello el derecho de acceso a la justicia y la construcción colectiva de nuevos esquemas de entendimiento entre los miembros de la sociedad. De ahí que la importancia de los dispositivos alternos a la jurisdicción del Estado radique en que garantizan un acceso efectivo a la administración de justicia y promueven la resolución pacífica, dialógica y consensuada de los conflictos.

En palabras de la Honorable Corte Constitucional:

La justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales (Corte Constitucional Sentencia C-1195, 2001, párr. 21).

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos.

De lo anterior, se colige que este tipo de dispositivos jurídicos prevén la ocurrencia de litigios futuros, terminar de forma rápida y anticipada litigios preexistentes y solucionando controversias sin necesidad de recurrir a instancias judiciales. Así mismo, son una herramienta útil y eficaz que desjudicializa los conflictos promoviendo la intervención de la sociedad civil en el desarrollo de la función jurisdiccional.

En tal sentido, y para los efectos que se pretenden en este libro, es menester señalar que el trabajo del legislador ha sido trascendental en la transformación de la cultura jurídica colombiana; lo anterior, especialmente al crear mecanismos que posibiliten el acceso a la administración de justicia por parte de los individuos de escasos recursos, con mayores necesidades sociales o situaciones de inequidad. La materialización del derecho de acceso a la justicia es piedra angular del debido proceso en un Estado Social Democrático y de Derecho, garante de la protección y salvaguarda de los derechos humanos, puesto que el reconocimiento de los demás derechos que lo conforman pierde toda validez sin este.

De acuerdo con lo anterior, a partir de la Constitución de 1991 se plantea una redefinición y extensión de las instancias competentes para resolver los conflictos entre los colombianos, mediante diversos arquetipos jurídicos y, por ende, legitimando que desde la academia se contribuya a la materialización de deberes fundamentales de contenido constitucional, como los señalados en el artículo 95 de la Carta Política².

² El artículo 95: La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de los MASC, así:

(i) Buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de materializar el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial (Corte Constitucional, sentencia C-222, 2013, párr. 4).

Las consideraciones precedentes sirven, además, de fundamento para advertir que los mecanismos alternativos son útiles no solamente para resolver conflictos, sino que contribuyen a la generación de una cultura ciudadana empática, incluyente, consiente de la alteridad, respetuosa de la diferencia, capaz de asumir la responsabilidad individual y colectiva en la consecución de la convivencia pacífica; de esta forma, los MASC se convierten en importantes herramientas para la sociedad colombiana porque resuelven de tajo los conflictos y generan nuevas percepciones respecto a su solución, alcanzando resultados eficaces sin que se tenga como requisito, *sine qua non*, la intervención de la judicatura.

Al respecto, se ha manifestado que su existencia fortalece dos elementos básicos en una sociedad fundada en los derechos humanos: la autonomía y el reconocimiento del otro. En palabras de Giraldo:

La justicia alternativa en nuestro país es tan rica en mecanismos, y en actores de la misma, que en la actualidad está cumpliendo esta doble función: De “resolvedora” de conflictos, y de creadora de una cultura de convivencia ciudadana. En la variada gama que ofrece nuestra legislación, unos cumplen

3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.

4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;

5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;

6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;

7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;

8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;

9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

primordialmente la primera función, como son la asignación de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, la conciliación en derecho y el arbitramento, mientras otros, como son la mediación, la conciliación en equidad y la justicia de paz, la segunda (Giraldo, 2012, p. 114).

De cara al análisis del moderno derecho, se puede dilucidar que las políticas legislativas en el ámbito internacional, tanto en los sistemas jurídicos anglosajones, como en los de tradición Romano- Germana, presentan dos corrientes que sustentan la importancia de los MASC, aquellas que los avizoran como instrumentos idóneos para resolver conflictos, y las que ven en ellos una herramienta esencial para la transformación cultural. Giraldo (2012), resume acertadamente estas dos corrientes cuando plantea:

... estas prácticas refuerzan la autonomía, en la medida que son las propias personas quienes resuelven el problema, por medio de negociaciones y acuerdos; pero fortalecen también la virtud del reconocimiento del otro, en la medida en que los acuerdos son posibles porque las partes defienden sus intereses y derechos, pero se encuentran obligadas a tomar en cuenta los intereses y derechos de los otros (p. 113).

Desde dicha perspectiva, las diferentes legislaciones en el mundo han procurado aminorar la rigidez normativa, de carácter vinculante y monopolística, del Estado para resolver los conflictos, permitiendo una solución directa y dialógica del conflicto por los individuos directamente implicados; de esa forma, se ha logrado una evolución hacia pragmáticas concepciones del derecho, máxime, en tratándose de un contexto social como el colombiano acostumbrado a la Litis. Con estos mecanismos se da paso a un abanico de posibilidades no adversariales para resolver los conflictos que le permitan al ciudadano un reconocimiento del otro y, así, elegir la más conveniente a sus intereses.

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Uno de los presupuestos esenciales del Estado social de derecho es el de contar con una debida administración de justicia en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección.

De conformidad con los postulados de la Carta Política y con la jurisprudencia, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental.

Significa lo anterior que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que esta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos. “A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados” (Corte Constitucional, Sentencia C-037, 1996, párr. 44). De ahí que, los MASC como herramientas probas de administración de justicia, ostenten las siguientes cualidades que, de conformidad con los postulados de la Carta Política y la jurisprudencia, permiten contribuir con el desarrollo de dicha función pública:

- * Son procedimientos de resolución de conflictos diferentes a los comúnmente empleados en la justicia ordinaria, en el entendido que tradicionalmente se le dio el monopolio de la solución de las Litis al Estado, la cual se daba de acuerdo con el íter procesal y a lo probado en el debate adversarial de quienes se encontraban inmersos en la desavenencia; en esos casos pocas veces se tenían en cuenta los intereses reales o la voluntad de las partes, lo cual dejaba como consecuencia que el nivel de satisfacción de una de ellas se hiciera nugatorio formando disociación, discordia, desconfianza, lo que de contera perpetuaba la situación coyuntural.
- * El ordenamiento jurídico permite que tengan plenos efectos jurídicos. Estos dispositivos se encuentran permeados de seguridad y certeza legal y jurídica, en tanto hacen tránsito a cosa juzgada; igualmente, tienen equivalencia jurisdiccional con lo consignado en sentencias judiciales, pues la decisión final, a pesar de que no es emanada de la jurisdicción de los tribunales, resuelve un conflicto con consecuencias semejantes a las que produce una sentencia proferida por un órgano del Estado, es decir, que están revestidos de lo que se denomina rei judicata y la solución planteada es plenamente vinculantes entre las partes.
- * Los integrantes de la sociedad civil participan en las situaciones que los afectan. Empoderando con ellos al ciudadano del común en la solución de las desavenencias con sus semejantes, ya sea

como conciliadores, árbitros, amigables componedores o como gestores de la resolución de sus propios conflictos. En tal sentido, López (2012), ha señalado que “Las partes no se enfrentan, sino que emprenden un proceso de aproximación, y desempeñan un papel más activo para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene” (p. 142).

- * El fortalecimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos supone para el ciudadano una oportunidad de defender sus derechos, de evitar una larga espera y, en la mayoría de los casos, una disminución de los gastos asociados al conflicto y su resolución (Parga & Soletto, 2007, p. 174); por otra parte, fortalecen la legitimidad del aparato estatal. Estos dispositivos permiten que la judicatura del Estado se dedique a resolver aquellos asuntos coyunturales que son de verdadera trascendencia social y jurídica, permitiendo que los particulares en uso de su autonomía de la voluntad, de manera racional y objetiva, se ocupen de la solución de aquellas desavenencias que no necesariamente requieren de la intervención judicial.
- * Al respecto, se ha señalado que “No deben configurarse como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de conflictos disponibles en una sociedad moderna que puede ser el más adecuado para algunos litigios, pero no para todos” (López, 2012, p. 142).
- * Sirven para descongestionar el aparato judicial. En el caso colombiano, las cifras elaboradas por el Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura sobre el funcionamiento de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos muestran resultados positivos al respecto y, a su vez, resaltan algunas de las bondades de la conciliación³.

³ Frente al particular, la Corte Constitucional en sentencia C – 1195 de 2001, expreso lo siguiente: En relación con los indicadores de acceso y del análisis de una investigación cuantitativa realizada por el Consejo Superior de la Judicatura, denominada “Primera Encuesta Nacional de Justicia-Derecho de Acceso al Servicio de Justicia”, alrededor de un 16.53% de la totalidad de conflictos puestos en conocimiento de las autoridades y particulares son resueltos por centros de conciliación, arbitraje y amigable composición y conciliadores en equidad. En este sentido, y de acuerdo con el Mapa Judicial de Colombia [Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. 1998], la jurisdicción ordinaria cuenta con 3.258 juzgados y 30 Tribunales Superiores del Distrito para un total de 17.905 servidores públicos, sin contar con el concurso que tiene la efectividad en la prestación del servicio, del 100% de conflictos que entra a cada despacho judicial se está resolviendo el 0,02% y por cada centro de conciliación el 0.11%, siendo cinco veces más productivos los centros de conciliación, pese a que estos cuentan con una infraestructura y gestión medianamente buena y cuya estructura no tiene punto de comparación con la infraestructura de los mecanismos formales de administración de justicia.

- * Su aplicación es complementaria a la justicia estatal formal. En la medida en que permiten del ejercicio de la autonomía de la voluntad los particulares a través de números apertus contractuales, opten por soluciones alternas a la jurisdicción del Estado.
- * No pueden concebirse como medios absolutos y unilaterales, pues no son impuestos de manera arbitraria por una de las partes; por consiguiente, para que sean aplicables se requiere la habilitación de los mismos por quienes van a hacer uso de ellos.
- * Pueden y deben ser regulados por la ley. Actualmente, Colombia tiene una estructura jurídica institucional de los MASC y se considera que es uno de los países que más ha desarrollado estos mecanismos; asimismo, su institucionalización es de raigambre constitucional.
- * Existe libertad del legislador en su reglamentación en tanto corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su independencia de configuración política, regular dichos regímenes fundamentándolos en criterios de justicia, equidad, proporcionalidad y razonabilidad.
- * Se erigen a partir de la autonomía de la voluntad, es decir, que las partes son las que deciden resolver su conflicto por una vía alterna a la jurisdicción, así como por medio de cuál mecanismo lo harán y cómo habrá de realizarse. Los intervinientes son quienes crean sus propias formas de solucionar conflictos; pueden proponer y acordar la forma en que han de satisfacer sus intereses; todo ello, dentro de los límites del orden público y legal, sin afectar derechos de terceros.

Al respecto Illera (2014), ha dicho:

Lo que caracteriza a estos mecanismos es la posibilidad que tiene el ciudadano de decidir, con base en el principio de autonomía de su voluntad, la escogencia de uno de estos mecanismos o bien el proceso para la solución del conflicto que enfrenta. Es decir, con la implementación legal de estos Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos se amplía la forma de solución de conflictos que, por supuesto, resultarían ser idóneos para el usuario de la justicia en la medida que tenga unos criterios de referencia, jurídicos o no, claros en

relación con la pertinencia y con la obtención de la satisfacción de sus intereses para la escogencia de los mismos (p. 105).

4. FINALIDAD DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Estas herramientas creadas por las necesidades sociales, validadas y legitimadas a través del derecho, tienen por finalidad hacer efectivo el Estado Social Democrático y de Derecho, privilegiar por medio de ellos la dignidad humana y la prevalencia del interés general como marco de la convivencia, respeto, igualdad y libertad de los integrantes del conglomerado social, en tanto son valores genéricos de los componentes de la paz.

Ofrecen a los particulares una alternativa distinta a la justicia ordinaria para que puedan lograr por ellos mismos, en forma independiente y con la intervención o no de un tercero neutral, una solución más eficiente de sus conflictos que les permita la materialización del derecho fundamental de acceso a la justicia; por este medio, se incentiva la participación de los coasociados en la salida de sus diferencias, consiguiendo con ello una gestión ágil y eficaz, al tiempo que se contribuye a la descongestión de los despachos judiciales.

5. CLASES DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Son muchas las formas de asumir el manejo de una diferencia. Al momento de hacerlo, entran en juego gran cantidad de circunstancias que van desde la formación del ser humano, hasta el contexto social, político, económico, cultural y la personalidad, entre otros; esta diversidad ha permeado la categorización de la resolución de los conflictos; además, dependiendo de la concepción disciplinaria que se le dé, realiza una clasificación de los procesos de resolución de controversias diferenciándolos en constructivos y destructivos (Deutsch, 1973).

Así las cosas, se postula que los procesos destructivos implican la ruptura de la relación social y la forma en que son tratados, lleva a pensar que los intereses de las partes son inconciliables o que no se pueden satisfacer, ya que estos se tornan competitivos y su intención siempre es la destrucción de la contraparte. Por otro lado, los métodos constructivos enfatizan en la recuperación de la relación social

dañada con la controversia, situación a la cual le apuntan los actuales ordenamientos jurídicos, con el fin de encontrar la mejor manera de resolver la situación problemática, basándose en las características de cada caso en concreto (Deutsch, 1973).

Otros autores optan por clasificar la forma de resolver el conflicto en métodos heterocompositivos o autocompositivos, según la solución provenga o no de un tercero ajeno al conflicto.

5.1 MÉTODOS HETEROCOMPOSITIVOS

Son todas aquellas formas de solución de un conflicto en los cuales la decisión se defiere a un tercero ajeno a la litis, sea este parte del Estado o no; cuya salida tiene carácter vinculante para los intervinientes y goza de los efectos de *rei judicata*, es decir, que la respuesta es impuesta por un individuo que no es sujeto en la situación coyuntural, lo resuelve con fundamento en las normas establecidas y siguiendo un procedimiento legítimo y válido para el Estado.

La figura que de prima facie ocupa el carácter heterocompositivo es el proceso jurisdiccional, el cual se rige por un íter procesal cuyas normas son imperativas, y la solución se da a través de sentencias que son proferidas por jueces unipersonales o colegiados, según sea el caso, con fuerza obligatoria y vinculante para las partes de la litis. Dentro de esta clasificación se encuentra también la figura del arbitramento o arbitraje, según lo denomina la Ley 1564 de 2012; mediante esta figura las partes defieren a personas particulares denominadas árbitros, quienes son investidos transitoriamente del poder jurisdiccional del Estado para la solución de una controversia, relativa a asuntos de libre disposición o a los que la ley autorice, cuya salida es impuesta a través del denominado *laudo arbitral* con efectos de cosa juzgada y *merito ejecutivo*.

En este mismo sentido, a la luz del artículo 59 de la misma Ley, se concibe como mecanismo heterocompositivo la *amigable composición*, entendida como aquel medio a través del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado *amigable componedor*, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición (Ley 1564, 2012, art. 59).

Al respecto se ha señalado que la heterocomposición es una solución impuesta desde afuera, es la intervención de una autoridad legítima que el Estado ha institucionalizado para darle una solución a una controversia, siguiendo el debido proceso y dando oportunidad de defensa a quienes se vean involucrados (Pérez, 2013, pág. 31).



Las partes involucradas en el conflicto autorizan a un tercero para que proponga una solución al problema planteado.

5.2 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

Son aquellas formas de resolver los conflictos, de manera directa, por las partes involucradas en ellos, logrando un empoderamiento de los actores en la solución del mismo. Por lo tanto, se busca el arreglo teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de estos, propiciando escenarios constructivos de carácter dialógico a través de concertaciones fundamentadas en la equidad, la justicia, la igualdad y las concesiones mutuas.

Al respecto se ha señalado que:

En el manejo de la resolución de los conflictos se da una relación inversamente proporcional entre la intervención del tercero y el poder de las partes para resolverlo; mientras menos involucrado esté el tercero en la resolución, más poder tendrán las partes y, en tanto mayor intervención tenga el

tercero, menor poder tendrán las partes en la resolución del conflicto (Abanto, 2010, p. 227).

Así mismo, la Corte Constitucional considera:

En la autocomposición las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente y en este caso estamos ante una negociación, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas –y en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades. 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 voluntad (Corte Constitucional Sentencia C-1195, 2001, párr. 54).



Arquetipos de los Mecanismos Heterocompositivos:



Arquetipos de los Mecanismos Autocompositivos:



Por otro lado, un sector de la doctrina ha clasificado en tres aristas, a saber, las formas de solución del conflicto:

- a. Métodos Bilaterales, en los que los sujetos inmersos en una situación coyuntural buscan solucionar o armonizar, por sí mismas o a través de sus representantes, la diferencia o choque de intereses surgido. Ejemplo de lo anterior es la transacción en la que las partes o sus representantes ponen fin a la controversia, mediante un acuerdo plasmado en un documento privado.
- b. Métodos Trilaterales, en los que interviene un tercero neutral e imparcial con el propósito de propiciar la comunicación y el diálogo entre las partes en disputa con el objetivo de lograr un acuerdo, sin que su propuesta de solución se imponga de manera coercitiva. La mejor forma de representar esta categoría es la conciliación, en la que una persona ajena y calificada intercede con el fin de acercar a las partes y encontrar una respuesta a su problemática, formulando arreglos que pueden ser bien recibidos por las partes o no.
- c. Métodos Trilaterales Vinculatorios, en los que el tercero, operador del MASC, a pesar de ser un particular impone la solución de forma análoga a un juez, porque se encuentra investido transitoriamente de las facultades para administrar justicia. Un ejemplo de esta clase de método está dado por el arbitramento en el que las partes le delegan la facultad de resolver el conflicto a un tribunal, investido transitoriamente de jurisdicción para decidir y resolver el conflicto, siendo su decisión vinculante (Azuar, 2003).

Para los efectos de este libro, los autores acogen la propuesta de métodos autocompositivos y heterocompositivos, mediante los cuales se ubica a la conciliación como método autocompositivo.

Estas precisiones, realizadas acerca de los MASC, permiten dilucidar que estos mecanismos son las herramientas más valiosas que tienen los particulares y los funcionarios del Estado para garantizar la materialización del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia; como tales, deben ser promovidos por el ordenamiento jurídico y por los operadores del derecho.

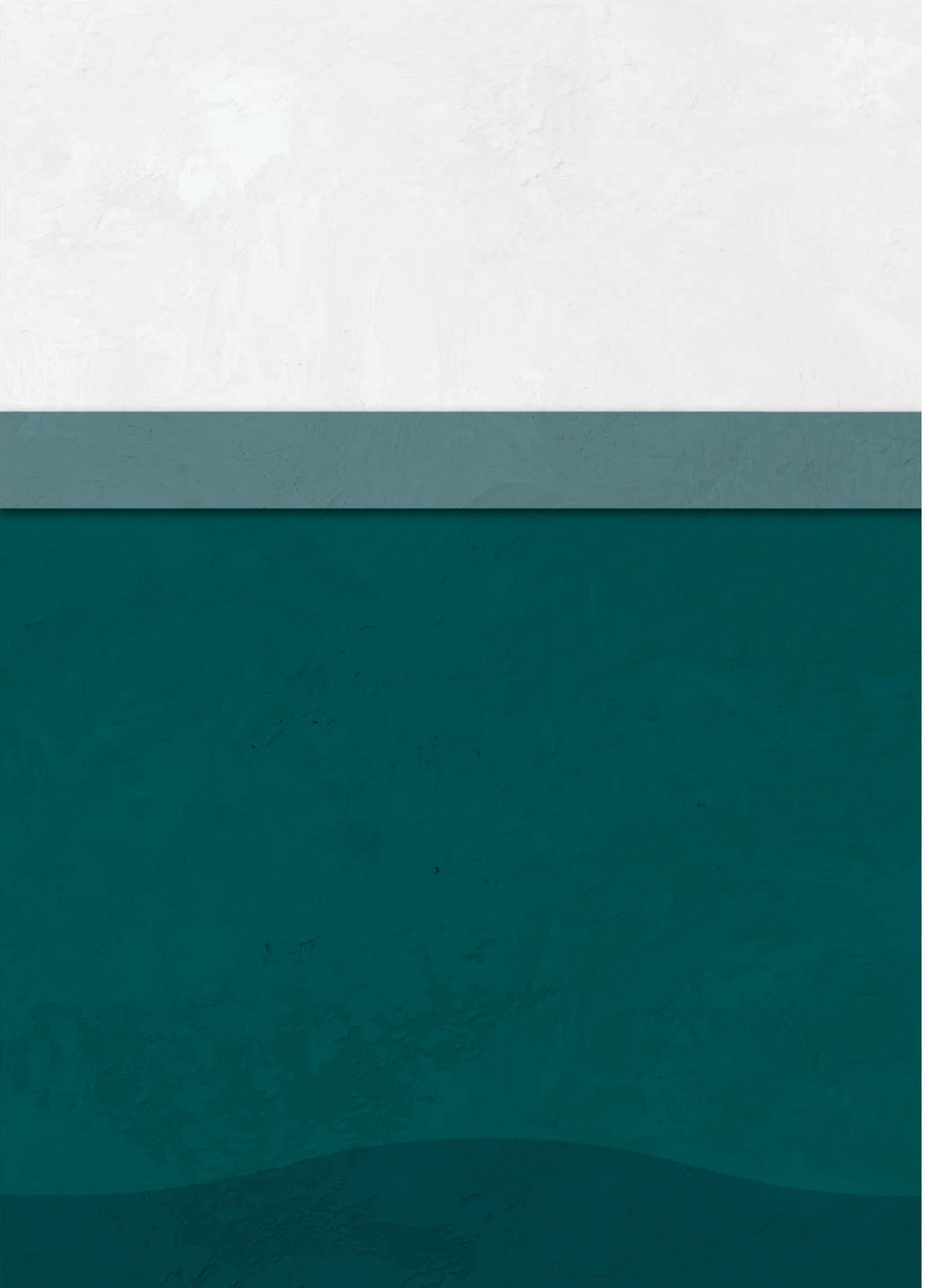


LA INSTITUCIÓN

CONCILIADORA, FINES Y TEORÍAS

EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA
COLOMBIA Y PERÚ

CAPÍTULO III



La conciliación, es una institución jurídica que busca la resolución pacífica y consensuada de las controversias jurídicas, sin la necesidad de acudir a las tradicionales vías de la justicia ordinaria; esta se presenta como una figura innovadora en países como Colombia y Perú, cuya tradición jurídica ha tendido a la constante judicialización de las controversias. Por esta razón, resulta de vital importancia identificar las normas que la regulan en uno y otro país para, con posterioridad, estudiar los fines que persigue. De esta manera, una vez estudiados los fines de la institución conciliadora se deben esbozar, grosso modo, las teorías que en torno a la figura han venido surgiendo en ambos países, siendo estas implicaciones teóricas las que permean la práctica jurídica en ambas naciones.

1. MARCO HISTÓRICO

Toda investigación requiere la descripción del objeto de estudio, mediante una serie de derroteros que terminarán guiando el trabajo a desarrollar. De esta forma, el análisis del origen de la figura que se estudia es de vital importancia para los fines perseguidos aquí; así, lo que se pretende en este apartado es ilustrar el surgimiento y evolución histórica de la conciliación. No obstante, el planteamiento central del estudio, involucra a dos naciones que, si bien es cierto tienen antecedentes históricos comunes, han tenido elaboraciones normativas diferentes, lo que obliga a desarrollar un análisis independiente en cada caso. De acuerdo con lo anterior, se tratará en primera instancia, la historia de la conciliación en Colombia y en segundo lugar, la de Perú.

1.1 DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA

Históricamente el origen de la figura de la conciliación, como mecanismo de solución de conflictos, se encuentra asociado al Decreto 2185 de 1948, acogido como legislación permanente mediante Decreto 4133 de 1948, el cual creó el Código Procesal del Trabajo. En dichas normas se estableció la idea de intentar un acuerdo en cualquier momento, incluso habiéndose interpuesto la demanda. Lo anterior, implica la concepción de una institución o forma de solución de controversias, alterna al proceso judicial tradicional, pudiéndola observar desde un punto de vista extraprocesal. En efecto, el artículo 19 del mencionado cuerpo normativo, establece que La conciliación podrá intentarse en cualquier tiempo, antes o después de presentarse la demanda (Decreto 4133, 1948, art. 19).

Entre las décadas de los años cuarenta y setenta no se produjo un hecho que revistiera importancia o que aportara algo nuevo a lo ya establecido en 1948, con el Código procesal del Trabajo. Fue, precisamente, en 1970 cuando surgió el Decreto 1400, mediante el cual nació el Código de Procedimiento Civil, vigente en su gran mayoría dentro del sistema jurídico colombiano. El nuevo Código consagra la conciliación como parte del proceso civil mismo, es decir, ya no vista extrajudicialmente, sino judicialmente, al ser una etapa más del engranaje procesal.

Los diferentes acontecimientos de tipo político, económico y social que, de una u otra manera, permean la administración de justicia, han llevado a las distintas innovaciones legislativas encargadas de regular ese nuevo acontecimiento histórico, político o social. En 1989 surge la necesidad de expedir el Decreto 2303, en materia agraria, siendo este aspecto de vital importancia para la vida política del país, al ser Colombia agrícola por excelencia. Esta norma emanada del Ejecutivo consagra varias disposiciones en conciliación, estableciendo una audiencia de conciliación preliminar en los procesos declarativos de deslinde y amojonamiento, haciendo otro tanto, en los agrarios.

El artículo 31 del Decreto en comentario determina:

En los procesos ordinarios y en el especial de deslinde y amojonamiento habrá dos clases de audiencias: a) de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y Decreto de pruebas, de que trata el artículo 45 de este estatuto, y b) la de práctica de pruebas (Decreto 2303, 1989, art. 31).

La figura de la conciliación, poco a poco, fue cobrando especial importancia en el ámbito nacional y, por esta razón, se dio el cambio del sistema jurídico que pasó de un Estado de Derecho, bajo la primacía de la Constitución de 1886, a un Estado Social de Derecho, fruto de diferentes cambios de orden político y social. El nuevo orden jurídico dio origen a la Constitución de 1991, que no dejó de lado a la conciliación, ya que en el artículo 116 invistió a los particulares transitoriamente de jurisdicción, en la medida en que actuaran en casos concretos como conciliadores o árbitros.

A partir de este momento, y teniendo en cuenta la importancia que la Constitución misma le da a la institución, las normas jurídicas

posteriores fueron involucrando a la conciliación en las diferentes áreas del derecho. Es así que, en el año 1991 se promulgó la Ley 23, que estableció la obligatoriedad de la conciliación en los procesos laborales. Debe decirse que, en este aspecto, intervino un tema que históricamente se venía dejando de lado, y es el cúmulo de trabajo de los despachos judiciales y la congestión que aquejaba a la rama judicial (Ley 23, 1991). De esta manera, la conciliación se convirtió en un requisito de procedibilidad en materia laboral, no llegaría a cumplirse, ya que la aplicación de esos preceptos normativos dependía de la reestructuración que el gobierno debía ejecutar sobre el Ministerio de Trabajo, lo cual no se cumplió.

Por otra parte, en 1996 se expidió la Ley 270, *Estatutaria de la Administración de Justicia*, que consagró la posibilidad de regular legalmente mecanismos alternativos al proceso judicial, para dar respuesta a las diferentes controversias de los ciudadanos, encontrando armonía con las disposiciones constitucionales del artículo 116 que habilitó a los particulares para administrar justicia como conciliadores en derecho o árbitros. Las necesidades judiciales dieron paso a otra norma de descongestión judicial, esta vez, dada por la 446 de 1998, que reguló el tema de la conciliación, aportando en su artículo 64 la siguiente definición:

La conciliación es 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 (Ley 446, 1998, art. 64. p. 50).

La circunstancia de regular en forma general la figura de la conciliación, abrió paso al Decreto 1818 de 1998, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, lo que sería complementado con la aparición posterior de la Ley 640 de 2001, que modificó algunas disposiciones de la Ley 23 de 1991 y 446 de 1998, frente al tema de la conciliación. Es la Ley 640, el estatuto legal de la Conciliación en Colombia, la cual se encuentra vigente en su mayoría y que, sin embargo, no ha sido ajena a las modificaciones que se han venido presentando en el transcurso de los años.

La Ley 640 de 2002, consagró la conciliación como un requisito de procedibilidad, en asuntos civiles, comerciales, de familia, penales,

contenciosos administrativos y de tránsito. Originalmente, este texto legal estableció el mismo requerimiento tratándose de temas laborales, situación que fue modificada con la decisión optada por la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2001, que declaró inexecutable esta circunstancia. Por su parte, la mencionada Ley, determinó una serie de formas de conciliación, entre las cuales se encuentran la judicial, la extrajudicial, en derecho y en equidad. El requisito de procedibilidad fue confirmado por la Ley 1395 de 2010, creada como medida de descongestión judicial, disposición que reformó el proceso civil y algunas normas de la Ley 640 (Ley 1395, 2010).

En 2012 sale el nuevo Código General del Proceso, que consagró definitivamente la oralidad en materia civil e introdujo una serie de reformas al sistema procesal colombiano; lo anterior, teniendo en cuenta que todos los procesos, en la medida en que exista algún vacío, deberán remitirse a ese Código para subsanarlo. Frente a la conciliación, el artículo 621 refiere:

Si la materia de que trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados (Ley 1564, 2012, art. 621, p. 213).

El surgimiento de la conciliación en Colombia, y el tratamiento normativo que se ha venido dando a esta figura desde su nacimiento, se encamina a la descongestión judicial, siendo este aspecto el elemento que ha motivado el fortalecimiento de la misma. No obstante, y a pesar de no brindarse la importancia que debería tener, los intentos por enriquecer esta institución y permitir, mediante su implementación, la solución pronta y efectiva de las controversias con relevancia jurídica, ha permitido un mayor debate en el ámbito nacional.

1.2 DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CONCILIACIÓN EN PERÚ

El surgimiento de la conciliación en Perú data incluso de un momento histórico anterior a la independencia de este país. En efecto, los primeros asomos de la función conciliadora recayeron en los alcaldes de los diferentes pueblos del país, quienes contaban con un amplio

reconocimiento de la comunidad, razón para que acudieran a esta autoridad con la finalidad de que pusiera fin a los diversos problemas que se presentaban; sin embargo, no puede hablarse de una audiencia de conciliación como tal, ya que para poner fin a la controversia se aplican principios de convivencia y bienestar comunitario (Benavides, 2002).

Tras la independencia, en el año 1821, se crearon la Alta Cámara, hoy Corte Suprema de la República, y los diferentes juzgados de paz, de acuerdo con el número de habitantes de una población. El cambio de Estado y el surgimiento de una nueva nación, dio como resultado la promulgación de la Constitución de 1823, en la que se brindó libertad a la figura de los jueces de paz, ante la imposibilidad de los alcaldes de cumplir esas funciones (Centurión, 2014). Por su parte, la Constitución hizo referencia a la conciliación en su artículo 120, al prescribir que “No podrá entablarse demanda civil alguna, sin haberse intentado la conciliación ante el juez de paz” (Constitución Política del Perú, 1823, art. 120, p. 13).

El requisito de procedibilidad fue reiterado por constituciones posteriores, como las de 1826 y 1828, en las que se establecía que no podía intentarse una demanda civil sin previamente haber intentado llegar a un acuerdo ante los jueces de paz, figura que estaría presente en cada pueblo para adelantar la conciliación. Estas disposiciones constitucionales fueron recogidas en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, estableciendo el requerimiento previo a la demanda (Vilca, 2018).

El siglo XX fue una etapa de cambios a nivel constitucional en el Perú. En este siglo, surgieron cuatro Constituciones en los años 1920, 1933, 1979 y 1993. Estas normas guardaron silencio frente al tema de la conciliación, perdiendo la relevancia que había tenido en las disposiciones constitucionales del siglo XIX, en etapas posteriores a la independencia. A partir de allí, fue desapareciendo la figura como requisito previo a los procesos judiciales, llegando a ser derogada con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, siendo potestativa de los jueces civiles y laborales. La única regulación se encuentra en el reglamento de los jueces de paz de 1854, época en la que la figura contó con trascendencia constitucional en el Perú (Sánchez, 2016).

No obstante, el Código de procedimiento Civil de 1992 consagró nuevamente la conciliación obligatoria dentro del Proceso Civil, es

decir, una conciliación judicial o intraprocesal, siendo esta una etapa ineludible de los procesos de conocimiento, abreviados y sumarísimos. A pesar de retomarse la conciliación, la figura original como previa a los procedimientos no fue recuperada en mucho tiempo y resultó ser adoptada posteriormente en el año 1997 (Decreto Legislativo 768, 1992).

Las necesidades sociales y las diferentes crisis de la administración de justicia llevaron a realizar una serie de debates en Perú, los cuales develaron la necesidad de dar una solución más pronta a los conflictos, siendo necesario desjudicializar esas problemáticas. A partir de estas discusiones, surgió la Ley No. 26872 de 1997, Ley de Conciliación en Perú, que consagró nuevamente la obligatoriedad de intentar la conciliación antes de iniciar el proceso judicial, es decir, revivió el requisito de procedibilidad. Un aspecto importante de esta Ley es la relevancia que le da a la institución de la conciliación, estableciendo en su artículo primero el interés nacional de la figura, de la siguiente manera: “Artículo 1.- Interés Nacional. - Declárese de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos” (Ley 26872, 1997, art. 1. p. 1).

A partir de este momento, se habla de dos formas de conciliación en Perú. Una prejudicial, requisito de procedibilidad, y una judicial, dentro del proceso mismo. Valga decir que esta Ley ha sido reglamentada con algunas modificaciones, sin embargo, se ha conservado en el estatuto de la Conciliación en Perú. Por otro lado, y como se deduce del desarrollo histórico, no puede decirse que el origen de la institución haya tenido las implicaciones que tiene hoy en día, ya que la relevancia como mecanismo alternativo de solución de conflictos es reciente y fue adoptado en 1997, con la expedición de la Ley que reglamento en su integridad esta figura y su aplicación en el territorio peruano.

2. DESARROLLO NORMATIVO DE LA CONCILIACIÓN: COLOMBIA – PERÚ

La figura de la conciliación en Colombia ha tenido un desarrollo normativo importante, incluso anterior a la actual Constitución Política. No obstante, para los fines perseguidos en este texto, se hará mención a partir de la Constitución de 1991 y la norma específica que regula la conciliación en este país.

2.1 COLOMBIA

A. Disposiciones Constitucionales

* El Preámbulo

La estructura normativa colombiana se encuentra basada en la pirámide de Kelsen, ubicada en la cima de la pirámide a la Constitución Política, norma de normas e inspiración de todo el ordenamiento jurídico y, por ende, fundamento indispensable de las demás normas que, como resulta claro, deben someterse a los preceptos constitucionales, so pena de ser expulsadas del sistema normativo por inconstitucionalidad. Bajo esa dinámica, es importante reconocer que la figura de la conciliación en Colombia tiene raigambre constitucional. Las disposiciones superiores que irradian y fundamentan la conciliación, están dadas por el preámbulo y los artículos 2 y 116 de la Constitución Política.

En primer lugar, el preámbulo de la Constitución nacional, reza de la siguiente manera:

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia (Constitución Política de Colombia, 1991, Preámbulo. p. 3).

El preámbulo de la Constitución es la carta de navegación que consagra los valores, principios y necesidades del Estado Colombiano, aquellos derechos de especial protección y amparo, cuyo cumplimiento permite la materialización de sus ideales vistos a futuro. Esta disposición también refleja la ideología del pueblo y es la recreación del momento histórico en el que fue promulgada, tomando una línea política que en ese instante aparecía como dominante.

Si se observa con cuidado el tenor literal del preámbulo, aparecen una serie de derechos, los cuales representan el núcleo fundamental de las garantías constitucionales de todos los colombianos. Son la columna vertebral del Estado y en ellos se encuentra fundado el Estado Social y Democrático de Derecho. Esas prerrogativas son la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz; todas y cada una de ellas tienen la misma importancia, sin embargo, interesa a este texto hacer especial énfasis en cuatro, como se observará más adelante.

La conciliación se fundamenta, precisamente, en estos derechos que se convierten en valores, principios y fines del Estado Colombiano. La figura, pretende garantizar la buena convivencia y, de hecho, es un mecanismo que facilita un encuentro entre las partes en conflicto, en aras de un diálogo que reestablezca la convivencia deteriorada por el conflicto suscitado. Ahora bien, la justicia es un ideal que toma la institución de la conciliación, ya que como se advierte, la figura busca flexibilizar el acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, mediante un método más sencillo y eficaz, que dé una pronta y cumplida solución, a la controversia.

Por otro lado, la conciliación es una alternativa que materializa la equidad de las personas; lo anterior, a partir del entendido de que, al ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos, son las partes quienes en igualdad de condiciones presentan fórmulas de arreglo, tendientes a dar por terminado el problema que motivó su comparecencia ante un conciliador. Ahora bien, el operador debe velar porque ese equilibrio tenga lugar en todo el desarrollo del proceso conciliatorio. Finalmente, al motivar la sana convivencia, el acceso a la justicia y la reciprocidad, la conciliación pretende incentivar el diálogo pacífico y, esta forma, se materializa la paz como una salida alterna al conflicto.

* Artículo 2

Al ser el Preámbulo de la Constitución el ordenamiento superior, y en virtud de ello, la carta programática del futuro del Estado permea toda su estructura; un ejemplo está dado por el artículo segundo que desarrolla los fines esenciales del Estado. Su tenor literal, reza:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política de Colombia., 1991, art. 2, p. 10).

Así, los fines del Estado son un referente a la hora de hablar de conciliación y, de hecho, la figura como tal se encuentra inspirada en el cumplimiento de objetivos como el de facilitar la convivencia pacífica; ese es un aspecto que se evidencia en el objeto de análisis, ya que como se ha venido explicando, pretende favorecer el diálogo y la solución efectiva de las controversias, mediante una reunión pacífica. Allí mismo, se da la materialización o, mejor, la búsqueda de esa materialidad en lo que se refiere a la convivencia pacífica. Vital importancia tiene la idea de facilitar a las personas su participación en las decisiones que los afecten y, si se profundiza en ello, se puede comprender que la conciliación, en última instancia, es la realización de ese fin, ya que como se ha dicho, son las partes quienes dan solución a sus conflictos gracias al diálogo dado en el acuerdo.

Es evidente que la conciliación se inspiró en los fines esenciales del Estado; su ejecución ha permitido cumplir con ellos en la medida que ha encontrado salidas a diferentes conflictos, los cuales han sido tradicionalmente de solución judicial. El mecanismo, ha permitido la desjudicialización de muchas controversias y mediante esto, ha facilitado la participación de la ciudadanía en la respuesta pronta y efectiva de sus problemáticas, facilitando el acceso de los miembros de la sociedad civil a la justicia, y una justicia dialogada, concertada, con miras al tan anhelado precepto y derecho constitucional denominado paz.

* Artículo 116

La Constitución de 1991 introdujo en Colombia el Estado Social y Democrático de Derecho; este les abrió la posibilidad a los particulares de participar de la toma de decisiones que los afectan y contribuir así a la solución efectiva de sus controversias. Por esta razón, dentro de la carta política son varias las disposiciones que pueden observarse frente a la conciliación, pero la más importante está dada por el artículo 116 constitucional, el cual enlista las autoridades y organismos que administran justicia en el país. Dicho precepto, consagra:

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

(...)

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 (Constitución Política de Colombia., 1991, art. 116, p. 97).

Ese artículo es, sin lugar a dudas, el fundamento constitucional por excelencia de la institución de la Conciliación en Colombia. Si bien es cierto que hasta el momento se ha venido haciendo referencia a la desjudicialización de diferentes controversias, también es claro que esta disposición brinda el derrotero frente a este tema en especial. Aquí, se enlistan las autoridades y organismos que administran justicia y, además, ponen en manos de los particulares el ejercicio de la misma, en forma transitoria, cuando actúan en calidad de conciliadores.

Es así, como se advierte que la conciliación tiene un carácter jurisdiccional, bajo el entendido de que los actos avalados por los conciliadores tienen la naturaleza de fallo en derecho o en equidad. No obstante, debe aclararse que esa facultad de administrar justicia no es de condición permanente, sino transitoria; por tanto, esas facultades de las que se encuentran investidos los conciliadores empiezan en el momento en que las partes las otorgan, al someter sus desacuerdos a su conocimiento, y terminan con la solución que al efecto se determine.

Frente a este aspecto se puede citar lo siguiente:

Tenemos entonces, que la conciliación extrajudicial está reconocida constitucionalmente, para que la resolución de litigios esté en manos de particulares investidos de facultades transitorias; es así que de esta manera administran justicia; bajo los parámetros de ley, por su puesto.

(...)

En nuestro sentir, el espíritu que rodea la conciliación es el lograr el reconocimiento y conciencia social, bajo el entendido de que las posiciones contrarias respecto de cualquier asunto, pueden ser resueltas bajo un cierto punto de equilibrio, que las mismas partes en conflicto habrán de construir (Cadena, 2012, p. 12).

B. DISPOSICIONES LEGALES

* Ley 23 de 1991.

La ley 23 de 1991 data del 21 de marzo de dicho año, en ella se consagran diferentes disposiciones tendientes a descongestionar los Despachos Judiciales del país. Es claro que una de las grandes dificultades de la justicia colombiana ha sido el cúmulo de causas que son llevadas a conocimiento de los jueces, en las distintas ramas del derecho. Precisamente, esta situación fue una de las razones que motivó la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en procura de una pronta y cumplida justicia, tratando de evitar la extrema judicialización de los conflictos derivada de una arraigada cultura legalista. Dentro de las regulaciones de la Ley 23 se encuentran: el traslado de competencias a las autoridades de policía y de tránsito; conciliación en materia laboral, de familia, contencioso administrativo; la regulación de los centros de conciliación (siendo de importancia para este libro estas referencias específicamente); la conciliación en equidad y todo lo referente al arbitramento.

Valga decir que la mayoría de las disposiciones consagradas en esta norma, fueron modificadas o derogadas por la Ley 446 de 1998. No obstante, a manera de recuento histórico legal, vale la pena su mención y la cita de las disposiciones vigentes en materia de centros de conciliación, así:

ARTÍCULO 76. La conciliación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando éste tenga lugar.

A la conciliación las partes podrán concurrir con o sin apoderado.

ARTÍCULO 79. En la audiencia, el conciliador interrogará a las partes para determinar con claridad los hechos alegados y las pretensiones que en ellos se fundamentan, para proceder a proponer fórmulas de avenimiento que las partes pueden acoger o no.

ARTÍCULO 81. Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio no habrá lugar al proceso respectivo, si el acuerdo fuere parcial, quedará constancia de ello en el acta y las partes quedarán en libertad de discutir en juicio solamente las diferencias no conciliadas (Ley 23, 1991, arts. 76, 79 y 81, pp. 19-20).

Las normas vigentes, hacen referencia al trámite conciliatorio, destacando ciertos principios como el de confidencialidad, propios de la institución conciliatoria.

* Ley 270 de 1996.76, 79 y 81

La ley 270 del 7 de marzo de 1996, es la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en la que se fijan los parámetros, bajo los cuales se deberá administrar justicia en Colombia, resaltando el valor trascendental de la justicia y la finalidad, que dentro de la sociedad colombiana desempeña. A partir de las diferentes disposiciones consagradas en este cuerpo normativo, y que interesan al tema de estudio, se tiene la posibilidad de establecer diversos mecanismos alternos al proceso judicial, tendientes a solucionar los distintos conflictos. Por otro lado, y en concordancia con el artículo 116 superior, esta norma resalta a las autoridades y organismos encargados de la administración de justicia, haciendo alusión a la facultad transitoria de los particulares, para administrar justicia, cuando lo hacen en calidad de conciliadores.

En este sentido, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia es una norma aplicable en su integridad a la institución de la conciliación, teniendo en cuenta el carácter jurisdiccional de la figura, precisamente otorgada por la Constitución. Para los fines perseguidos en este acápite, y habiendo aclarado que la Ley 270 gobierna de cierta manera a la conciliación, es importante mencionar las disposiciones que se refieren textualmente a la misma, así:

ARTÍCULO 13. DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

1. El Congreso de la República, con motivo de las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos.

2. Las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal; y

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso (Ley 270, 1996, art. 13, p 5).

* Ley 446 de 1998.

Nuevamente, se evidencia la grave situación de la administración de justicia en Colombia, teniendo en cuenta el cúmulo de procesos que

se encuentran represados en los despachos judiciales del país, sin que se tenga la capacidad real para entrar a resolverlos todos, sin que exista mora en la decisión de los mismos. Es por esta razón que surge la ley 446 de 1998, mediante la cual se dictan normas tendientes a la descongestión judicial, y el acceso a la administración de justicia, por parte de los particulares en una forma más eficiente. Del mismo modo, esta disposición normativa, modificó y derogó algunas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, de la Ley 23 de 1991 y dictó otras normas.

Es importante resaltar que la Ley 446, en su artículo primero, destacó la participación de los estudiantes de derecho del país, permitiéndoles las diversas prácticas jurídicas consagradas en el pensum académico, con el fin de contribuir en la descongestión de la judicatura y en la colaboración en el acceso efectivo de la comunidad a la administración de justicia. Dentro de estas atribuciones, se puede destacar la práctica de los estudiantes de Derecho en calidad de conciliadores en los Centros de Conciliación, debidamente autorizados, de las distintas universidades del país.

Por otro lado, la disposición mencionada consagra un capítulo específico en el que aborda el tema de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; dicho abordaje es general y especial, referido a cada procedimiento en específico, el cual resulta de interés para los fines perseguidos en este texto, específicamente por algunos apartes que en forma general se refieren a la conciliación. Es de anotar que en la norma que se está comentando muchas de sus disposiciones fueron modificadas o derogadas por la legislación subsiguiente, sin embargo, atendiendo al cronológico de la legislación en la materia, es necesario hacer alusión a estas disposiciones, citándolas de la siguiente manera:

Artículo 64. Definición. La conciliación es 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.

Artículo 65. Asuntos conciliables. Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

Artículo 66. Efectos. El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo (Ley 446, 1998, arts. 64, 65 y 66, p. 50).

Las disposiciones normativas, citadas con anterioridad, se encuentran vigentes y, por tal razón, aplicables a la institución de la conciliación en Colombia.

* Ley 640 de 2001

La norma que recopiló todas las disposiciones en el tema de la conciliación, y que se convierte en la carta de navegación en esta materia, fue dada por el legislador del 2001, quien consciente de la disparidad de normas aplicables dentro del sistema jurídico, decidió unificar la legislación. No obstante, muchos apartes legislativos de disposiciones anteriores se encuentran aún vigentes, no siendo incompatibles con la Ley 640, sino complementarios entre sí.

Una de las grandes diferencias, si se quiere, de esta Ley con anteriores legislaciones, es que todo el cuerpo normativo se encuentra dedicado a la conciliación y a la reglamentación de los Centros de Conciliación. Claramente, esta norma es una reglamentación especial que regula íntegramente la institución jurídica de la conciliación, entendido que disposiciones previas se encontraban dedicadas a la descongestión judicial (como el caso de las leyes 270 de 1996 y 446 de 1998, entre otras), siendo esta la materia de especialidad de dichas normas, en cuyos contenidos se dedicaban apartes a los mecanismos alternativos de solución de conflictos. En esas leyes se alude a la conciliación como una de esas formas de solución, pero su íntegra reglamentación se desglosa en la Ley 640 de 2001.

Adicionalmente, la Ley 640 trata el tema de los conciliadores, sus características, deberes y calidades, así como la manera en que deberán ser elegidos o designados para adelantar los trámites conciliatorios y la capacitación que los mismos deben tener, a cargo del Ministerio de Justicia. Aspecto importante reviste el acápite de los Centros de Conciliación, bajo el entendido de que las universidades que ofrecen el programa de derecho tienen la potestad de crear centros de conciliación y prestar el servicio a la comunidad en forma gratuita, no siendo ajena a esta realidad la Universidad de Boyacá.

Finalmente, la Ley 640 de 2001 creó el Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia como un organismo asesor del Gobierno Nacional en materias de acceso a la justicia y fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el cual estará adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho (Ley 640, 2001).

2.2 PERÚ

Dentro de la legislación peruana, no es posible encontrar una consagración constitucional de esta figura. El desarrollo normativo en Perú ha sido netamente legal y se ha enriquecido con algunas modificaciones y acuerdos judiciales. Según esta premisa, se pretende exponer a grandes rasgos la legislación vigente en esta materia. La Ley de conciliación extrajudicial peruana está dada por la ley 26872, con su reglamentación, y el Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, entre otras disposiciones, estudiadas grosso modo a continuación.

A. LEY N°. 26872

La ley No. 26872 de 12 de noviembre de 1997, responde a un debate jurídico serio que involucró a diferentes sectores de la nación vecina, en el que se discutieron las diferentes problemáticas de la administración de justicia en el país. Un problema que no solo se ha presentado en Colombia, sino que se ha venido generalizando en diferentes países de Latinoamérica, y que ha encontrado solución en la propuesta de implementación de mecanismos alternativos que permitan desjudicializar los conflictos (Quiroga, 2000).

Muestra de este debate es lo argumentado en la doctrina peruana que, a grandes rasgos, ha venido narrando el desarrollo del origen de la norma de conciliación, especialmente a través de Abanto (2010), quien señalaba lo siguiente:

A finales de 1992, con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) comenzó a analizar y discutir el problema de la administración de justicia en nuestro país, convocándose a una Comisión de Reestructuración integrada por representantes del Ministerio Público, Indecopi, el Colegio de Abogados, la Cámara de Comercio de Lima, juristas, instituciones privadas de investigación entre otros. Una de sus conclusiones fue el reconocimiento de las MARC´s como una

forma de mejorar la administración de justicia. La ley de conciliación fue debatida en la primera legislatura ordinaria de 1997, 11 sesión, celebrada el 11 de septiembre de dicho año. Con fecha el 12 de noviembre de 1997 fue promulgada la Ley de Conciliación No. 26872 siendo publicada el día siguiente en el Diario Oficial El Peruano (pp. 45-46).

La necesidad de solucionar los conflictos de una manera alternativa irradió la creación de la norma mencionada; así, adicionalmente se consagró la conciliación como una institución de interés nacional. Si bien es cierto que la conciliación peruana no encuentra un asidero constitucional, la expresión consagrada en el artículo 1 de la ley 26872 de 1997, citado con anterioridad, permite entrever la importancia de la institución en el país.

La Ley estudiada comprende todo lo referente a la conciliación extrajudicial en el Perú, las materias conciliables y las que no, los procedimientos a seguir en la audiencia, la figura del conciliador, los centros de atención en la materia, las actas y demás aspectos que se enmarcan dentro del procedimiento mismo; adicionalmente, consagra un tipo de mecanismo ante jueces de paz. Entonces, podría decirse que esta norma es el estatuto de la figura peruana bajo la cual se deben regir todos los conciliadores de la nación vecina, acatando los principios y disposiciones contenidos allí; es el equivalente a la Ley 640 colombiana, junto con sus modificaciones, y debe expresarse que la ley 26872 tampoco ha sido ajena a esas reformas.

B. DECRETO LEGISLATIVO 1070

Este Decreto, de 28 de junio de 2008, introdujo algunas reformas a la Ley 26872 de 1997, Ley de conciliación peruana, convirtiéndose en parte integral del estatuto de conciliación en el Perú. Pero no solamente realiza reformas, sino que, en la misma medida, realizó adiciones a la Ley de conciliación; una de las adiciones importantes consistió en la consagración expresa de las materias no susceptibles de conciliación, lo cual no era contemplado por la ley 26872 original⁴.

⁴ En efecto, el artículo 7-A del Decreto 1070 de 2008, dispone lo siguiente: Supuestos y materias no conciliables de la Conciliación. No procede la conciliación en los siguientes casos: a) Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada. b) Cuando la parte invitada domicilia en el extranjero, salvo que el apoderado cuente con poder expreso para ser invitado a un Centro de Conciliación. c) Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los Artículos

El Decreto 1070 adicionó y modificó la Ley de conciliación, además, le imprimió a esta institución mayor fortaleza, teniendo en cuenta que permitió la instauración definitiva de la conciliación extrajudicial en Perú; de esta forma la consagró, no solo como un requisito de procedibilidad, sino como un mecanismo alternativo al proceso mediante el cual se puede dar una solución efectiva de los diferentes conflictos. Ahora bien, fortalece la idea de intentar la conciliación con miras a obtener un acuerdo y sancionando al demandante, con rechazo de la demanda por falta de interés para obrar.

C. DECRETO SUPREMO Nº 014-2008-JUS.

Este Decreto, emanado del Poder Ejecutivo, se constituye en la reglamentación de la ley de conciliación peruana; sin embargo, debe decirse que previamente la Ley 26872 se encontraba reglamentada por el Decreto Supremo No. 004-2005-JUS, no obstante, la modificación de dicha Ley por parte del Decreto Legislativo 1070, hizo que las circunstancias variaran, y a razón de ello, se dio la necesidad de realizar una nueva reglamentación, la cual está dada por el Decreto Supremo No. 014-2008-JUS, modificado por posteriores disposiciones, provenientes del ejecutivo.

Al ser la reglamentación de la ley de conciliación, son diversos los temas que el Decreto trata y que como resulta obvio, deben ser tenidos en cuenta, a la hora de ejercer la conciliación. Más exactamente, la presente norma consagra, a grandes rasgos, los siguientes temas: procedimiento conciliatorio; operadores de la conciliación; el conciliador, sus calidades, su acreditación, sus obligaciones y el ejercicio de sus funciones; los centros de conciliación, su estructura, funcionamiento, requisitos y autorizaciones; los capacitadores, sus funciones, su registro y obligaciones; el centro de formación y capacitación para conciliadores, sus funciones, su estructura, las reglas para su funcionamiento; la supervisión de los operadores de la conciliación; las sanciones y el proceso sancionatorio y otras disposiciones.

43 y 44 del Código Civil. d) En los procesos cautelares. e) En los procesos de garantías constitucionales. f) En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico, este último en los supuestos establecidos en los incisos 1, 3 y 4 del artículo 221 del Código Civil. g) En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero. h) En los casos de violencia familiar, salvo en la forma regulada por la Ley Nº 28494 Ley de Conciliación Fiscal en Asuntos de Derecho de Familia. i) En las demás pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes.

De las anteriores disposiciones, es importante señalar los principios bajo los cuales se rige la conciliación y que se consagran en el artículo segundo del Decreto, dentro de los cuales se resaltan equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía. Por otro lado, vale la pena resaltar el tema de los operadores de la conciliación, que al tenor del artículo 29, son:

Artículo 29. - Definición según lo dispuesto por el artículo 19 A de la Ley, son operadores del Sistema Conciliatorio las entidades o personas registradas y autorizadas por el MINJUS, las cuales ejercen las funciones de conciliación extrajudicial y formación y capacitación básica y especializada de conciliadores extrajudiciales a nivel nacional (Decreto Supremo No. 014-2008-JUS, 2008, art. 29, p. 9).

Se observa que uno de los operadores de la conciliación es el conciliador, quien dirige la audiencia de conciliación y avala con su firma el acuerdo suscrito entre las partes; en este aspecto llama la atención un punto importante, dado por los requisitos para ser conciliador. El Decreto objeto de reflexión consagra dichos requerimientos en el artículo 33, entre los cuales se destaca la posibilidad de acreditarse como conciliador, si se ha aprobado el curso de capacitación en conciliación. El mencionado artículo no contiene como requerimiento el acreditar la profesión de abogado o ser estudiante de derecho de los últimos semestres, tal es el caso de otras naciones.

En Perú, como se verifica en las normas estudiadas hasta el momento, a los conciliadores no se les exige legalmente ser abogados o estudiantes de derecho, es decir, contar con una formación jurídica y conocimiento de las normas legales, que seguramente han de imperar en los casos objeto de conciliación. La legislación peruana les impone a los conciliadores tomar un curso de capacitación y, por otro lado, se ordena a los centros de conciliación, contar con un abogado en el centro, quien verificará la legalidad de las actas de conciliación, dejando su rúbrica como muestra de esa legalidad.

Ahora bien, otro de los operadores es el capacitador, persona encargada de realizar las capacitaciones de los conciliadores. La definición legal de esta figura, está dada por el artículo 59:

Artículo 59.- Definición. Es la persona que estando autorizada y debidamente inscrita en el RNU de Capacitadores del MINJUS, se encarga de la elaboración de los materiales de enseñanza, el dictado y la evaluación en los Cursos de Formación y Capacitación de Conciliadores. Su participación en el dictado y evaluación de los Cursos de Conciliación Extrajudicial y de Especialización, estará sujeta a la vigencia de su inscripción en el RNU de Capacitadores y de la respectiva autorización del MINJUS por cada curso (Decreto Supremo No. 014-2008-JUS, 2008, art. 59, p. 28).

Como aspecto importante, cabe resaltar la supervisión de los operadores de la conciliación, de la cual se encarga el Ministerio de Justicia; esta supervisión se destaca en el artículo 88:

Artículo 88.- Definición y objeto. La supervisión es una función del MINJUS que se ejerce a través de la DCMA, en ejercicio de su facultad fiscalizadora que tiene por objeto velar por el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de conciliación, a fin de salvaguardar y fortalecer la institucionalización, funcionamiento y desarrollo de este mecanismo alternativo de solución de conflictos (Decreto Supremo No. 014-2008-JUS, 2008, art. 88. p. 45).

Resulta interesante destacar que el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, por mandato del artículo 90 de este Decreto, organiza supervisiones de carácter pedagógico, en las que ilustrará a los Centros de Conciliación sobre la normatividad vigente, las obligaciones y las funciones que deben cumplir. Este mandato normativo resalta en gran medida la importancia de la institución de la conciliación en Perú. Si se observa esta situación, al menos en la norma, se puede entrever el papel protegido que, dentro de la administración de justicia peruana, juegan la conciliación y la idea de fortalecerla cada día más.

D. DECRETO SUPREMO NO. 006-2010-JUS.

Este Decreto, del ejecutivo del 6 de mayo de 2010, modificó el Decreto Supremo No. 014-2008-JUS que reglamentó la ley de conciliación con la reforma que se realizará mediante el Decreto legislativo 1070

de 2008. No obstante, no puede decirse que este Decreto derogará y reemplazará al anterior reglamento, ya que la modificación que se llevó a cabo no fue en su integridad, sino en algunos aspectos básicos. Dentro de las materias objeto de reforma se encuentran temas referentes a los conciliadores, a los capacitadores y a los centros de conciliación (Decreto Supremo No. 006-2010-JUS).

3. FINES DE LA CONCILIACIÓN: COLOMBIA – PERÚ

Analizadas las normas vigentes en cuanto a la conciliación en ambos países, corresponde ahora determinar la finalidad que estas persiguen. Debe aclararse, en primer término, que ni la Ley 640 de 2001 en el caso colombiano, ni la Ley No. 26872 de 1997 en el caso peruano, consagran expresamente los objetivos perseguidos con la aplicación de la conciliación. No obstante, al realizar una lectura juiciosa de ambos textos normativos, es posible establecer o deducir los fines que el legislador de uno y otro país quiso imprimir a la institución conciliadora.

3.1 SOLUCIONA LOS CONFLICTOS JURÍDICOS SIN NECESIDAD DE ACUDIR A LA VÍA PROCESAL

Evidentemente la conciliación, al ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos, permite la respuesta efectiva de una controversia jurídica, surgida entre dos o más partes, sin la necesidad de acudir a los procedimientos tradicionales propios de la justicia ordinaria. Es claro que, tanto en Colombia como en Perú, se buscó dar respuesta a los conflictos sociales de una manera más ágil y expedita, en la que las partes en conflicto fueran protagonistas de su propia salida. Lo anterior, puede concluirse de la legislación peruana en los siguientes términos:

Artículo 5.- Definición. La Conciliación Extrajudicial es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto (Ley 26872, 1997, art. 5, p. 1).

En el mismo sentido, puede observarse esta situación en el ordenamiento colombiano y, específicamente, en la jurisprudencia de la

Corte Constitucional que se ha referido a la conciliación en los siguientes términos:

Constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal... favorece la realización del debido proceso, en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto; y repercute de manera directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia (Corte Constitucional, Sentencia C-222, 2013, párr. 6).

3.2 OTORGA Y PROMUEVE EN LOS CIUDADANOS LA FACULTAD DE GESTIONAR DIRECTAMENTE SUS CONFLICTOS

Al ser la conciliación un método alternativo de solución de conflictos autocompositivo, resulta evidente que son las mismas partes trabadas en conflicto quienes dan respuesta a su controversia, mediante el diálogo entablado entre ellos. Precisamente, la conciliación pretende que los intervinientes acudan de manera directa a exponer las razones que dieron origen a sus diferencias y proponer fórmulas de arreglo para llevar a feliz término tal situación. Lo anterior, se puede evidenciar en el parágrafo segundo del artículo primero de la Ley 640 de 2001, de la siguiente manera:

Las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el municipio del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre por fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse con la comparecencia de su apoderado debidamente facultado para conciliar, aun sin la asistencia de su representante (Corte Constitucional, Sentencia C-222, 2013, párr. 20).

Por su parte, la legislación peruana hace alusión a este punto mediante el concepto de autonomía de la voluntad, el cual se consagra en el artículo 3 de la Ley 26872, “Autonomía de la Voluntad. - La Conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes” (art. 3, p. 1).

3.3 ESTIMULA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS CON UN CRITERIO PACIFISTA Y EN FORMA ÁGIL Y EFICAZ

El diálogo es una forma de construir una colectividad en paz que permite resolver los conflictos conversando, lo cual contribuye aún más a ese ideal de sociedad; en eso fue en lo que pensaron los legisladores peruanos y colombianos al apostarle a la conciliación como una herramienta expedita de solución de controversias, así lo deja ver el legislador peruano en el siguiente texto legal: “Artículo 2.- Principios. - La Conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía” (Ley 26872, 1997).

Por otro lado, la Corte Constitucional colombiana, realizando un análisis e interpretación de los textos legales, ha considerado que la conciliación contribuye a la consecución de la convivencia pacífica (Corte Constitucional, Sentencia C-222, 2013), siendo esto una finalidad y característica inherente a la figura jurídica.

3.4 PERMITE CUMPLIR CON EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Tanto en Colombia como en Perú, la conciliación se tiene como un requisito de procedibilidad, el cual debe agotarse previo al acceso a la justicia ordinaria. Precisamente, este ideal es consecuencia de los fines anteriormente descritos, en la medida en que facilita la solución de controversias sin acudir a procedimientos ordinarios, que podrían ser más complicados y su duración podría ser mayor. Así lo dispuso el legislador colombiano en la Ley 640 de 2001:

Artículo 35. Requisito de procedibilidad: En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas (Ley 640, 2001, art. 35, p. 8).

Así mismo, el legislador peruano también incluyó este fin dentro de su normatividad, de la siguiente manera:

Artículo 6.- Falta de intento Conciliatorio: Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar (Ley 26872, 1997, art. 6, p. 1).

3.5 CONTRIBUYE A LA DESCONGESTIÓN DE LOS DESPACHOS JUDICIALES

Sumando los fines anteriormente estudiados, se puede llegar al último de ellos y que se extraiga de las revisiones legislativa, jurisprudencial y doctrinal, es decir, la descongestión de la justicia tradicional. Esta última finalidad es consecuencia directa de las anteriores, ya que, si en efecto se cumple con todas ellas y se da aplicación a la figura de la conciliación, los despachos judiciales, titulares de la justicia ordinaria, se podrán ocupar única y exclusivamente de aquellos asuntos, que revisten características especiales y que debido a su trascendencia no es posible solucionarlos vía conciliatoria. Es así como la conciliación, más que un requisito de procedibilidad, se convierte en un verdadero apoyo de la justicia en Colombia y en Perú.

4. IMPLICACIONES TEÓRICO-PRÁCTICAS DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA Y PERÚ

Finalmente, en el último aspecto a tratar en el presente capítulo se hace necesario estudiar las teorías que, en torno a la institución conciliatoria, han venido surgiendo. Precisamente, la existencia de una figura como la conciliación en Colombia y Perú ha permitido la construcción de diferentes teorías en torno a su naturaleza jurídica, las cuales tienen implicaciones prácticas. De acuerdo con lo anterior, se esbozarán las principales teorías que han surgido frente a la conciliación, para finalizar con las consecuencias que ello ha traído.

4.1 TEORÍA PROCESALISTA

La teoría procesalista considera que la conciliación es una etapa obligatoria de la mayoría de procesos, destacándose el civil, en asuntos declarativos. Si bien es cierto, la conciliación puede desarrollarse antes o fuera del proceso (extrajudicial) o dentro de la instancia judicial

misma (judicial), se ha convertido en una fase más, constituyéndose un requisito de procedibilidad, salvo contadas excepciones, como en el caso del juicio laboral.

De la misma forma, y para quienes consideran que dentro de la teoría procesalista se encuentra inmersa la jurisdiccional, uno de los sustentos básicos a la hora de considerar la naturaleza de la conciliación como procesal, está dado por las funciones jurisdiccionales que constitucionalmente se les han atribuido a los conciliadores, aunque sea de manera transitoria. En un sector de la doctrina, la conciliación no tiene una implicación judicial, teniendo en cuenta que en la práctica los conciliadores no ejercen funciones jurisdiccionales, entendiendo que no son ellos los que definen los asuntos sometidos a su mediación, sino las partes en conflicto. Frente a este punto se ha expuesto:

Es cierto que la potestad jurisdiccional, en su máxima expresión, necesita de providencias dictadas por un juez con carácter obligatorio para las partes, pero en tratándose de conciliación su firma en el acta respectiva es la que por mandato legal refrenda el acto dándole la calidad de cosa juzgada y con mérito ejecutivo; es que si ese acuerdo solo lo suscriben las partes, a lo sumo solo hablará un contrato de transacción; la presencia y el respaldo del conciliador al acuerdo logrado, tiene similares efectos a la sentencia judicial, y por eso resulta viable calificar esa actividad de función judicial (Bastidas, 2002, pp. 118-119).

Se entiende de la cita anterior que la función del conciliador es verdaderamente de carácter jurisdiccional, circunstancia que convierte la conciliación en una etapa procesal y, por ende, de tal naturaleza. Aún más, resaltan posturas que defienden la idea de un curso conciliatorio y el respeto dentro de dicho trámite, del derecho al debido proceso; de esta manera, se reafirma su talante conciliatorio.

4.2 TEORÍA JURISDICCIONAL

Ya se había resaltado en párrafos precedentes. A la conciliación se le atribuye una connotación jurisdiccional, teniendo en cuenta el mandato del artículo 116 de la Constitución Nacional que, precisamente, hace alusión a las autoridades que administran justicia, incluyendo a los particulares, quienes se encuentran investidos transitoriamente de tal facultad, en la medida en que ejerzan funciones como conciliadores

o árbitros, entre otros. Se entiende entonces que la conciliación es, evidentemente, un acto jurisdiccional.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado reiteradamente la naturaleza jurisdiccional de la institución de la conciliación. Al respecto, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

En este sentido, el arbitramento como la conciliación o la amigable composición, han de entenderse como institutos a los que el constituyente les reconoció una función fundamental dentro de la administración de justicia, pues son mecanismos a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias, sin la intervención directa del Estado, lo que permite no solo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos (Corte Constitucional, Sentencia C-098, 2001, párr. 35).

Se ha explicado que, en sus efectos, la firma del conciliador avalando el acuerdo tiene las mismas implicaciones de una sentencia, puesto que hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. En igual sentido, se ha referido el doctrinante Gil Echeverry, al esgrimir que:

De manera que, si la Constitución estableció la función jurisdiccional del conciliador, como también lo establece la ley estatutaria de la administración de justicia, y lo ha confirmado la Corte Constitucional con doctrina de obligatorio acatamiento, al intérprete no le queda otro camino que aceptar dicha tesis y buscar la mejor forma para su recta aplicación (Gil, 2011, p. 13).

4.3 TEORÍA DEL NEGOCIO

En primer lugar, ha de decirse que los negocios jurídicos, son declaraciones de la voluntad, encaminadas a producir efectos jurídicos. Para la teoría del negocio, el acto de la conciliación se convierte en un verdadero negocio jurídico que puede ser, o no, de naturaleza contractual, ya que las partes llegan a un verdadero acuerdo frente a sus diferencias y ese arreglo trae consigo efectos jurídicos. Una de las repercusiones por efectos del arreglo, al menos en el entorno colombiano, es dar

tránsito de cosa juzgada, lo cual implica la renuncia de las partes a hacer uso de la justicia ordinaria, siendo este un claro efecto jurídico fruto del mecanismo de conciliación. En el mismo sentido, la consagración expresa en el acta de obligaciones de dar, hacer o no hacer a favor de una o ambas partes, constituye un pacto de naturaleza contractual y no quiere decir que el acto se convierta en un contrato, sea la que sea su nominación.

Así lo ha expresado Bastidas (2002):

No es la conciliación un simple procedimiento sino un verdadero negocio público, porque se presentan manifestaciones de voluntad encaminadas a producir un efecto jurídico, a terminar las diferencias con la equivalencia de un convenio que puede constituir por sí un contrato nominado o innominado. Tendrá naturaleza contractual cuando se consagran prestaciones a cargo de una o de ambas partes, pues el simple convenio de desistir de la demanda o allanarse a las pretensiones de la misma no significa arreglo contractual, como sí lo es cuando un aparte se obliga a dar, hacer o no hacer una prestación en favor de la otra, casos de contrato unilateral, que sería bilateral si la obligación es recíprocamente a favor de las partes (p. 120).

4.4 TEORÍA MIXTA

También denominada teoría ecléctica, pretende unificar los criterios establecidos en la teoría procesal, que como se advirtió en su momento, trae inmersa la teoría jurisdiccional, y lo esbozado por la teoría convencional o del negocio. En efecto, la conciliación es un verdadero proceso, que tiene una serie de etapas para su perfeccionamiento y constituye, a su vez, una etapa dentro del trámite que motivó su ocurrencia entre las partes; además, es un fin primordial que permite llegar a una solución del conflicto, mediante el acuerdo de los intervinientes, lo cual, sin lugar a dudas, acarrea efectos jurídicos.

Esta teoría argumenta que no es factible establecer la naturaleza netamente procesal de la conciliación o la meramente convencional, sino que su esencia es mixta, al no ser excluyentes ambas naturalezas en el mismo acto. En palabras de Gil (2011):

No puede concebirse la parte estrictamente procesal, aislando el acuerdo final, ni tampoco puede separarse el acuerdo final del trámite precedente y de su aprobación final de parte del conciliador o de la autoridad jurisdiccional, si fuere el caso. En palabras más claras: la conciliación constituye un trámite procesal judicial o extrajudicial que tienen como finalidad buscar un común acuerdo entre las partes, el cual debe ser avalado por el conciliador; de aquí surge su connotación mixta (pp. 16-17).

En suma, una vez decantadas, grosso modo, las teorías respecto a la naturaleza jurídica de la conciliación, en términos generales y atendiendo al enfoque del estudio planteado, es procedente y oportuno traer a colación la visión que frente a la misma se ha postulado por la doctrina peruana, que se fundamenta en dos teorías sobre el tema. Por un lado, se encuentra el criterio institucional de la conciliación y, por otro, la tesis de acto jurídico.

4.5 TEORÍA DE LA CONCILIACIÓN COMO INSTITUCIÓN

La legislación peruana hace especial énfasis en la institucionalización de la conciliación, con el fin de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento. En efecto, el artículo 1 de la ley No. 26872, también conocida como ley de conciliación extrajudicial, expone la importancia de la figura jurídica, considerándola de interés nacional. De esta manera, se le confiere un carácter formal, dado por instituciones reconocidas legalmente y aceptadas por la sociedad que buscan desarrollar un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Frente a esto la doctrina peruana ha argumentado:

Que el Estado haya declarado de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la conciliación nos invita a reflexionar “sobre las ilimitadas posibilidades que promete este medio alternativo de resolución de conflictos en nuestro país y el gran reto que supondrá la institucionalización y desarrollo del instituto conciliatorio (Ormachea, 1998, pp. 47-48).

Lo anterior, resume eficazmente la teoría institucional de la conciliación, de la que es avante el Estado peruano.

4.6 TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO

Al igual que la teoría del negocio expuesta en precedencia, en Perú, la conciliación recibe una connotación negocial, bajo el nomen iuris de *acto jurídico*. La doctrina peruana basa su argumentación en el principio de la autonomía de la voluntad privada, teniendo en cuenta que son las partes quienes, en virtud de la manifestación de su deseo, libre de cualquier vicio y acorde al orden público (siendo este el límite de dicha decisión), celebran un acuerdo mutuo, dando finalización al conflicto suscitado entre ellos. En efecto, la conciliación es consagrada por la ley No. 26872 como una institución consensual, observando que los arreglos a los que se llegue son la expresión de la aquiescencia de los sujetos y el conciliador; por tanto, no se podrá imponer una fórmula de arreglo, salvo que, expresamente así lo dispongan los intervinientes.

La conciliación es el resultado de la voluntad de las partes, tal y como lo expresa el artículo 3 de la Ley que se viene comentando. De esta manera, la conciliación es la celebración de un acto jurídico, en el que obligatoriamente intervine la expresión de la voluntad de las partes y cuya finalidad está dada por la solución de un determinado conflicto, llegando de esta manera a un consenso que pone fin a la controversia.

Si bien es cierto, la legislación colombiana y peruana no plasman normativamente las teorías expuestas con anterioridad, debe decirse que han sido resultado de un análisis doctrinal y jurisprudencial en ambas naciones, las cuales han buscado la interpretación y entendimiento de la figura jurídica de la conciliación, a través del sentir del legislador. Atendiendo a esta circunstancia, el presente texto no puede ser ajeno a esa realidad y, con el fin de realizar un estudio más completo que lleve al posible lector de estas líneas una visión más detallada del mecanismo estudiado, se hace mención a esas teorías.

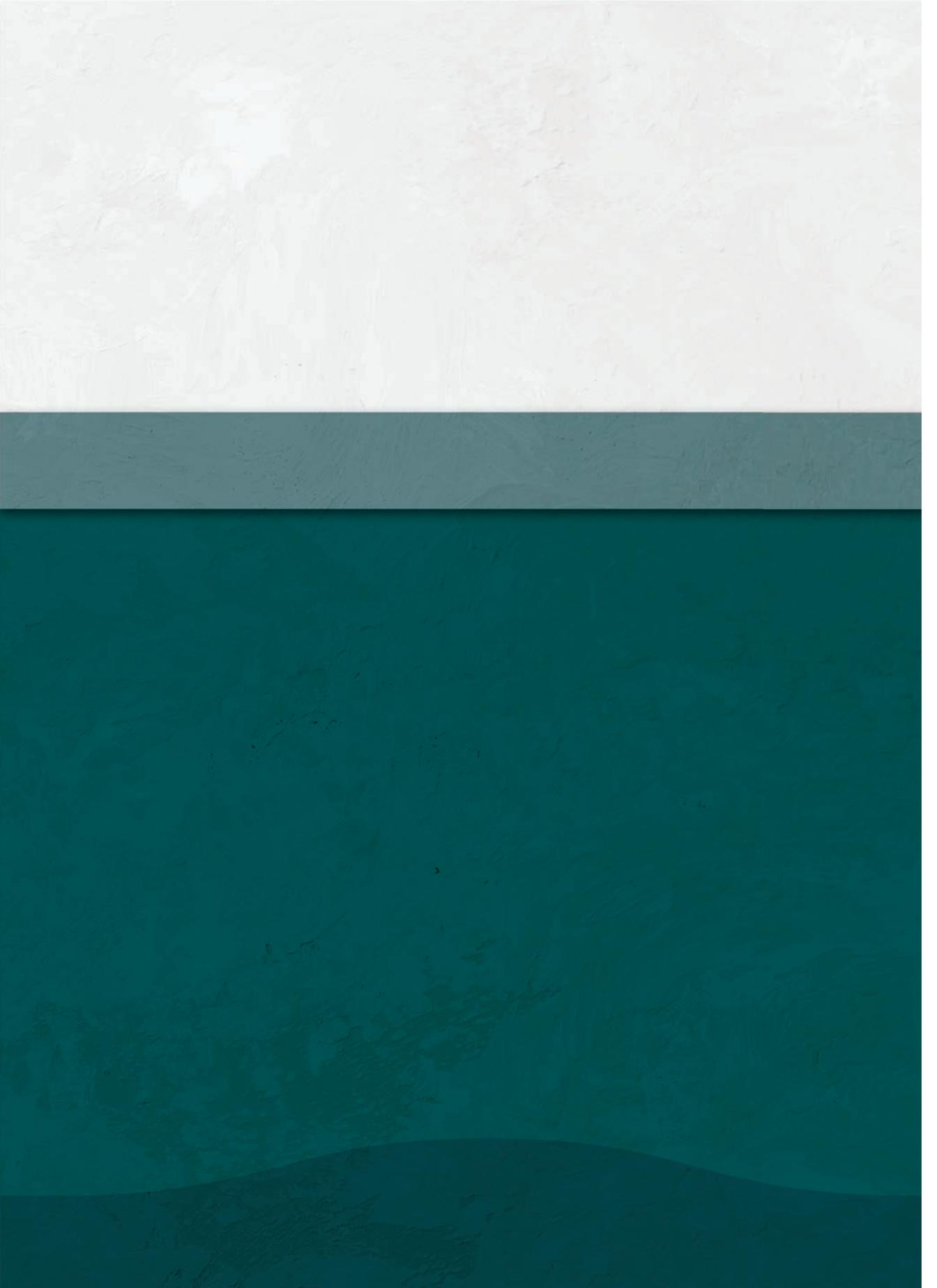


CAPÍTULO IV

EL PROCESO CONCILIATORIO:

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE

COLOMBIA Y PERÚ



Habiendo estudiado las teorías e implicaciones prácticas en torno a la figura jurídica de la conciliación en Colombia y en Perú, corresponde ahora realizar un análisis frente al proceso conciliatorio, advirtiendo los puntos de convergencia y divergencia que se presentan en la legislación colombiana y peruana. Este estudio atiende al segundo objetivo específico que se planteó para el desarrollo del presente documento, lo que facilitará la exposición del siguiente. No obstante, previo a comenzar el examen comparativo, se debe en primer lugar dar un concepto acerca del proceso conciliatorio y, en segundo término, brindar un breve resumen del proceso conciliatorio tanto en Colombia como en Perú, lo que permitirá continuar con las diferencias y similitudes entre las legislaciones antes mencionadas, siendo este el tercer punto a tratar.



1. EL PROCESO CONCILIATORIO

La conciliación, cuenta con un aspecto de corte formal, entendiendo que para efectos de perfeccionar la parte sustancial, es decir, la conciliación misma, se hace necesario adelantar una serie de etapas o pasos que conllevan a ese fin último, que es la resolución del conflicto sometido a un conciliador, con la intervención activa de las partes en controversia. De lo anterior, se desprende entonces que el Procedimiento Conciliatorio son fases, tendientes a la consecución de un

acuerdo que involucre a las partes en conflicto, en aras de obtener una negociación que permita poner fin a la controversia presentada y, con ello, alcanzar una pronta y cumplida justicia, perfeccionando uno de los fines de la figura jurídica, el cual es la participación de las personas en la toma de las decisiones que los afecten. Valga decir que al igual que en cualquier trámite, en la conciliación, se deben respetar las garantías y derechos fundamentales de origen constitucional y legal, teniendo especial atención al debido proceso, principio, derecho y fin, del que derivan los demás.

De acuerdo con lo anterior, y para efectos de tener una visión más general del proceso conciliatorio en los países objeto de estudio, se debe describir, grosso modo, el trámite que se le da en cada país, haciendo alusión a esas etapas procesales de manera amplia en el contexto colombiano y peruano, teniendo en cuenta lo pretendido en la investigación planteada. En ese orden de ideas, se enunciará a continuación, el trámite procesal de la conciliación en Colombia y Perú.

1.1 COLOMBIA

La legislación colombiana prevé, en términos generales, las siguientes etapas que conforman el proceso conciliatorio:

A. SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

Esta etapa está dada por la comparecencia de una de las partes en controversia o ambas, para poner en conocimiento de un Centro de Conciliación el asunto y poder dar solución al mismo. En esta instancia corresponde al conciliador recepcionar la solicitud y, de acuerdo con los hechos planteados, analizar si en efecto el tema es susceptible de conciliación o no; en caso negativo, se dejará constancia de ello. En el mismo sentido, se deberá determinar la competencia del Centro de Conciliación, atendiendo a la cuantía y la naturaleza de la materia.

B. FIJACIÓN DE FECHA

Habiéndose designado el conciliador, este procederá a fijar fecha y hora para la audiencia de conciliación, la cual será notificada por un medio expedito a la parte solicitada.

C. AUDIENCIA

Estando presentes las partes, se les concederá el uso de la palabra, para que se pronuncien frente a los hechos y pretensiones, planteándose fórmulas de arreglo, tendientes a poner fin a la controversia. En caso de llegarse a un acuerdo, deberá ser avalado por el conciliador, quien proferirá el acta de conciliación, la cual será debidamente consignada, corriendo tránsito a cosa juzgada y prestando merito ejecutivo. Si la audiencia tiene un fin negativo, es decir, sin acuerdo alguno, se procederá a expedir el documento correspondiente que será registrado abriendo paso a la jurisdicción ordinaria y, sea en esta instancia, donde se decida la cuestión. Puede presentarse otra situación como la inasistencia de alguna de las partes, en ese caso, el conciliador dará una espera de tres días, con el fin de que se presente excusa debidamente justificada, si se presenta en término, se fijará nueva fecha y hora para la audiencia; en caso de no allegarse o allegarse fuera de término, se proferirá constancia de inasistencia, la cual será igualmente inscrita, y le dará paso a la jurisdicción ordinaria.

1.2 PERÚ

Por su parte, la legislación peruana consagra en la Ley de Conciliación sus propias etapas, de la siguiente manera:

A. SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

Recepción de la solicitud de una de las partes o ambas. En caso de ser una petición conjunta, es decir, con la comparecencia de ambas partes, se designará ese mismo día el conciliador y se realizará la audiencia, en esa misma fecha. En caso de ser individual el requerimiento, se recibirá y se nombrará un conciliador encargado de realizar la invitación a la sesión de audiencia, la cual se llevará a cabo dentro de un límite máximo de 7 días, contados desde el día siguiente de enviada.

B. INVITACIÓN A AUDIENCIA

Una vez designado el conciliador, este realizará la invitación y la enviará, indicando la hora y fecha de la sesión.

C. AUDIENCIA

Con la comparecencia de las partes, se invitará a la conciliación; de allí pueden surgir varias opciones: arreglo, con un acta de acuerdo; convenio parcial, con un acta de pacto parcial, y una falta de anuencia, con su correspondiente acta. Por otro lado, en caso de inasistencia de una de las partes, se dejará constancia y se realizará una nueva invitación, sin embargo, en caso de faltar nuevamente alguna de las partes, se repetirá el trámite por segunda vez. Ahora bien, en caso de no comparecencia de ambas partes, se dejará constancia de ello mediante acta de inasistencia.

D. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO DE ACTA

En caso de advertirse un error en el acta de conciliación, de aquellos susceptibles de ser modificados de acuerdo con la Ley, de oficio o a petición de parte, se invitará a los intervinientes a una nueva audiencia en la que se corregirá el error y se expedirá una nueva acta.

Habiendo observado someramente las etapas del proceso conciliatorio en las naciones objeto de estudio y teniendo claro en qué consiste cada uno, a continuación, se explicarán las divergencias y convergencias encontradas en desarrollo del análisis comparativo del proceso conciliatorio, habiéndose tomado como referente las Leyes 640 de 2001 en el caso colombiano y 26872 de 1997 en el caso peruano.

2. LAS DIVERGENCIAS EN EL PROCESO CONCILIATORIO COLOMBIA – PERÚ

Son varias las diferencias que se presentan entre uno y otro proceso; a continuación, se relacionan las principales divergencias encontradas, una vez concluido el análisis de los cuerpos normativos encargados de regular el objeto de estudio.

2.1 CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Uno de los grandes contrastes que llamó la atención de los autores es la consagración constitucional que en Colombia tiene la conciliación, aspecto del que carece la legislación peruana. Si bien es cierto, este no es un tema de tipo procesal, eje central del análisis comparativo, sí resultan relevantes para considerar otras diferencias que se expondrán

más adelante. El artículo 116 de la Constitución Política de 1991 para el caso de Colombia, consagra la institución conciliadora, mientras que en Perú solamente existe regulación legal de la figura en la Ley 26872, exaltándola como de interés nacional.

2.2 LA CONCILIACIÓN COMO ACTO JURISDICCIONAL

El artículo 116 de la Carta Política colombiana, reviste carácter jurisdiccional a la conciliación, máxime si se tienen en cuenta los efectos jurídicos de los que está revestida y que se asemejan a una sentencia judicial. Es así como la conciliación trae consecuencias de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Muestra de ello, es lo expuesto por la Corte Constitucional colombiana de la siguiente manera:

Conviene observar que la mencionada disposición califica la actividad de conciliación como función de administrar justicia, no obstante que, como se dijo antes, ella no corresponde en sentido estricto a este tipo de función; sin embargo, la referida calificación podría explicarse bajo la perspectiva de que aquella institución comporta una forma de composición de un conflicto jurídico, que por sus efectos y resultados prácticos se equiparán a la solución que resulta del pronunciamiento de la sentencia, luego del trámite procesal correspondiente. De ahí que en nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente se le haya dado a la conciliación el efecto de cosa juzgada (Corte Constitucional, sentencia C-160, 1999, párr. 23).

De acuerdo con lo anterior, en el caso colombiano la conciliación es un acto jurisdiccional por excelencia, que adicionalmente tiene un respaldo constitucional en el artículo 116 superior, que les otorga facultades judiciales transitorias a los particulares en calidad de conciliadores. No obstante, precisamente en el carácter jurisdiccional de la conciliación radica la segunda diferencia con el caso peruano, ya que, para la legislación peruana, la conciliación no constituye un acto de naturaleza judicial, es decir, que no trae efectos de cosa juzgada, dejando este efecto, única y exclusivamente, a las decisiones tomadas por la justicia tradicional. Lo anterior, se desprende de la siguiente disposición normativa: “Artículo 4.- Función no Jurisdiccional. - La Conciliación no constituye acto jurisdiccional” (ley 26872, 1997, art. 4. p. 1).

2.3 PROCEDIMIENTO Y TÉRMINOS

Desde el momento en que se presenta la solicitud ante el centro de Conciliación, existen unos términos y trámites que deben ser surtidos para efectos de gestionar lo correspondiente. En este aspecto también se da una clara diferencia entre la legislación peruana y la colombiana. Mientras que en Colombia la legislación guarda silencio frente al término para designar al conciliador que se encargará de adelantar el trámite conciliatorio, la legislación peruana establece que esta designación se deberá llevar a cabo al día hábil siguiente al de la recepción de la petición y una vez efectuado el nombramiento, el conciliador tiene dos días para invitar a las partes a la audiencia, situación sobre la cual guarda silencio la legislación colombiana. Lo anterior se evidencia en los artículos siguientes:

Artículo 12.- Procedimiento y plazos para la convocatoria: Recibida la solicitud, el Centro de Conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo éste dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación. El plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles. De no concurrir una de las partes, el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia (Ley 26872, 1997, art. 12, p. 12).

ARTÍCULO 20. Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término. La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

PARÁGRAFO. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación (Ley 640, 2001, art. 20, p. 5).

De las normas transcritas con anterioridad se desprende otra gran diferencia en el procedimiento, se trata del término de realización de la audiencia de conciliación, que para el caso colombiano no podrá exceder de 3 meses tras la recepción de la solicitud, y para Perú o no pasará de 7 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la solicitud.

Se presenta otra gran diferencia, en la medida en que en el Perú el conciliador se encuentra obligado por la Ley para efectos de citar a otra audiencia de conciliación, en caso de no poderse efectuar la diligencia por ausencia de una de las partes o ambas, por expreso mandato del artículo 12 de la Ley 26872 de 1997. Lo anterior, no sucede en Colombia, ya que por mandato del artículo 22 de la Ley 640 de 2001: “si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes” (Ley 640, 2001, art. 22, p. 6), se expedirá una constancia de inasistencia habiéndose agotado el requisito de procedibilidad y habilitando a la parte cumplida para acudir ante la jurisdicción, quedando en cabeza del solicitante la opción de solicitar se realice una nueva citación. Esto, acorde con los artículos 2 y 35 de la Ley 640 de 2001.

2.4 CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En ambos países el proceso conciliatorio concluye con la expedición de un documento que dé cuenta del resultado de la audiencia de conciliación, es decir, acuerdo, no acuerdo (asunto no conciliable para el caso colombiano) e inasistencia. No obstante, en Perú se adicionan dos aspectos que difieren con el caso colombiano: por un lado, el proceso en Perú concluye con la inasistencia de una de las partes a dos sesiones (Art. 15, literal d. Ley 26872 de 1997), lo que no sucede en Colombia, ya que si no se asiste a una sola sesión sin que medie justificación, se dará por concluido el procedimiento conciliatorio. Ahora bien, el literal f del artículo 15 de la Ley de conciliación peruana, le permite al conciliador proferir una decisión motivada advirtiendo la violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación (Ley 26872, 1997, art. 15, p. 2).

En el caso colombiano, si bien es cierto la Ley 640 no consagra estas circunstancias, la práctica permite ver que si una de las partes se

retira antes de terminar la audiencia se expedirá una constancia de No acuerdo, aclarando que la persona se retiró antes. En caso de negarse a suscribir el documento, se entenderá que no hubo acuerdo, expidiéndose el documento en el que se consigne dicha situación.

2.5 LOS DOCUMENTOS RESULTADO DE LA CONCILIACIÓN

En este aspecto encuentran los investigadores una gran diferencia entre las dos legislaciones objeto de estudio. Por un lado, la legislación colombiana clasifica los documentos en actas y constancias. Según el artículo 1 de la Ley 640, el acta del acuerdo debe contener una serie de aspectos, pero se comprende que solamente se le denomina así al resultado conciliatorio positivo, es decir, un arreglo frente a las divergencias de las partes. En el artículo 2 trata las Constancias y dentro de ellas distingue las de no acuerdo, las de inasistencia y las de asunto no conciliable.

En el caso de Perú las circunstancias son diferentes, ya que la legislación de ese país no distingue entre actas y constancias. El documento expedido siempre es un acta en la que se especifica cuál fue el resultado, es decir, acuerdo, acuerdo parcial o no acuerdo. Ahora bien, en cuanto al contenido del acta, en el Perú, en todos los casos, se exige la huella digital del conciliador y de las partes, aspecto este que no se contempla dentro de la legislación colombiana. En el mismo sentido, se da la posibilidad de un testigo a ruego en caso de que algún interviniente no pueda firmar o imprimir su huella digital, lo cual, tampoco es contemplado taxativamente por la legislación colombiana.

2.6 RECTIFICACIÓN DEL ACTA

Para la legislación colombiana, como se advirtió en numerales anteriores, la conciliación tiene efectos de cosa juzgada, es decir, que su rectificación no procederá, salvo la declaratoria de nulidad por parte de un juez de la república, si se dan presupuestos específicos. Lo anterior, quiere decir que no es posible la corrección por parte del conciliador, ni tampoco por el Centro de Conciliación en ningún caso. Precisamente, esta es otra de las grandes diferencias con el caso de Perú. El artículo 16A de la Ley 26872 habla sobre la rectificación del acta, la cual procede de oficio o a petición de parte, cuando se omite por el operador incluir la sede y fecha en que se suscribe; los nombres, números de identificación y el lugar de domicilio de las partes y

del tercero capacitado; los hechos; los acuerdos totales o parciales, y la firma del director de la audiencia y los intervinientes.

El mismo artículo establece que para efectos de alegar la nulidad en proceso judicial se hace necesario, en primer lugar, realizar la rectificación de la misma ante el Centro de Conciliación. Básicamente, La norma indica que si se omite algún requisito, de manera oficiosa o a solicitud de parte, se procederá a convocar a los intervinientes para proferir un nuevo documento. En caso de no comparecencia de alguno de los invitados, se expedirá un acta de no acuerdo. Ahora bien, si el documento fue presentado en proceso judicial, sin que se haya alegado la falta de algún requisito legal y no se haya solicitado la rectificación, esta se convalidará tácitamente, pero si hay objeción por alguna de las partes o el juez advierte la situación, se devolverá al Centro de Conciliación para que se realice la corrección respectiva. Finalmente, establece que el acto jurídico contenido en el acta solo podrá ser declarado nulo en un proceso judicial (Ley 26872, 1997, art. 16A).

2.7 EL CONCILIADOR

Este es otro de los aspectos en que se advierten grandes diferencias. En el caso colombiano el conciliador es un tercero neutral y calificado que, necesariamente, debe ser abogado titulado o estudiante de derecho adscrito al consultorio jurídico, según lo dispone el artículo 5 de la Ley 640, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 5º. Calidades del conciliador. El conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados. Los estudiantes de último año de psicología, trabajo social, psicopedagogía y comunicación social, podrán hacer sus prácticas en los centros de conciliación y en las oficinas de las autoridades facultadas para conciliar, apoyando la labor del conciliador y el desarrollo de las audiencias. Para el efecto celebrarán convenios con las respectivas facultades y con las autoridades correspondientes (Ley 640, 2001, art. 5, p. 2).

En cambio, la legislación peruana no exige que el conciliador sea abogado, únicamente exige que se encuentre capacitado en mecanismos alternativos de solución de conflictos, según se estipula en el artículo 20 y 22 de la Ley de conciliación, así:

Artículo 20.- Definición y Funciones. El conciliador es la persona capacitada, acreditada y autorizada por el Ministerio de Justicia, para ejercer la función conciliadora. Dentro de sus funciones está promover el proceso de comunicación entre las partes y, eventualmente, proponer fórmulas conciliatorias no obligatorias.

Artículo 22.- Requisitos para ser acreditado como conciliador. Para ser conciliador se requiere: a. Ser ciudadano en ejercicio. b. Haber aprobado el Curso de Formación y Capacitación de Conciliadores dictado por entidad autorizada por el Ministerio de Justicia. c. Carecer de antecedentes penales. d. Cumplir con los demás requisitos que exija el Reglamento (Ley 26872, 1997, arts. 20 y 22, p. 3).

Claramente, esto implica que la conciliación en Perú no tiene el tecnicismo que en Colombia posee, al ser un profesional del derecho el encargado de dirigir la audiencia y presentar fórmulas de arreglo en caso de ser necesario e impartir legalidad al acuerdo. De lo anterior, se deriva otra gran diferencia, la cual está dada por la persona que realiza tal declaración, ya que, para Colombia, ese control es ejercido en primera medida por el conciliador y, en segundo término, por el Director del Centro de Conciliación. En cambio, en el Perú al no ser abogado el conciliador, quien ejerce el control de legalidad es un abogado adscrito al Centro de Conciliación, tal y como lo dispone el literal K, del artículo 16 de la Ley 26872, en los siguientes términos: “El nombre, registro de colegiatura, firma y huella del Abogado del Centro de Conciliación Extrajudicial, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial” (Ley 26872, 1997, art. 16, p. 2).

3. LAS CONVERGENCIAS EN EL PROCESO CONCILIATORIO COLOMBIA – PERÚ

Así como existen diferencias importantes entre el proceso conciliatorio peruano y el colombiano, es necesario decir que también hay puntos

de convergencia que permiten visualizar una eventual unificación legislativa, ya que, a pesar de las divergencias, existen similitudes que abren la posibilidad; esas coincidencias se resumen a continuación.

3.1 CONSECUENCIA DE NO INTENTAR LA CONCILIACIÓN

Tanto en Colombia como en Perú, la conciliación es un requisito de procedibilidad para poder acceder a la justicia tradicional. En este aspecto, las legislaciones se encuentran y establecen los mismos efectos en caso de no acudir a este mecanismo. En Perú se habla de improcedencia por carecer de interés para obrar en el artículo 6 de la ley de conciliación:

Artículo 6.- Falta de intento Conciliatorio. Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el juez competente, al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar (Ley 26872, 1997, art. 6).

En el caso colombiano se habla de rechazo de la demanda de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 640 (2001): Rechazo de la demanda. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda (art. 36, p. 8).

Como se observa, las consecuencias de no intentar la conciliación en uno y otro país son en la práctica las mismas.

3.2 CONCURRENCIA A LA AUDIENCIA

Tanto en Colombia como en Perú, la concurrencia a la audiencia de conciliación corresponde a las partes; son estas quienes deben dar respuesta al conflicto que se ha presentado, sin la necesidad de apoderado judicial. Precisamente, las legislaciones de Colombia y Perú establecen esa premisa, lo cual constituye un punto de similitud entre ambas naciones. Por otro lado, en caso de que una de las partes se encontrase fuera del lugar en que ha de celebrarse la conciliación o en el extranjero, podrá acudir a través de apoderado judicial, a quien se debe otorgar poder para tal efecto.

En ambos países el manejo que se le da a la concurrencia a la audiencia es el mismo; no obstante, en Perú se agrega un ingrediente adicional, ya que en caso de encontrarse en el extranjero puede concurrir por intermedio de abogado, a quien se le debe otorgar poder mediante escritura pública, aspecto que no se contempla en la legislación colombiana.

3.3 MÉRITO EJECUTIVO DEL ACUERDO CONCILIATORIO

Uno de los efectos de la conciliación en caso de llegarse a un acuerdo, es el mérito ejecutivo que presta lo acordado, es decir, la posibilidad de hacer exigible ante un juez el acuerdo en caso de no ser cumplido por alguna de las partes. Tanto Colombia como Perú le dan este efecto al acuerdo conciliatorio. La coincidencia se encuentra entre el artículo 1, parágrafo 1 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 18 de la Ley 26872 de 1997.

PARÁGRAFO 1º. A las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo (Ley 640, 2001, art. 1, p. 1).

Artículo 18.- Mérito y ejecución del acta de conciliación. El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales (Ley 26872, 1997, art. 18, p. 3).

3.4 PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Presentar la solicitud de conciliación tiene un claro efecto y es el de suspender el término de vencimiento de la acción judicial pretendida. En este aspecto, las legislaciones analizadas tienen un punto de convergencia, en la medida en que para ambos países la presentación de la solicitud de conciliación suspende ese efecto. No obstante, en el caso colombiano, el artículo 21 de la Ley 640, distingue dos aspectos: la prescripción y la caducidad. En el caso peruano solamente se habla de prescripción; sin embargo, los efectos son los mismos.

3.5 LUGAR DE CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA

Por regla general, la audiencia de conciliación debe celebrarse en el sitio del Centro de Conciliación o en el lugar que el Centro haya establecido para tal fin. Este es un aspecto en el que convergen la legislación peruana y la colombiana, en la medida en que ambas naciones admiten la posibilidad de autorizar la celebración de audiencias fuera de la sede. De esta manera, dentro de la legislación peruana y, específicamente en el artículo 14 de la Ley 26872, se habilita al conciliador para señalar fecha y hora, en el lugar en el que se encuentre la parte que no puede asistir por motivos debidamente acreditados.

En el supuesto en que alguna de las partes no pueda desplazarse al local del Centro de Conciliación para llevar a cabo la audiencia por motivos debidamente acreditados, ésta podrá realizarse en el lugar donde se encuentre la parte impedida, siempre y cuando pueda manifestar su voluntad en forma indubitable. Para tal efecto, el Conciliador señalará nuevo día y hora para la realización de la audiencia, observando los plazos previstos en el artículo 12 de la presente ley. (Ley 26872, 1997, art. 14, p. 2).

Por su parte, la legislación colombiana hace lo propio en el artículo 2.2.4.2.3.5. del Decreto 1069 de 2015, subrogado por el art. 1, del Decreto Nacional 2462 de 2015, el cual establece que:

El Centro deberá tener listas de conciliadores y árbitros, según corresponda, clasificadas por especialidad jurídica, de acuerdo con el perfil que el mismo Centro determine para cada uno. También deberá tener listas de secretarios...

Parágrafo. Independientemente de la forma en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 640 de 2001, se seleccione la persona que actúe como conciliador, este no podrá citar a las partes a audiencia de conciliación por fuera de las instalaciones del Centro (Decreto 1069, 2015, art. 2.2.4.2.3.5. pp. 274-275).



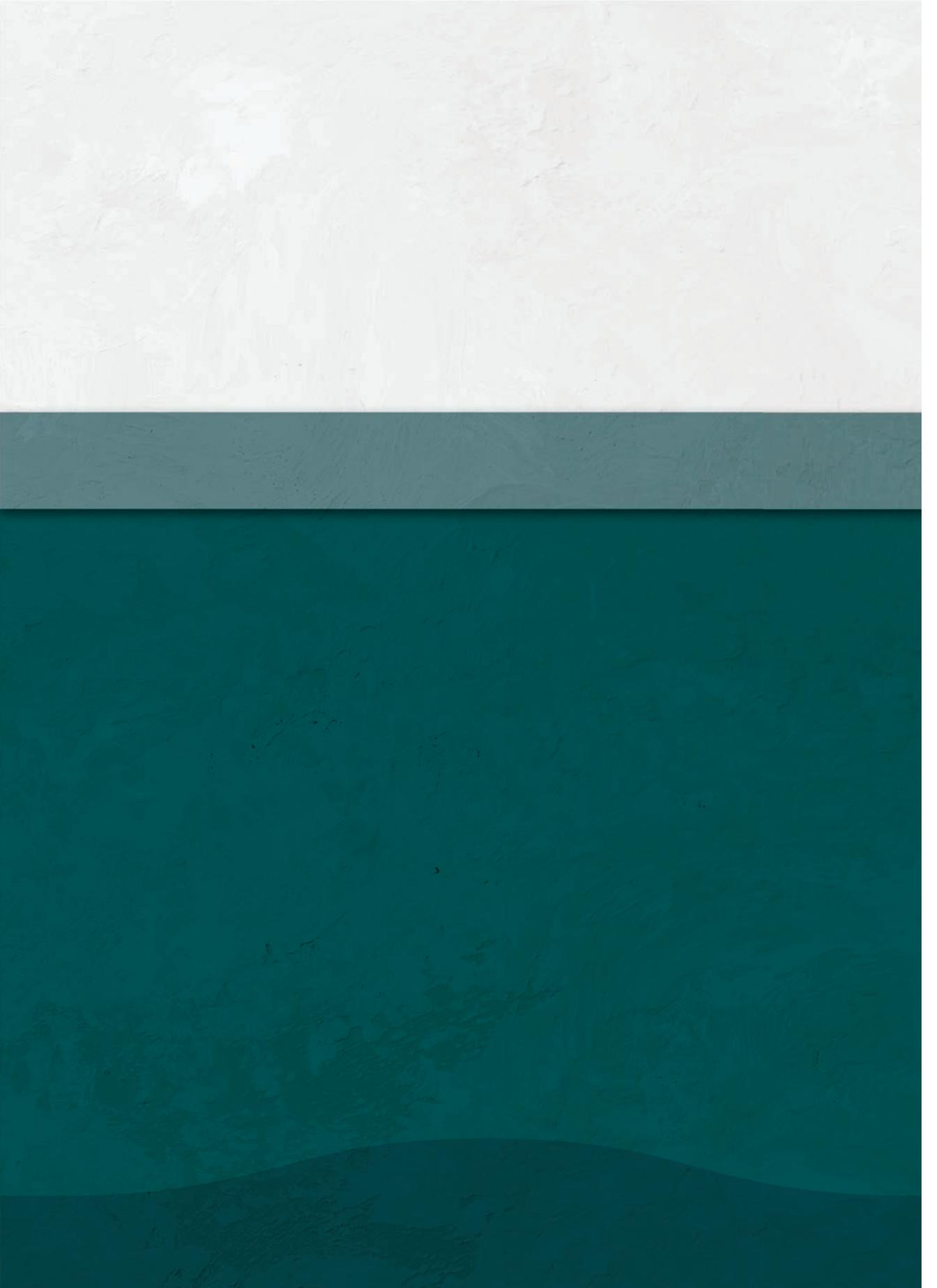
CONCILIACIÓN:

UNA ESTRATEGIA DE

**UNIFICACIÓN LEGISLATIVA
COLOMBIA Y PERÚ**

CAPÍTULO

V



Habiendo observado las diferencias y similitudes entre las legislaciones objeto de estudio, se encuentra por parte de los autores la posibilidad de formular, con base en dichas convergencias y divergencias, un proyecto de unificación legislativa que contribuya a complementar y enriquecer la legislación existente en ambos países, con el fin de fortalecer la institución conciliadora y dar aplicación a un procedimiento más efectivo, tanto en Colombia como en Perú; de esta manera, se ayuda a la creación de relaciones internacionales y la ampliación de las fronteras jurídicas, en aras de la efectividad de la justicia y la pronta resolución de los conflictos. Atendiendo a lo anteriormente expuesto, los investigadores plantean la propuesta en los siguientes términos:

Artículo 1. La Conciliación es un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, de carácter autocompositivo, que tiene como propósito dar una respuesta efectiva a las controversias jurídicas de manera rápida y eficaz, mediante el diálogo y el encuentro de las partes divergentes, quienes, asistidas por un tercero imparcial, dan solución al conflicto entre ellas en forma voluntaria. La institución conciliadora, es de interés nacional y su aplicación es obligatoria en los casos señalados en la Ley.

Para los autores resulta de vital importancia la institucionalización de la conciliación y el interés nacional que la legislación peruana le atribuye, razón suficiente para incluir esta disposición dentro de la propuesta legislativa. Por otro lado, la inclusión del concepto de conciliación es importante para efectos de ilustrar de una mejor manera a los destinatarios de la norma pretendida, dándole el carácter de obligatorio, es decir, de requisito de procedibilidad en los casos señalados por la Ley.

Artículo 2. *Ámbito de Aplicación.* La presente norma tendrá aplicación en el territorio de Colombia y Perú, de acuerdo a las reglamentaciones expedidas al efecto, por los respectivos gobiernos.

La propuesta de unificación, como se explicó anteriormente, pretende ser aplicada en Colombia y en Perú, en aras del fortalecimiento de las relaciones entre ambos países y con la finalidad de crear nuevos espacios de cooperación y aplicación de institución jurídicas en ambas naciones.

Artículo 3. Solicitud de Conciliación. La parte interesada presentará solicitud de conciliación ante el Centro de Conciliación, en la que se consignarán los datos del solicitante y el solicitado; las pretensiones y hechos en los que se sustenta la petición; así como la cuantía o naturaleza del asunto a conciliar. En todos los casos la presentación del requerimiento de conciliación suspenderá el término de prescripción o caducidad de la acción judicial pretendida.

La disposición consagra la forma en que se inicia el proceso conciliatorio. De esta manera, las personas que pretendan acudir a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de controversias deberán realizar la respectiva solicitud, aspecto este que ya se encuentra presente en las legislaciones de Colombia y Perú. Dicha la solicitud, como se acaba de escribir, activa el proceso conciliatorio y abre el escenario procesal para la elección del conciliador encargado de la diligencia.

Artículo 4. Elección del Conciliador y Citación de las Partes. Una vez recepcionada la solicitud, la Dirección del Centro de Conciliación dispondrá de tres días para designar al operador encargado de asumir la diligencia correspondiente, de la lista de conciliadores adscritos al Centro de Conciliación.

Una vez asumido el asunto, el conciliador deberá citar a las partes a audiencia de conciliación por el medio que considere más expedito. La citación contendrá los datos del solicitante; el tema de la solicitud; la fecha, lugar y hora de la diligencia, la cual se realizará dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud.

El término de realización de la audiencia es un aspecto muy importante a juicio de los autores, ya que esto garantiza el acceso a la justicia, así como la solución pronta y efectiva del conflicto presentado entre las partes. Por esta razón, el tiempo propuesto se ajusta a esa exigencia en contra posición al plazo máximo que la legislación colombiana consagra, es decir de tres meses.

Artículo 5. Audiencia. Una vez llegada la fecha y hora de la audiencia de conciliación, el conciliador designado, instalará la diligencia indicando el trámite a seguir. Acto seguido le concederá el uso de la palabra a las partes, quienes habiendo

concurrido personalmente, salvo las excepciones legales, narrarán su versión de los hechos y expondrán sus pretensiones. Concluida esa etapa se escucharán las propuestas de arreglo que los intervinientes fórmulen y de no llegarse a un acuerdo, el conciliador brindará sus propias formulas, las que deberán ser consentidas y avaladas por el solicitante y el solicitado para producir los efectos correspondientes.

El trámite de la audiencia es un aspecto sumamente importante, ya que es en ese escenario en donde verdaderamente se va a dar respuesta a las controversias suscitadas entre las partes. Atendiendo a ello, es relevante rescatar el papel del conciliador como un garante de la legalidad y de los derechos de los intervinientes.

Artículo 6. Conclusión del Procedimiento Conciliatorio. El trámite conciliatorio se da por terminado en los siguientes eventos:

1. Por inasistencia de una o ambas partes a la diligencia, momento en el cual se entenderá surtido el requisito de procedibilidad, quedando las partes habilitadas para acudir ante la jurisdicción ordinaria.
2. Por Acuerdo entre las partes total o parcialmente.
3. Por falta de acuerdo.
4. Por ser el asunto no conciliable.

Debe decirse que la culminación del proceso conciliatorio termina con un documento en el que se plasman los resultados de la audiencia de conciliación, si es que se logró celebrar, o en caso de no celebrarse, el efecto que produce la inasistencia de una o ambas partes.

Artículo 7. Actas y Constancias. Para los efectos de esta ley, se entiende por Acta de conciliación al documento que resultó de un acuerdo total o parcial entre los sujetos trabados en conflicto. Por otro lado, se entiende por constancia, el documento resultado del desacuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la audiencia, o la imposibilidad de realizar la diligencia por tratarse de un asunto no conciliable. El Acta de conciliación y la constancia de no acuerdo, deberán ser expedidas por

el conciliador, una vez concluida la audiencia de conciliación, mientras que las demás constancias se expedirán dentro de los tres días siguientes a la fecha de la audiencia.

Parágrafo. En el evento en que el asunto no sea conciliable, el conciliador deberá instalar la audiencia de conciliación con la presencia de una o ambas partes. Acto seguido, de manera oral expondrá a los asistentes las razones por las cuales el asunto no es susceptible de conciliación, extendiendo la constancia correspondiente en los términos del presente artículo.

Frente a este punto, como se explicó en el capítulo anterior, existe una gran diferencia entre Colombia y Perú, ya que por un lado en Colombia se distinguen las actas de las constancias, mientras que en Perú no se hace esta distinción, siendo en todos los casos el resultado un acta. Consideran los investigadores unificar el criterio de la diferenciación, atendiendo a los efectos especiales que reviste el acta.

Artículo 8. Efectos del Acta de Conciliación. Habiendo llegado las partes a un acuerdo frente a las circunstancias que generaban conflicto entre ellos, el conciliador expedirá un Acta de Conciliación en la que se expondrán los datos de las partes y del conciliador; las pretensiones; cuantía y naturaleza del asunto; los hechos; los acuerdos claros, expresos y exigibles; así como la firma de quienes intervinieron en la diligencia. El Acta de Conciliación, tiene efectos de cosa juzgada, presta mérito ejecutivo y constituye un acto jurisdiccional a razón de sus efectos.

La legislación peruana no considera la conciliación como un acto jurisdiccional, no obstante, el efecto es verdaderamente jurisdiccional en la medida en que a pesar de ser las mismas partes quienes resuelven su conflicto, los efectos del acuerdo son idénticos a los de una sentencia proferida por un juez. En ese orden de ideas, se entiende que la conciliación es un acto jurisdiccional no tradicional en contraposición de las sentencias, siendo estas, actos de justicia tradicional. Atendiendo a ello y en virtud de la premisa de acceso efectivo a la justicia que, a todas luces, es la búsqueda de una solución efectiva a un caso en concreto, resulta pertinente incluir en la propuesta esta disposición.

Artículo 9. Rectificación del Acta de Conciliación. El conciliador que dirigió la diligencia podrá, de oficio o a petición de parte, previa autorización del Director del Centro de Conciliación, realizar correcciones al acta de conciliación, cuando advierta que después de haberse surtido todos los trámites, existe algún tipo de inconsistencia que afecte sustancialmente el acuerdo. Para tal fin, el conciliador citará a las partes y en presencia de las mismas rectificará lo que considere pertinente, lo cual deberá ser aprobado por las partes, lo que en todo caso no puede sustituir el acuerdo previo en atención al efecto de cosa juzgada.

El artículo 9, descrito anteriormente, contribuye a dar respuesta a diferentes inconvenientes que se presentan después de suscrito el acuerdo. En la legislación colombiana, por ejemplo, no existe esta posibilidad, quedando solamente la vía judicial con el fin de atacar el acta en caso de eventuales nulidades. No obstante, la idea de esta disposición es evitar precisamente que las partes tengan que acudir a la jurisdicción ordinaria para discutir estos aspectos, los cuales pueden ser debatidos por ellos, siempre y cuando no contravenga el principio de cosa juzgada.

Artículo 10. Control de Legalidad. En todos los casos, el Conciliador está obligado a presentar las correspondientes actas y constancias ante la Dirección del Centro de Conciliación, dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia, para efectos de ser aprobadas por parte del Director, quien hará una revisión de los documentos y corregirá solamente aspectos de tipo formal si es que lo considera pertinente. En caso de encontrarlas ajustadas a derecho, procederá a suscribirlas y efectuará el trámite administrativo ante la entidad supervisora. Si advierte alguna ilegalidad o contravención a derechos ciertos e indiscutibles, en los casos de acuerdo conciliatorio, ordenará al conciliador se expida una constancia de asunto no conciliable, en la que se explicarán detalladamente las razones dadas por la Dirección del Centro de Conciliación.

Es importante que los documentos resultado de los trámites conciliatorios, tengan un doble control de legalidad; en primer lugar, por parte del conciliador que asumió la conciliación y, en segundo término, por el Director del Centro; de esa forma, se logra que las

diligencias sean más efectivas y se evitan omisiones o excesos dentro del procedimiento.

Artículo 11. El Conciliador. El conciliador es un tercero imparcial y calificado, encargado de dirigir el trámite conciliatorio, quien se encuentra transitoriamente investido de jurisdicción. El operador debe ser abogado titulado, capacitado en métodos alternativos de solución de conflictos o estudiante de Derecho, que se encuentre cursando consultorio jurídico. Corresponde al agente ser garante de la legalidad y asesorar jurídicamente a los intervinientes, cuidando el respeto de sus derechos y garantías.

Es importante decir que, en todos los casos, el conciliador debe poseer un conocimiento técnico acerca de los asuntos que son sometidos a su consideración. Evidentemente, la conciliación tiene efectos jurídicos que un particular no podría dimensionar sin acreditar la formación jurídica requerida para poder brindar un servicio más expedito. Atendiendo a esta circunstancia, y a juicio de los investigadores, se hace necesario tener como exigencia el conocimiento jurídico del conciliador, lo que garantizará un mayor control y protección de los derechos e intereses de las partes intervinientes.

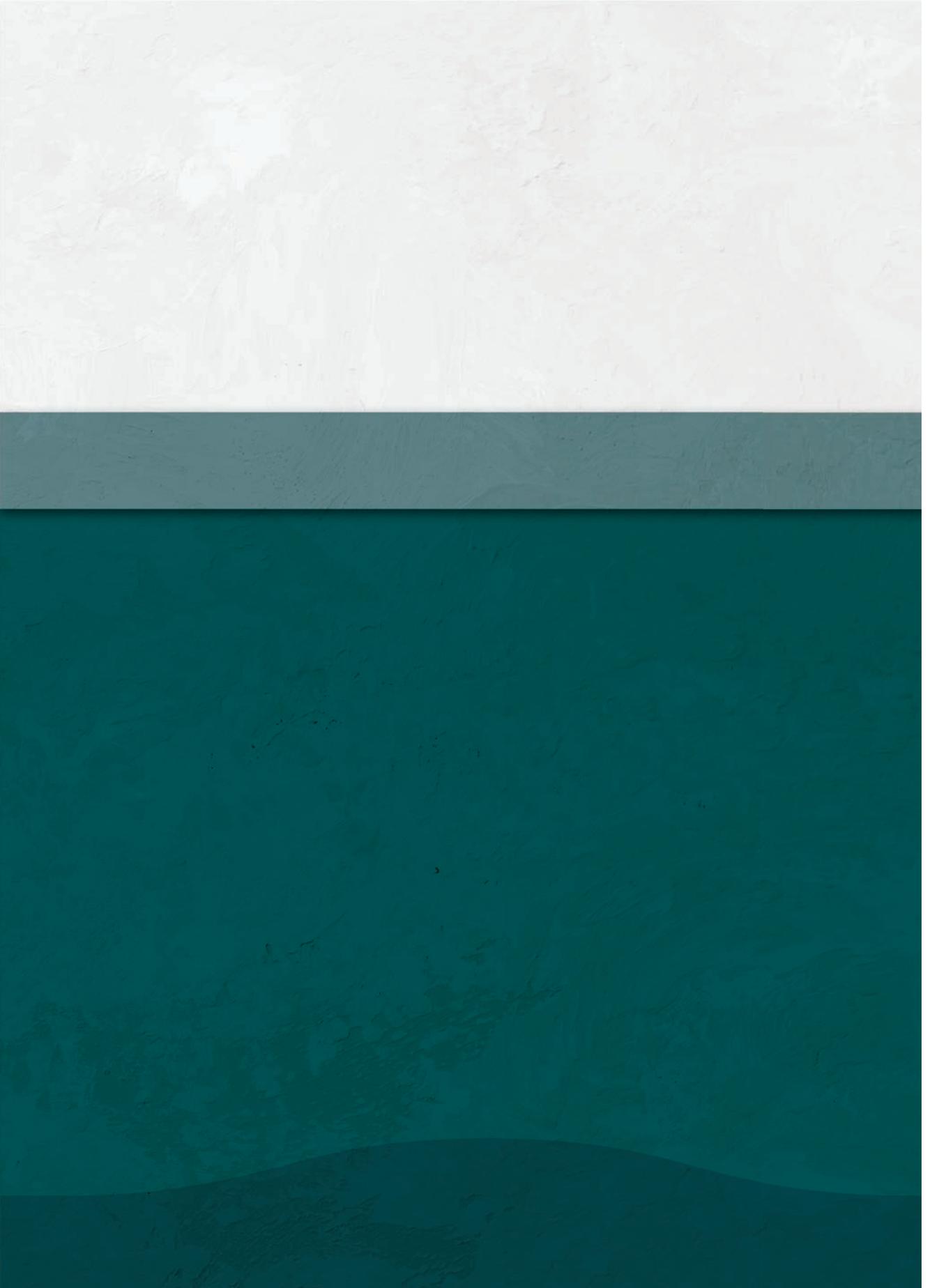
Finalmente, debe decirse que lo que se propuso anteriormente en realidad constituye una herramienta que complementa las legislaciones existentes, lo que facilitaría la implementación y aplicación de la figura jurídica de la conciliación en ambos países. Por otro lado, permitirá la discusión doctrinal frente a la posibilidad de implementar una única norma en ambas naciones, tomando como referente no solo las similitudes o diferencias legislativas, sino los puntos de encuentro cultural e histórico de estos países.

CAPÍTULO VI

LA CONCILIACIÓN

**COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPACIÓN
Y CONVIVENCIA EN EL CASO DE**

COLOMBIA Y PERÚ



La Conciliación es un mecanismo que parte de una realidad que da razón de ser a su existencia; esa realidad es el conflicto. Las controversias son un verdadero dinamizador de la sociedad que le brindan la posibilidad de generar cambios para su propio bienestar; precisamente, uno de esos beneficios es la institución de una figura idónea como la conciliación. Los conflictos son una constante dentro de la sociedad, un mal necesario, que podría decirse, contribuyen de alguna manera a la dinamización y evolución de los sistemas sociales. Los diferentes hechos históricos han permitido ver a las situaciones de conflicto, además, legitiman el surgimiento de grandes movimientos sociales, económicos, políticos y culturales, que le permiten a la humanidad reconstruirse en algunos casos, dejando ir el pasado y caminando hacia el futuro.

Pero el conflicto, bueno o malo, siempre genera evolución, muestra de ello es la visión que de la solución de las controversias se ha venido generando en los últimos tiempos, especialmente desde la Constitución de 1991, en el caso colombiano y la Ley No. 26872 de 1997, en el caso peruano. Ambas naciones han compartido contextos similares, incluso en la consagración de figuras jurídicas como la conciliación. El Estado Social y Democrático de Derecho, abrió la puerta para que muchos derechos, que en antaño se encontraban consagrados en una simple norma, tuvieran una realización práctica. De esta manera, serán objeto de estudio algunas de esas libertades, específicamente la convivencia, la participación, la igualdad, la justicia y la paz. Lo anterior, contribuirá al desarrollo de la conciliación, no solo como un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, sino como un instrumento expedito para materializar la participación ciudadana y la convivencia pacífica.

1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Estado Social y Democrático de Derecho ha sido la respuesta a diferentes crisis; tales conflictos se han venido presentando a lo largo de la historia y que han llevado a replantear el modelo de Estado. Históricamente, las revoluciones en contra del poder opresor de monarcas y dictadores, han dado paso a innovadoras visiones relacionadas con la administración del poder estatal. Uno de los hechos históricos más importantes es la Revolución Francesa, que derrocó el poder monárquico e impuso un modelo de Estado basado en los ideales de la ilustración, lo que a su vez tuvo como consecuencia la promulgación de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

El surgimiento del Estado Social de Derecho es una respuesta a la crisis del Estado liberal, el cual profesaba la autonomía y el abstencionismo estatal. Ante la dificultad de diferentes sectores de la sociedad a comienzos del siglo XX, se hizo necesario implementar políticas de bienestar social, siendo pionera Alemania, dentro del marco de una política dirigida a apaciguar las protestas populares y frente al temor a la revolución socialista (Vila, 2012, p. 25). Lo social representó un aspecto fundamental, habiendo sido reemplazado por el individualismo liberal.

El concepto de Estado Social de Derecho es el resultado de una tradición legalista, más la incorporación de la humanización de la misma, enfocada al aspecto social. Así, el derecho constitucional contemporáneo considera al Estado Social como un nuevo modelo de Estado, que no niega el Estado de Derecho, sino que lo supera; la diferencia entre uno y otro radica en la materialización de la igualdad. Este concepto no ha sido ajeno a países como Colombia y Perú, los cuales han adaptado sus modelos estatales a este tipo de Estado, lo cual se ve reflejado en sus Constituciones Políticas. En el caso colombiano, se encuentra el artículo primero, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia., 1991, art. 1, p. 10).

Por su parte, la Constitución Política de Perú, resalta este modelo de Estado en su artículo cuarenta y tres, así: “Artículo 43°. - La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 43, p. 8). En ambos casos, el modelo de Estado es el Social de Derecho, lo cual involucra igualmente el modelo democrático. Esta circunstancia, ha sido resaltada por la jurisprudencia en ambas naciones, las cuales han rescatado el papel del Estado Social de Derecho en diferentes sentidos.

La Corte Constitucional colombiana ha expresado que el término social implica que la acción del Estado debe dirigirse a garantizar una vida digna, contrarrestando las desigualdades, ofreciendo oportunidades que permitan desarrollar las aptitudes de los asociados (Corte Constitucional, Sentencia SU-747, 1998, párr. 40). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú argumentó, en su momento, que el Estado presenta características básicas de un Estado Social de Derecho, basado en principios como la libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, entre otras, que derivan la igualdad como valor fundamental (Tribunal Constitucional del Perú, Expediente No. 0008-200-AI/TC, 2003).

El Estado Social y Democrático de Derecho es una expresión más del conflicto que se ha ido imponiendo en todas las naciones, en aras de la materialización de los derechos de cada individuo; estas circunstancias han llevado a la consagración de una serie de ideales específicos, los cuales permiten buscar una verdadera solución a las controversias que, si bien es cierto, se han ido superando, siempre se encontrarán presentes dentro de la sociedad. Precisamente, la salida a los conflictos busca la realización de principios y valores que el Estado ha instituido en sus ordenamientos jurídicos. En este caso, Colombia y Perú también lo han hecho y el siguiente objetivo será tratar algunos de esos valores fundamentales, que inspiran la respuesta de situaciones controversiales, inspirados en el modelo de Estado previamente estudiado.

2. LOS DERECHOS BASE DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Antes de entrar a recabar sobre los Derechos que serán objeto de estas líneas, habrá de precisarse, entre otras cosas, que los nuevos modelos de Estado han incentivado la cultura del diálogo como un mecanismo idóneo de solución de controversias; fruto de ello, han surgido instituciones jurídicas que tienen esa finalidad. Estas herramientas, que en la realidad no son tan nuevas como pareciera, tomaron mayor fuerza y protagonismo con la implementación del Estado Social de Derecho, así mismo, su aplicación se ha enriquecido de postulados que los ordenamientos superiores han reconocido y que, precisamente, encuentran plena materialización en dichas figuras. La implementación de la cultura del diálogo, se basa en un modelo ético de comportamiento, estructurado en la racionalidad conmutativa o crítica dialógica, desarrollada especialmente por Habermas. El citado

autor fundamentaba su tesis en la autonomía de la persona y en la igualdad de todas las personas, lo que les permite buscar una normativa universal mediante el diálogo, fijando unos mínimos los cuales regularán el comportamiento moral de la sociedad pluralista democrática (Alarcón & Bernal, 2003, pp. 76-77).

De acuerdo con lo anterior, el surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho y la aplicación de postulados propios de la ética dialógica, abrió la puerta al reconocimiento y materialidad de una serie de derechos que forman una parte esencial de la visión que el nuevo modelo de Estado plantea, frente al tema de la solución de los conflictos. Si se quiere, los ordenamientos jurídicos han tomado como suyos estos valores que conforman la base de nuevas formas de solucionar el conflicto, siempre latente dentro de la sociedad. Colombia y Perú no han sido ajenos a esa realidad y sus constituciones se han identificado con este contexto. De esta manera, han sido de vital importancia criterios como la igualdad, la justicia, la participación, la convivencia y la paz.

Ese consenso del que se habló con anterioridad, ha permitido a las diferentes sociedades, consolidar una serie de mínimos comportamientos; dentro de esos aspectos se destacan los derechos fundamentales, de los cuales forman parte los que se pretenden estudiar en los párrafos siguientes. Esos principios supremos del ordenamiento jurídico son el resultado de un consenso social reflejado en las Constituciones de los pueblos, las cuales representan la inclusión de todos y cada uno de ellos, poniendo en práctica los conceptos habermasianos, así solo sea en la teoría. Pero de estos criterios, interesan especialmente algunos que se constituyen en la base de uno de los mecanismos de solución de conflictos más importante en sociedades como la colombiana o la peruana. Los postulados son resumidos a continuación.

A. IGUALDAD

El derecho a la igualdad tiene raigambre constitucional y se consagra en el artículo trece de la Constitución Política de Colombia, así:

ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen

nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13, p. 20).

Por su parte, la Constitución Política del Perú consagra este precepto en el artículo segundo, numeral segundo así: “Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, p. 1).

De acuerdo con lo expuesto, la igualdad se constituye en un pilar esencial de todos los Estados, en la medida en que cada uno de sus miembros cumple un papel encaminado a la consecución de los fines de ese Estado al que pertenece, teniendo la posibilidad de ejercer sus derechos bajo las mismas condiciones. La equidad implica entonces, la adecuada armonía de los derechos y deberes de un individuo con los de los demás, en cuanto a su ejercicio y cumplimiento.

B. JUSTICIA

La justicia es un ideal, principio, valor y fin de todo Estado; este es un precepto esencial de la sociedad que consiste en darle a cada quien lo que corresponde; es la virtud característica del ciudadano y orienta la sociedad hacia un fin común, conservando la paz (Espinosa, 1994, p. 40).

Por otro lado, y como materialización de la justicia como derecho, se encuentra el acceso a la misma. La debida prestación del servicio de justicia, es una garantía que los ciudadanos tienen de obtener una pronta y eficiente respuesta a sus controversias. Cada Estado debe garantizar el acceso a la administración de justicia y, por esa vía, la solución más expedita a sus conflictos, especialmente de aquellos de relevancia jurídica. La justicia es uno de los fines primordiales de un Estado y, por esta razón, reviste vital importancia su cumplimiento. Este es un precepto compartido por todas las naciones y en el caso colombiano se consagra en el artículo 229 de la Constitución Nacional, así: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 229, p. 171).

El acceso a la justicia es una base indispensable a la hora de hablar de solución de controversias, teniendo en cuenta que esta busca darle a cada quien lo que corresponde en situaciones de igualdad; igualmente, todo Estado debe propender para que en determinada situación que comporte una problemática se administre adecuadamente y que, por intermedio de ella, se brinde seguridad y garantía a la sociedad, procurando que la convivencia permanezca en condiciones de paz y armonía. Ahora bien, según Arboleda (2014):

El derecho debe ser incuestionablemente ético, para gozar de la calidad de tal. En el actuar de los abogados y en particular de los conciliadores en derecho se requiere tomar conciencia sobre el obrar bien y muy en especial sobre la dignidad humana para la solución de los conflictos jurídicos y la participación activa en la protección de la dignidad humana y en su compromiso ante los seres vivos; acciones que requieren de los conciliadores juicios prudentes para una adecuada respuesta jurídica (pp. 201-202).

C. PARTICIPACIÓN

La participación es un elemento trascendental en la vida de una nación, como quiera que materializa el ideal ético de la corriente crítica dialógica, basada en el diálogo, que según Alarcón y Bernal implica: “Diálogo, proviene del intercambio de razones, del encuentro de racionalidades, de la oposición de posturas racionales; se trata del encuentro de lenguajes, mundos de sentido, de concepciones de mundo o de culturas” (Alarcón & Bernal, 2003, p. 77). Lo anterior, no es otra cosa diferente a la interacción, que adicionalmente cristaliza la democracia, la libertad y la autonomía. Estos postulados, también son de vital importancia para una sociedad.

Ahora bien, la democracia implica participación y ejercicio de la autonomía, esos ideales constituyen uno de los cimientos más importantes de la solución pacífica y dialogada de los conflictos. Sayas (2008), lo expresa en los siguientes términos:

La concepción de la conciliación permeada por una racionalidad comunicativa en el sentido habermasiano, orientada a ser un espacio de interacción dialogal en la búsqueda de consensos, constituye el escenario por excelencia para la resolución

de conflictos en la medida de que los sujetos, con la ayuda del conciliador, construirán un espacio proclive al diálogo (p. 133).

D. CONVIVENCIA

La garantía de la convivencia es un aspecto de vital importancia. No es posible concebir una sociedad sin convivencia y una en la que sea probable el desarrollo de los derechos de los asociados; precisamente, de ese criterio de asociación proviene la convivencia. El ser humano es un individuo sociable por naturaleza que, desde el inicio de la humanidad, siempre buscó consolidar relaciones que le permitieran sobrevivir. El instinto gregario hace al ser lo que es y forma a la sociedad tal y como la conocemos. La convivencia, y la garantía de una buena y sana convivencia, es la base del diálogo y la toma de decisiones conjuntas, lo que le permite al Estado, sea cual sea, existir, por tanto, la mayoría de los esfuerzos de las naciones va enfocada al amparo de este precepto, ya que eso es garantía de supervivencia y armonía.

La soberanía de los Estados está fundada en la cesión de parte de la libertad de cada individuo, la cual es aportada y depositada en manos del Estado, para que sea este quien garantice sus derechos y ponga en práctica los principios y valores comunes. La convivencia radica precisamente en el mismo precepto, ya que para construir convivencia se hace necesario una cesión individual de parte de las libertades, en aras a compartir sanamente la vida en sociedad, lo cual se convierte en convivencia.

E. LA PAZ

Como último de los postulados seleccionados, se encuentra la paz. Este precepto, tiene diferentes acepciones, como quiera que es derecho, principio, valor y fin del Estado y, a la vez, es un deber del mismo garantizar su materialidad. La paz es la forma de permitir una sana convivencia y que los ciudadanos desarrollen y puedan hacer efectivos sus derechos; sin la existencia de este valor ni su realización práctica, no sería posible pensar en un Estado sólido. Colombia y Perú han sido testigos de realidades que han afectado la paz en sus territorios; en el caso colombiano, la realidad de la guerra sigue azotando los campos del país.

La consagración constitucional de la paz puede observarse en el artículo 22 de la Carta Política colombiana de la siguiente manera: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 22, p. 25). Por su parte, la Constitución del Perú consagra este precepto en el artículo segundo, numeral veintidós, así: “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, p. 1). Se puede decir entonces, que las constituciones de ambos países le dan gran relevancia a este principio, que también se consagra en el preámbulo de la Constitución colombiana y en otras partes de la Constitución de Perú.

Para completar este concepto, valga citar las palabras de la Corte Constitucional colombiana que ha dicho que la paz “debe entenderse, no como una mera aspiración ni como la expresión de una utopía, sino como una regla de conducta que debe inspirar a todos los colombianos y que debe conducir a la solución de los conflictos de manera pacífica” (Corte Constitucional, Sentencia C-328, 2000, párr. 12).

3. LA CONCILIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPACIÓN Y CONVIVENCIA PACÍFICA

Todo lo dicho hasta aquí, permite plantear una serie de reflexiones sobre los temas tratados, cuyo eje central es la conciliación como instrumento de participación y convivencia y medio idóneo que facilita llegar, no solo a la solución de un caso en concreto, sino a la respuesta a divergencias sociales que afectan a toda una nación. La causa y origen de la salida está dada por un fenómeno social, inherente a la interacción de grupos humanos. Se habla del conflicto, elemento esencial de la sociedad, sin el cual no podría existir ese delicado engranaje en el que coexisten los individuos. Ese hecho o hechos, brinda la creación de nuevos Estados, la dinamización de los mismos y la evolución constante de las sociedades.

El conflicto es el componente indispensable de la convivencia, entendido como una manera de evolucionar, de visualizar nuevos horizontes y de crear relaciones que permiten el surgimiento de la convivencia. Fruto de esa interacción, en constante evolución dada por las situaciones de conflicto, surgió la sociedad misma y de ella un sin número de innovaciones que fueron siendo descubiertas debido a las necesidades

de sus miembros que, por esas circunstancias problemáticas, actuaron de tal forma para encontrar la solución. El Estado, como lo concebimos hoy en día, es el resultado del conflicto que deviene a su vez de dificultades que requieren de una respuesta.

La maldad del conflicto se puede visualizar en la medida en que las cargas de los individuos se trastornan, transgrediendo el orden jurídico e imponiendo su propio interés, alejado del general, base fundamental de la convivencia pacífica. No obstante, el conflicto positivo o negativo es la antesala de grandes movimientos que le han dado a la humanidad importantes avances y el reconocimiento de valores, principios y fines, que han construido este presente.

Lo social ha sido también un aspecto importante que brindó la creación de nuevas formas de Estado, de administración y de convivencia. El reconocimiento de derechos es una forma de interacción que aún entraña el conflicto en su interior, este abrió la puerta a posturas que han inspirado la solución de esta realidad.

El nacimiento de un nuevo Estado originó en países como Colombia y Perú, sometidos por décadas a constantes arbitrariedades y a conflictos de nunca terminar, una visión de comportamiento diferente, que inspiró el fortalecimiento de figuras que desde antaño existían, pero no revestían la importancia que hoy tienen. Ese modelo ético de convivencia, de sentarse a dialogar, olvidando el pasado y caminando hacia el futuro, fue la entrada de mecanismos como la conciliación. Países cuyas culturas se habían acostumbrado a la violencia, al desprecio por el otro, a la indiferencia de las necesidades de quienes no podían acudir a los fríos mármoles de la justicia, presenciaron la posibilidad de encontrar respuesta a sus demandas, mediante una institución a la que todos, sin importar su condición u origen, acceden.

Se pudo apreciar la cristalización de la igualdad reflejada en dos personas que, frente a frente, discutían sus diferencias, en tanto la lluvia caía en los vidrios del lugar en que se encontraban y la justicia se hacía cercana, al encontrar a un individuo capacitado que asesoraba y aconsejaba la charla, brindando fórmulas de arreglo, si llegaba el caso, mientras los individuos, provenientes del campo o la ciudad reflexionaban a cerca de los derechos que en juego estaban y determinaban hasta qué punto podían ceder. La participación encontró su máxima expresión al permitirle al ciudadano de a pie tomar sus

propias decisiones, sin que en muchos casos la arbitrariedad de un Estado agresivo decidiera lo que mejor convenía para dos personas, que desde hace años ya se conocían. El acuerdo irradió la sala y llegó al interior de esos personajes que habían discutido y que ahora salían, dialogando, materializando la convivencia y la paz.

Se puede decir que:

De cara a lo anterior, ha de afirmarse que la Conciliación es el escenario propicio para sembrar una cultura de paz positiva en tanto permite aunar esfuerzos a fin de generar valores, de solidaridad, alteridad, empatía y sinergia, contribuyendo a la búsqueda del enfrentamiento entre los miembros de la sociedad civil en donde se deslumbre que más allá de las diferencias y los conflictos es posible convivir en paz (Álvarez, 2016, p. 76).

La conciliación es la herramienta, el instrumento mediante el cual los ciudadanos pueden acceder libremente a la justicia y, más allá de ello, hacerla efectiva con sus propias manos, participando activamente en la solución, no de su problema, sino de la dificultad que en últimas aqueja a toda la sociedad. La convivencia pacífica es un resultado de la conciliación, permite resolver pequeños inconvenientes que a la larga van recuperando el tejido social, deteriorado con la controversia entre unos cuantos. Esta institución, construye sociedad, Estado, personas y país.

Para poder materializar esa idea, que poco a poco se hace realidad, en Centros de Conciliación universitarios con los más necesitados o en Centros de Conciliación Privados como los de las Cámaras de Comercio, se necesita cultivar la cultura del perdón. Colombia y Perú requieren crecer en diálogo, dejar las ataduras de la opresión, las ideologías políticas y el discurso demagógico de políticos saciados de poder, que dicen llamarse representantes de la sociedad y la retaliación, aspirando sinceramente a la paz. Pero este precepto solo es posible mediante el debate y la implementación efectiva de la conciliación, la cual forma criterios éticos sólidos y nuevos, tanto en quien es conciliador como en quienes someten sus controversias a este mecanismo.

Colombia y Perú han demostrado que es posible dialogar y prescindir de la tradición legalista, que solo encontraba a la justicia en un oscuro palacio al que muchas veces era difícil entrar. Ahora, presentan a la

conciliación como una de sus banderas, la cual expone íntegramente sus valores fundantes y le permite a la sociedad tener un instrumento de participación y convivencia pacífica.

CONCLUSIONES

- * El conflicto es un aspecto que deviene inherente a la sociedad, ya que constituye una parte esencial de la convivencia. El conflicto es un factor que permite la dinamización de las relaciones sociales, en cuanto incentiva el surgimiento de realidades encaminadas a la evolución de los pueblos. De esta manera, es de anotar que el conflicto no resulta ser negativo o positivo, sino que en realidad es un factor constante dentro de la sociedad y que los eventuales aportes que pueda dar, dependen del tratamiento que se le dé.
- * El conflicto dio origen a una nueva concepción de Estado, lo que le permitió a las sociedades construir una visión acerca del mismo. El Estado Social y Democrático de Derecho es el fruto de constantes luchas sociales por la reivindicación de los Derechos que, a pesar de encontrarse positivizados, no se hacían efectivos. Este modelo de Estado se basa precisamente en la idea de hacer realidad los Derechos de los ciudadanos y, por tal razón, ampara la participación de los mismos, creando instituciones jurídicas idóneas para ello.
- * Tanto en Colombia como en Perú, el legislador se ha preocupado por brindar un espacio idóneo para la solución de controversias; atendiendo a eso, se han venido perfeccionando las legislaciones existentes en la materia, es decir, la Ley 640 de 2001 y la Ley 26872 de 1997, las cuales han tenido aplicación práctica y teórica en ambos países, posibilitando la puesta en marcha de una institución que brinda grandes beneficios en la efectivización y acceso a la justicia, así como a la desjudicialización de los conflictos.
- * Normativamente, la institución jurídica de la conciliación en Colombia surge en 1948 con el Código Procesal del Trabajo, no obstante existir normas anteriores referentes a la figura que datan del siglo XIX. Inicialmente, la conciliación se concibió como una forma de solucionar los conflictos de manera alterna al proceso judicial, pudiéndose intentar en cualquier momento, incluso tras la interposición de la demanda. Precisamente, lo que se buscó fue consolidar un mecanismo que permitiría dar solución pacífica y dialogada de la controversia y salida alterna al proceso judicial.

- * De la legislación estudiada se puede colegir que el tratamiento normativo que se le dio a la conciliación en un principio fue de carácter extraprocesal, siendo un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Más adelante, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, se le dio un tratamiento judicial, es decir, se le incluyó como parte del proceso judicial mismo.
- * Con el cambio del modelo de Estado y la consolidación de la Constitución de 1991, la conciliación tomó un papel diferente en la medida en que se constitucionalizó su práctica, mediante la entrega transitoria de facultades jurisdiccionales a los particulares. De este modo, la conciliación se convirtió en un mecanismo que además de solucionar alternativamente conflictos, materializa principios, valores y fines del Estado, como la participación y la democracia. No obstante, algunas normas han venido notando con mayor intensidad su condición de requisito de procedibilidad y método de descongestión judicial.
- * Al igual que en Colombia, en el vecino país del Perú la conciliación ha tenido un desarrollo normativo importante. Desde el siglo XIX, algunas constituciones hacían alusión a esta figura, lo cual, sin embargo, se fue perdiendo con los años. Hoy, la figura no tiene una consagración constitucional en Perú, como en el caso de Colombia. No obstante, el legislador peruano, de la mano de la doctrina y otras instituciones, se ha preocupado por realizar un debate serio que concluyó en la trascendencia que este arquetipo le merece. Fue de esta manera que en la Ley de conciliación peruana se consagró el interés nacional de la institucionalización del mecanismo.
- * Dentro de la legislación peruana se puede encontrar que la consolidación de la Ley de conciliación, con sus correspondientes modificaciones, lo que podría considerarse como el estatuto de la conciliación peruana, se ha mantenido más o menos uniforme; por el contrario, la legislación colombiana ha sido más diversa en ese sentido, ya que se encuentran vigentes diversas disposiciones que tratan el tema.
- * Puede decirse que las legislaciones peruana y colombiana, finalmente, han venido desarrollando, a su manera, el tema de la conciliación, consolidando sus beneficios en la solución alternativa de conflictos y elucidando la importancia que para los pueblos vecinos tiene el diálogo, la participación y la democracia en la salida de controversias.

- * La razón jurídica de control y solución alternativa de conflictos está dada por la conciliación, siendo este el objeto de análisis en el presente libro. Pero al haber observado las diferentes tendencias frente a la naturaleza jurídica de la conciliación, y haciendo una refrendación de las mismas con lo expuesto en Perú, resulta que, para los fines investigativos, la teoría que mejor representa las implicaciones teóricas y prácticas de la conciliación en Perú y en Colombia es de índole mixto.
- * Es claro que la conciliación reviste diferentes facetas, que van de lo procesal a lo convencional. Es así que, la conciliación goza de un verdadero procedimiento que debe respetar, entre otras garantías, el debido proceso. Adicionalmente, tiene una faceta jurisdiccional y, aunque en el Perú no tenga estos efectos, para los fines perseguidos en este texto es compatible con la propuesta de unificación legislativa, ya explicada en el tercer capítulo. Ahora bien, las teorías peruanas y las colombianas comparten la visión convencional de la conciliación; es así como, en ambos países se ha hablado de la teoría del negocio o acto jurídico, ya que la conciliación es la expresión de la voluntad de las partes, tendiente a crear consecuencias jurídicas.
- * En ese orden de ideas, y habiendo resumido las diferentes facetas de la conciliación, no puede optarse por otra teoría distinta a la mixta, la cual, a juicio de los autores, reúne íntegramente las distintas aristas de la conciliación y explica de manera completa la naturaleza jurídica de la misma. A esto debe agregarse un detalle, es decir, la institucionalidad de la conciliación en Perú, que es refrendada con la expresa alusión de la misma en la constitución colombiana. Ya que en el Perú la conciliación no goza de consagración constitucional, lo que sí sucede en el caso colombiano, este vacío es subsanado, por decirlo de laguna manera, con la institucionalidad de la misma y la expresión de ser de interés nacional, siendo ajeno, y de hecho es contemplado en su integridad por la teoría mixta.
- * Se advierte que las diferencias en cuanto al procedimiento conciliatorio van desde los términos para la concurrencia de las partes a la audiencia, pasando por el termino en que deberá celebrarse la audiencia, las calidades del conciliador y los documentos resultado del proceso. No obstante, la existencia de las mismas son una oportunidad a juicio de los investigadores, con el fin de

ahondar en el tema y encontrar puntos de convergencias, en aras de la cooperación internacional en la aplicación de la institución conciliadora.

- * Así como existen diferencias en el procedimiento adelantado en uno y otro país frente a la conciliación, también existen aspectos que tienen el mismo tratamiento o las mismas consecuencias jurídicas en ambos países. En los efectos de no intentar la conciliación previa y acudir ante la jurisdicción, se tiene como sanción, en Colombia y Perú, el rechazo de la demanda. El mérito ejecutivo del acuerdo es otro aspecto de convergencia; la solicitud suspende la prescripción y las partes deben asistir personalmente a la audiencia, salvo que se encuentren fuera de la sede de la conciliación o del país. Esos puntos de similitud, a pesar de ser menos que los de divergencia, constituyen un gran material teórico para comenzar la discusión acerca de la creación de vínculos que favorezcan una unidad legislativa en la materia, ya que al haber similitudes parte del trabajo está realizado, facilitando el encuentro entre las legislaciones.
- * Partiendo de las diferencias y las similitudes, se planteó una propuesta de unificación legislativa, que tiene como finalidad complementar la legislación que en la materia existe en ambos países, constituyendo una herramienta para efectos de comenzar la discusión doctrinal, frente a la posibilidad de aplicar una única norma en naciones que guardan una relación histórica y cultural.
- * La implementación de una norma única en materia de conciliación, permitirá la posibilidad, no solo de fortalecer las relaciones entre los países de Colombia y Perú, sino de abrir la puerta a muchas posibilidades frente al ejercicio profesional de los abogados y adicionalmente en la práctica de estudiantes de derecho, quienes podrán realizar prácticas jurídicas en Centros de Conciliación de ambos países, facilitando la movilización de los mismos de un país a otro.
- * La investigación que se termina con este libro, le permitió a los investigadores comprender que, pese a la existencia de legislaciones foráneas y el tratamiento procesal distinto, la ocurrencia del conflicto se encuentra presente en todos los escenarios y países. Atendiendo a ello, los investigadores reafirman su idea sobre la conciliación como un mecanismo expedito de solución

de pleitos; además, plantean la unificación como un primer paso para el diálogo legislativo entre más países, lo que ayudará a tener un solo norte frente a la salida de conflictos y contribuirá a dar respuesta efectiva, sin importar en el país en el que se encuentre, a controversias de tipo jurídico, sin la necesidad de acudir a una justicia tradicional que puede no brindar una conclusión idónea.

- * Muchas de las instituciones del Estado Social y Democrático de Derecho se basan en nuevas tesis frente a la solución de conflictos. Se observa, por una parte, el diálogo como eje fundamental de esa salida. La implementación de esas corrientes dio paso a la materialización de una serie de derechos, tal es el caso de la igualdad, la justicia, la paz y la convivencia, sin los cuales no sería posible la concepción de Estado. Esos principios superiores irradian todo el ordenamiento jurídico y constituyen la base primordial de la interacción humana en Colombia y Perú.
- * La conciliación es una institución jurídica que ha tenido un desarrollo histórico en Colombia y Perú, lo cual la ha venido consolidando, incluso como una figura de importancia nacional para esos países. Esta institución es un mecanismo idóneo para resolver conflictos, en el que las partes trabadas en una controversia se sientan a dialogar, mediante el apoyo de un tercero imparcial llamado conciliador. La realidad demuestra que este arquetipo jurídico ha cobrado especial relevancia, debido a la concepción que se ha generado tras el Estado Social de Derecho sobre el diálogo, ya que no solo lo aplica como eje fundamental de la solución de controversias, sino que materializa en sí todos los principios del Estado, como la participación, entre otros.
- * La conciliación es, en definitiva, uno de los mecanismos más expeditos a la hora de resolver conflictos, ya que no solamente se limita a contribuir a esa finalidad, sino que su aplicación trasciende aún más, en la medida en que su implementación contribuye a la construcción de una cultura de paz y diálogo, en la que los ciudadanos se convierten en verdaderos constructores de la solución. Es entonces la conciliación un instrumento de participación ciudadana y convivencia pacífica.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, J. D. (2010). *La conciliación extrajudicial y la conciliación judicial: Un puente de oro entre los MARCS y la justicia ordinaria*. Lima, Perú: Grijley.
- Alarcón, R. H., & Bernal, M. J. (2003). *Hacia una reflexión ética en la universidad*. Tunja, Colombia: Universidad de Boyacá.
- Álvarez, M. A. (2016). El operador de la conciliación en derecho y su función social. En Parra, C. (Ed.), *Eficacia de la conciliación en derecho desde la perspectiva del derecho privado en la ciudad de Tunja* (pp. 73-112). Tunja, Colombia: Ediciones Universidad de Boyacá.
- Amador, R. E. (2016). La conciliación en la historia. En Parra, C. (Ed.), *Eficacia de la conciliación en derecho desde la perspectiva del derecho privado en la ciudad de Tunja* (pp. 13-38). Tunja, Colombia: Ediciones Universidad de Boyacá.
- Arboleda, A. P. (2014). La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación*, 11(1), 192-202.
- Armenta, T. (1996). El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. *Poder Judicial*, (41), 53-86.
- Azuar, C. (2003). *Mediación y conciliación en México: Dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*. México: Porrúa.
- Bastidas, R. (2002). *La cultura de la conciliación. Ley 640 de 2001*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Benavides, R. (2002). *Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayo de San Marcos.
- Cadena, D. d. (Ed.). (2012). *Cartilla de Conciliación*. Tunja, Colombia: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Centurión, F. R. (2014). Apuntes para la historia constitucional peruana: la Constitución de 1823. *Revista de Investigación de la facultad de Derecho*, (7), 16-45.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 2. Julio 7 de 1991 (Colombia).

- Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 116. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Constitución Política de Perú [Const.]. Noviembre 12 de 1823 (Perú).
- Constitución Política de Perú [Const.]. Diciembre 29 de 1993 (Perú).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: Febrero 5 de 1996).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara: Mayo 20 de 1997).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-160 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell: Marzo 17 de 1997).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-328 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Marzo 22 de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez: Enero 31 de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-893 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: Agosto 22 de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1195 de 2001 (MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra: Noviembre 15 de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-222 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa: Abril 17 de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-747 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Diciembre 2 de 1998).
- Coser, L. (1970). *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu.
- Decreto 4133 de 1948 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se adoptan como normas legales unas disposiciones. Diciembre 16 de 1948. DO: 26.896.
- Decreto 2185 de 1951 [con fuerza de ley]. Por el cual se suprime un impuesto nacional y se confiere una facultad a los Alcaldes de los Municipios. Octubre 19 de 1951.
- Decreto 2303 de 1989 [Presidencia de la República]. Por medio del cual se crea y organiza la jurisdicción agraria. Octubre 7 de 1989. DO: 39.013.

- Decreto 1069 de 2015 [Ministerio de Justicia y el Derecho]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho. Mayo 26 de 2017. DO: 49.523.
- Decreto 2462 de 2015. [Presidencia de la república]. Por medio del cual se modifican algunas disposiciones del capítulo 2, título 4, parte 2, libro 2 del Decreto 1069 de 2015, único reglamentario del sector justicia y el derecho, relacionados con los centros de conciliación en derecho. Diciembre 17 de 2015. DO: 49.729.
- Decreto Legislativo No. 768 de 1992. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se promulga el Código de Procedimiento Civil. Febrero 29 de 1992.
- Decreto Legislativo No. 1070 de 208. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se modifica la Ley de conciliación extrajudicial. Agosto 28 de 2008.
- Decreto Supremo No. 014-2008-JUS. [Poder Ejecutivo]. Decreto reglamentario de la Ley de conciliación extrajudicial. Agosto 30 de 2008.
- Decreto Supremo No. 006-2010-JUS. [Poder Ejecutivo]. Decreto modificatorio del reglamento de la Ley de conciliación extrajudicial. Mayo 6 de 2010.
- Deutsch, M. (1973). *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven, Estados Unidos : Yale University Press.
- Entelman, R. (2009). *Teoría de los conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona, España: Gedisa.
- Espinosa, G. (1994). *Filosofía y Literatura*. Bogotá - Colombia: Prolibros.
- Fisas, V. (1998). *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona, España: Icaria.
- Fuquen, M. E. (2003). Los conflictos y las normas alternativas de resolución. *Tabula Rosa*, (1), 265-278. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/396/39600114.pdf>
- Gil, J. H. (2011). *La conciliación judicial y la amigable composición*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Giraldo, J. (2012). *Problemas insolutos de la justicia en Colombia. Mecanismos alternativos de solución de conflictos: La justicia comunitaria*. Ibagué, Colombia: Universidad de Ibagué.

- Gonzalo, M (2015). *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Madrid, España: Dykinson.
- González, F. (2004). *Arbitraje*. México: Porrúa.
- Gray, J.. (2001). *Las dos caras del liberalismo: una nueva interpretación de la teoría liberal*. Barcelona, España: Paidós.
- Hornillo, I., & Rebollo, M. Á. (2010). Perspectiva emocional en la construcción de la identidad en contextos educativos: discursos y conflictos emocionales. *Revista la Educación*, 353, 235-263.
- Hoyos, C. (2001). *Conciliación: un modelo bioético - hermenéutico*. Medellín, Colombia: Señal Editora.
- Illera, M. (2014). Los mecanismos alternativos de solución de conflictos: una opción que complementa la actividad jurisdiccional . En M. Vásquez, *Temas actuales en derecho procesal y administración de justicia*. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.
- Infante, E. (1998). Sobre la definición del conflicto interpersonal: aplicación del cluster analysis al estudio semántico. *Revista de Psicología Social*, 13(3), 485-493.
- Latorre, Á. (1985). *Introducción al estudio del derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Ley 23 de 1991. Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones. Marzo 21 de 1991. DO: 39.752.
- Ley 270 de 1996. Ley estatutaria de la administración de justicia. Marzo 7 de 1996 DO: 42.745.
- Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 7 de 1998. DO: 43.335.
- Ley 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Enero 5 de 2001. DO: 44.303.

- Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Julio 12 de 1991. DO: 47.768.
- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO: 48.489.
- Ley No. 26872. Ley de Conciliación. Noviembre 13 de 1997.
- López, I. (2012). La efectividad de la justicia: una exigencia constitucional (Los nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos). *Revista de Derecho Político* (85), 141-170.
- Mayorga, G. (2016). *Teoría y práctica de la mediación y conciliación*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ormachea, I. (1998). *Análisis de la ley de conciliación extrajudicial*. Lima, Perú: Iprecon.
- Parga, M., & Sotelo, H. (2007). *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. Madrid, España: Tecnos.
- Parra, C. (2016). La conciliación: una visión general de la figura jurídica. En Parra, C. (Ed.), *Eficacia de la conciliación en derecho, desde la perspectiva del derecho privado en la ciudad de Tunja* (pp. 39-72). Tunja, Colombia: Ediciones Universidad de Boyacá.
- Pérez, J. B. (2013). *Métodos alternativos de solución de conflictos: justicia alternativa y restaurativa para una cultura de paz*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Celina Perrot.
- Quiroga, A. (2000). Conciliación y Arbitraje en Perú. *Derecho PUCP*, 53, 769-798.
- Real Academia Española. (2014). Conflicto. En *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.). Obtenido de: <https://dle.rae.es/?id=AGHyxGk>
- Sánchez, J. E. (2016). Jueces de paz del Perú: Perfil, modalidades y contextos de elección durante los siglos XIX, XX y XXI. *Elecciones*, 15(16), 119-143.
- Sayas, R. E. (2008). Conciliaciones formales vs. conciliaciones en clave comunicativa. *Revista Opinión Jurídica*, 7 (13), 113-137.
- Silva, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, IX(22), 29-43.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente No. 0008-200-AI/TC. (Noviembre 11 de 2003).
- Velásquez, F. (2014). *Derecho penal: Parte general* (6 ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Vila, I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Legis.
- Vilca, C. (2018). *Aspectos generales de la conciliación y arbitraje en el Perú*. Arequipa: Universidad Autónoma San Francisco.
- Zagrebelky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (7 ed.). Madrid: Trotta.

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de julio de 2020 en
Búhos Editores S.A.