



Melodía en los huesos (diptico)
acrílico sobre lienzo
100 x 40 cms c/u
2004

***CONCILIADOR-JUEZ,
UN ROL DEL CONCILIADOR PARA LA
DESCONGESTIÓN
DE LOS DESPACHOS JUDICIALES
DESDE LA CONSTITUCIÓN***

RESUMEN

La función del conciliador entendida solo como facilitador que ayuda a las partes para gestionar por sí mismas la solución del conflicto, considero que está en crisis porque se ha enfocado con la finalidad de descongestionar los despachos judiciales, olvidando que ésta es un instrumento que propicia la comunicación entre ellas, prescindiendo del resultado. Esto bajo la perspectiva de descongestión de los despachos judiciales, permite formular una hipótesis de investigación, desde el artículo 116 de la Constitución, según la cual el particular cuando actúa como conciliador, ejerce funciones jurisdiccionales, esto es como heterocomponedor. Hipótesis que se ha venido desarrollando en el proyecto investigativo "La crisis de los métodos alternativos de solución de conflictos".**

Tal comportamiento del particular, implica una actitud que lo define como un conciliador-juez, el cual decida y resuelva la controversia, asignando derechos y obligaciones en caso de que las partes se encuentren en una situación de total antagonismo y no sea posible conciliar. Para que así la conciliación como condición de procedibilidad cumpla con la finalidad para la cual fue instituida: "la descongestión de los despachos judiciales".

Palabras Claves: Conciliador, partes, conflicto, proceso, procedimiento, acceso a la justicia, descongestión de despachos judiciales.

CONCILIATOR-JUDGE, A ROLL OF THE CONCILIATOR FOR THE RELIEVING OF JUDICIAL OFFICES FROM THE CONSTITUTION

SUMMARY

The function of the conciliator understood only as facilitator that helps the parts to manage the solution of the conflict by themselves. I consider that is in crisis because it has focused on the purpose of relieving of the judicial offices, forgetting that it is an instrument that propitiates the communication among them, dispensing the result. This, under the perspective of relieving of the judicial offices, allows to formulate an investigation hypothesis, from the 116 article of the Constitution, according to which the individual when he acts like conciliator, exerts jurisdictional functions, this is as heterocomponedor. Hypothesis that has been developed in the investigative project "The crisis of the alternative methods of conflict resolution".

Such behavior of the individual, implies an attitude that defines him as a conciliator-judge, which decides and solves the controversy, assigning rights and obligations in case that the parts are in a situation of total antagonism and it's no possible to conciliate. So that the conciliation as condition of procedibility fulfills the purpose for which was instituted: "the relieving of judicial offices".

Key words: Conciliator, parts, conflict, process, procedure, justice acceso, relieving of judicial offices.

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Procesal. Investigador de la misma facultad. Docente de Procesal Administrativo en la U.P.B. y de Teoría General del Proceso en la Universidad de Antioquia.

** Este proyecto es financiado por el CIDI Centro Integrado de Investigación de la Universidad Pontificia Bolivariana y ha contado con la participación del Doctor Gustavo Ortiz Cano, Director del Centro de Conciliación de la universidad mencionada, la Doctora Tatiana Cardona, Abogada del Consultorio Jurídico de la misma y alumnos de la Facultad de Derecho de Pregrado que han intervenido como auxiliares de la investigación.

CONCILIADOR-JUEZ, UN ROL DEL CONCILIADOR PARA LA DESCONGESTIÓN DE LOS DESPACHOS JUDICIALES DESDE LA CONSTITUCIÓN

INTRODUCCIÓN

El hombre es un animal, el cual cuando vive entre los de su especie necesita un señor: pues ciertamente abusa de su libertad con respecto a sus semejantes y, aunque como criatura racional desea una ley que ponga límite a la libertad de todos, su egoísta inclinación animal le induce a acentuarse a sí mismo a la menor ocasión. Precisa por tanto de un señor que quebrante su propia voluntad y le obligue a obedecer a una voluntad universalmente válida, de modo que cada cual pueda ser libre.¹

Las palabras de Kant sirven de marco para el análisis de la conciliación que aquí se quiere hacer. En efecto, la visión antropológica pesimista del filósofo de Königsberg, según la cual el hombre es malo por naturaleza y aunque, "desea leyes universales para su propia conservación" busca en la conciliación el instrumento para solucionar sus conflictos; pero como "se inclina siempre a eludir la ley" no lo logra, por su disposición natural a seguir sus intereses egoístas.

Así las cosas, se presenta una aparente paradoja entre las finalidades altruistas y bondadosas que se pretende alcanzar con la conciliación y las predisposiciones irracionales del ser humano.

Dicha contradicción es problemática a raíz de la Ley 640 de 2001 que estableció la conciliación como condición de procedibilidad para descongestionar los despachos judiciales, porque le da prioridad al acuerdo conciliatorio por encima del instrumento (conciliación). Desde esta perspectiva legal parece que la utilización de la conciliación tiene que terminar con un acuerdo para que de ella se pueda predicar su efectividad, pues atendiendo a esta finalidad una conciliación que termine sin solución será un fracaso que es inadmisibles para la descongestión de los despachos judiciales.

Es necesario, entonces, una figura que armonice estas condiciones antagónicas: el *Conciliador-Juez*, quien ante la inexistencia de un acuerdo conciliatorio, por ser irresoluble la confrontación entre las partes, y ante la congestión de los despachos

¹ Cfr. KANT, Immanuel. *Ideas para una historia en clave cosmopolita*. Traducción Roberto Aramayo. Madrid, Editorial Tecnos, 1997. p.14.

judiciales asigne, mediante la declaración de su voluntad a quién corresponde el derecho y a cuál concierne la obligación.

Es que entender la conciliación de la manera prevista en la Ley 446 de 1998 como un “mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador” no permite comprender cómo a través suyo puede lograr que se descongestionen los despachos judiciales sobre todo porque el acuerdo conciliatorio depende de la voluntad de las partes que no siempre actúan racionalmente sino que se dejan llevar por sus intereses egoístas.

De acuerdo con esta panorámica, las partes serían las protagonistas en la solución del conflicto, convirtiendo la intervención del conciliador en algo secundario. Tal actuación del conciliador la denominaré en el curso de esta exposición como *Conciliador-Mediador*.

Entre estos dos modelos he concebido una figura adicional que sin ser tan pasivo como el *Conciliador-Mediador* ni tampoco con la facultad decisoria del *Conciliador-Juez*, a partir de las exposiciones de las partes le permita investigar la veracidad de sus afirmaciones con el fin de esclarecer el panorama para las partes y así proponer fórmulas de arreglo que sean justas: el *Conciliador-Instructor*.

Para ampliar la visión de los roles que puede cumplir el conciliador, acudo al esquema con el que François Ost² analiza el papel del juez en tres modelos: *Juez-Hércules*, *Juez-Júpiter* Y *Juez-Hermes*; pero obviamente dicha teoría no se puede trasladar aquí tal como fue concebida.

Sobre el uso de modelos, C. B. Macpherson³ sostiene que proporcionan un punto de partida para precisar la teoría y su racionalidad. Aspecto importante porque la conciliación es una institución que se presenta “dentro de límites históricamente cambiables” y variables por la voluntad humana, por lo cual se debe establecer “un modelo de hombre” y para que sea aceptable debe tener una teoría ética que la justifique; con el fin de que ésta, de acuerdo con Macpherson, dé cuenta de lo que es deseable, bueno o correcto. De esta manera la investigación va más allá de la exposición sobre lo que es la conciliación para plantear “cómo podría funcionar”, presentando una argumentación acerca de porqué eso es bueno, y de porqué estaría bien disponer de ella así, sin alejarse de los deseos y capacidades de los seres humanos que deben hacerla funcionar.

2 Cfr. OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. En *Revista Doxa*. N.º 14, 1993, pp. 169-194.

3 Cfr. MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*. Madrid, Alianza Editorial, 1982. pp. 11-16.

Así las cosas, teniendo presente que se adopta una visión pesimista del hombre; que es posible transformar a través de procedimientos que dominen sus impulsos sensibles mediante el uso de la razón, típico en modelos la actuación del conciliador para resaltar las características que éste debe poseer, con el fin de mostrar que no existe una única manera de entender la conciliación, pues depende del rol que desempeñe quien la dirija. Aquí se precisa, que no se quiere ahondar en la cultura del litigio que impide el afianzamiento de aquella para la solución de los conflictos, ya que esta es una dificultad que corresponde analizar a otras ciencias como la psicología, la antropología o la sociología y no al derecho que a lo sumo puede plantear el respeto de los procedimientos al debido proceso (visión ética) y no más. Porque son otras ciencias las que analizan adecuadamente el “modelo de hombre”. Por eso aquí se plantea que el modelo del *Conciliador-Juez* resulta más eficaz de cara a la finalidad de descongestionar los despachos judiciales. Mientras que el modelo del *Conciliador-Instructor* resulta el más adecuado para la el logro de los fines altruistas y pacíficos que se pretende conseguir con este mecanismo alternativo. Y finalmente, considero que el modelo del *Conciliador-Mediador* solo es pensable como un ideal en los actuales momentos de caos y desesperanza en Colombia.

Para el desarrollo de este trabajo he pensado dividirlo en tres partes: en la primera, profundizaré sobre las razones que impulsan al hombre a permanecer en conflicto, desde la óptica de la filosofía, en concreto a la “insociable sociabilidad”. En la segunda, hablaré sobre los mecanismos alternativos, el incremento de algunos de éstos que desformalizan la justicia y la conciliación que ha dejado de ser alternativa para ser obligatoria. Luego, en la tercera, me detengo a analizar las características de los tres roles que puede desempeñar el conciliador y el problema que implica entender un solo rol del conciliador: *Conciliador-Mediador*, el cual hasta el momento ha sido el que ha hecho carrera en Colombia, terminando este punto con las condiciones necesarias para la operancia del *Conciliador-Instructor* y del *Conciliador-Juez*. En la última parte expondré la conclusión de que es perfectamente posible diferenciar distintos roles que puede cumplir el conciliador que no desvirtúan la conciliación como tal, por el contrario la fortalecen.

1. EL CONFLICTO

Sin pretender hacer un estudio sobre el conflicto en Colombia, acojo los lineamientos que sobre él se pueden encontrar en las obras de Hobbes⁴ y Kant las cuales me

4 Cfr. HOBBS, Thomas. *El Leviatán* (o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil). Traducción de Manuel Sánchez Sarto. México, Fondo de Cultura Económica. pp. 100 y 101.

parecen muy convincentes y aplicables a una realidad como la colombiana. Antes de proceder a ello se debe considerar previamente que para estos autores, y sobre todo para Hobbes, el conflicto existe en el estado de naturaleza,⁵ donde no hay ningún poder superior que pueda definir los derechos y las obligaciones.

Así, en este estado “los hombres son tan iguales que si bien alguien es más fuerte físicamente que otro, cuando se considera esa diferencia en conjunto, no permite reclamar para sí mismo un beneficio cualquiera al que otro no pueda esperar como él, ya que el más débil tiene bastante fuerza para matar al más fuerte, bien sea mediante secretas maquinaciones o confederándose con otros que se hallen en el mismo peligro que él”.⁶ En cuanto a las facultades mentales existe una igualdad similar e incluso mayor que la fuerza física, porque la prudencia no es más que experiencia, cosa que todos los hombres alcanzan por igual.⁷

De esta igualdad física y mental se deriva que si dos hombres desean la misma cosa y como no la pueden disfrutar ambos, se vuelven enemigos y tratan de aniquilarse o sojuzgarse el uno al otro. De aquí que “si alguien planta, siembra, construye, cabe esperar, con sus fuerzas unidas, para desposeerle y privarle, no solo del fruto de su trabajo sino también de su vida o de su libertad. Y el invasor a su vez, se encuentra en el mismo peligro con respecto a otros”.⁸

Esta situación de guerra descrita por Hobbes, la complemento con el elemento racional Kantiano. Según él, la naturaleza, ha dispuesto que el hombre sea indefenso y lleno de necesidades en comparación con otros seres, que le impulsan a salir de sus limitaciones haciendo de su vida una continua lucha, en la cual el antagonismo, el conflicto (la guerra, dirá en su texto *La Paz Perpetua*) despierta en él todas las fuerzas haciéndole vencer su inclinación a la pereza, impulsándole por medio de la ambición, el afán de dominio o la codicia a procurarse una posición entre sus congéneres, a los que no puede *soportar* pero de los que tampoco es capaz de *prescindir* que le permiten inventar los productos de su cobijo, alimentación, seguridad, y poblar la tierra sobrepasando la estructuración mecánica de su existencia animal⁹ y participando de la felicidad o perfección que haya procurado por medio

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*, Cap. 13, p. 101.

9 KANT, Immanuel. *Ideas para una historia en clave cosmopolita*. Traducción Roberto Aramayo. Madrid, Editorial Tecnos, 1997. pp. 9 y 10.

de la propia razón.¹⁰ Por esto Kant da “gracias a la naturaleza por la incompatibilidad, por la envidiosa vanidad que nos hace rivalizar, por el anhelo insaciable de acaparar o incluso de dominar las cosas sin las que todas las excelentes disposiciones naturales dormirían eternamente en el seno de la humanidad sin llegar a desarrollarse jamás”.¹¹

Así, se pone de manifiesto, el hombre, como ser fenoménico, se deja dominar por sus impulsos sensibles, sus deseos o por sus inclinaciones egoístas que lo conducen de subyugar a los otros, a doblegar el derecho ajeno a su capricho. Pero al mismo tiempo, el hombre por la razón puede dominar dichos impulsos según las leyes que se haya autoimpuesto.

Esto es lo que Kant llama como “la insociable sociabilidad”, que conduce a una situación paradójica: por un lado, las inclinaciones sensibles del hombre aunque producen un buen resultado “tal y como los árboles logran en medio del bosque un bello y recto crecimiento, precisamente porque cada uno intenta privarle al otro del aire y del sol, obligándose mutuamente a buscar ambas cosas por encima de sí, en lugar de crecer atrofiados, torcidos y encorvados como aquellos que extienden caprichosamente sus ramas en libertad y apartándose de los otros; de modo seme-

10 En un poema de Miguel Hernández a propósito de la condición humana puede leerse:

El hambre es el primero de los conocimientos:/ tener hambre es la cosa primera que se aprende./ Y la ferocidad de nuestros sentimientos,/ allá donde el estómago se origina, se enciende.

Uno no es tan humano que no estrangule un día/ pájaros sin sentir herida en la conciencia:/ que no sea capaz de ahogar en nieve fría/ palomas que no saben si no es de la inocencia.

El animal influye sobre mí con extremo,/ la fiera late en todas mis fuerzas, mis pasiones./ A veces, he de hacer un esfuerzo supremo/ para acallar en mí la voz de los leones.

Me enorgullece el título de animal en mi vida,/ pero en el animal humano persevero./ Y busco por mi cuerpo lo más puro que anida,/ bajo tanta maleza, con su valor primero.

Por hambre vuelve el hombre sobre los laberintos/ donde la vida habita siniestramente sola./ Reaparece la fiera, recobra sus instintos,/ sus patas erizadas, sus rencores, su cola.

Arroja sus estudios y la sabiduría,/ y se quita la máscara, la piel de la cultura,/ los ojos de la ciencia, la corteza tardía/ de los conocimientos que descubre y procura.

Entonces solo sabe del mal, del exterminio./ Inventa gases, lanza motivos destructores,/ regresa a la pezuña, retrocede al dominio/ del colmillo, y avanza sobre los comedores.

Se ejercita en la bestia, y empuña la cuchara/ dispuesto a que ninguno se le acerque a la mesa./

Entonces sólo veo sobre el mundo una piara/ de tigres, y en mis ojos la visión duele y pesa./ Yo no tengo en el alma tanto tigre admitido,/ tanto chacal prohijado, que el vino que me toca, / el pan, el día, el hambre no tenga compartido/ con otras hambres puestas noblemente en la boca.

Ayudadme a ser hombre: no me dejéis ser fiera/ hambrienta, encarnizada, sitiada eternamente./ Yo, animal familiar, con esta sangre obrera/ os doy la humanidad que mi canción presente.

11 KANT, Immanuel. *Ideas para una historia en clave cosmopolita*. Traducción Roberto Aramayo. Madrid, Editorial Tecnos, 1997. pp. 10 y 11.

jante toda cultura y arte que adornan la humanidad, así como el más bello orden social, son frutos de la insociabilidad, en virtud de la cual la humanidad se ve obligada a autodisciplinarse y a desarrollar plenamente los gérmenes de la naturaleza gracias a tan imperioso arte";¹² pero también, la insociabilidad, es causante de muchos males y penurias porque los hombres están en su primitiva situación de libertad absoluta, sin ley externa, sin derecho, que hace la vida un infierno, pudiendo destruir los progresos conseguidos por la cultura. La sociabilidad por el contrario, la tendencia del hombre a estar en sociedad, donde "reinaría la más perfecta armonía la frugalidad y el conformismo, de tal suerte que los hombres serían tan bondadosos como las ovejas que apacientan", proporcionando a su "existencia un valor no mucho mayor que el detentado por el animal doméstico y, por tanto no llenaría el vacío de la creación respecto a su destino como naturaleza racional".¹³

Entonces, para no perderlo todo, el hombre tiene el deber impuesto por la razón de solucionar el conflicto y por eso ha creado distintos mecanismos que le permiten, entre otras cosas para proteger los derechos, "lo tuyo y lo mío" de una manera razonable y sin recurrir a la fuerza o la astucia y lograr la convivencia, orientado, por una parte, a través de un poder que imponiéndose define con fuerza de cosa juzgada "lo tuyo y lo mío"; o por otra, por el ejercicio de la razón que logre un entendimiento entre aquellos enfrentados en el conflicto; en otras palabras, son la heterocomposición y la autocomposición.

2. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Constitución y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, reconocen que el conflicto puede ser solucionado por otras formas distintas al proceso judicial.

"Artículo 80. Alternatividad. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios".

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos incluyen una amplia gama de instituciones autocompositivas (mediación, la amigable composición, la conciliación, etc.) y heterocompositivas (el arbitraje, los jueces de paz y la justicia indígena)

12 *Ibid.*, p. 14.

13 *Ibid.*, p. 10.

na) los cuales pese a su heterogeneidad responden a una idea que los puede aglutinar: medios para la solución de los conflictos dirigidos por personas, organizaciones o comunidades alejadas de la jurisdicción estatal.¹⁴

Los métodos autocompositivos son una expresión de la "sociabilidad" del hombre, porque mediante la razón domina sus impulsos egoístas, estableciendo vínculos de solidaridad con los demás, aceptando la restricción de su libertad; su fundamento está lejos de la intervención estatal, pues el conflicto, en primer momento, se busca solucionar por los involucrados directamente; sin embargo, en Colombia existe la "cultura del litigio" olvidando la autocomposición, por lo cual antes de pensar en una solución por las mismas partes se acude al Juez, aunque muchas conciliaciones se realizan por personas que, atendiendo a buenas razones, prefieren solucionar el conflicto y para tal efecto generalmente celebran acuerdos o convenios; sin embargo, no puede desconocerse que también son muchas las ocasiones en que los móviles pueden ser otros, pueden incluso ser ajenos a cualquier intención altruista o solidaria, pues, la desigual posición económica de las personas enfrentadas, la lentitud y costo del proceso, así como la influencia indebida de una de las partes sobre la otra, o la desacertada visualización del conflicto, entre otras muchas, arrastran a autocomposiciones que más bien son rendiciones, en las cuales "la decisión altruista viene provocada por la más o menos solapada imposición egoísta del contrario". Por lo tanto la autocomposición oculta, a veces, verdaderos actos de autodefensa; del reconocimiento de que el adversario tiene razón, se pasa a la falta de resistencia del renunciante, aunque le sobren razones para no hacerlo.¹⁵

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, dicho sea de paso, no tienen nada que ver con la teoría del uso alternativo del derecho¹⁶ como parece indicarlo la expresión "alternativos", sino que lo de *alternativo* se debe entender como una práctica de justicia distinta de la ordinaria, que aunque no está integrada al poder judicial, no deja de formar parte de la administración de justicia, ya que es

14 Cfr. GARCÍA, Rosario. "Acceso a la Justicia y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos". En *Revista El Otro Derecho*. No. 15. Bogotá, 2000. p. 30.

15 Cfr. ALCALA ZAMORA, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa* (Contribución a los fines del proceso). México. Universidad Autónoma. 2000, p. 89.

16 La cual como se sabe, surgió en Italia en los 70, consistiendo en la utilización del derecho positivo vigente para fines diferentes a la consolidación de la clase dominante que lo creó, en razón de la coexistencia de normas aprobadas en realidades políticas para tiempos muy diferentes, que generaban contradicciones, por lo que de acuerdo con esta teoría se planteó el uso de las normas para solucionar conflictos sociales en una forma distinta a la prevista por ellas, gracias a una intensa labor interpretativa del derecho por la magistratura. Pero, diversas razones políticas, como el predominio de los regímenes militares en la región impiden que dicha esta teoría se desarrollara en América Latina. Tomado de: GARCÍA, Rosario. "Acceso a la Justicia y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos". *Revista El Otro Derecho*. No. 15. Bogotá, 2000. p. 30.

la legislación del Estado la que habilita la misma y por esto tampoco puede entenderse como una justicia comunitaria.

Así entendidos estos mecanismos, son aquellos que Carnelutti llamó *equivalentes jurisdiccionales*, porque sin hacer parte de la jurisdicción alcanzan la misma finalidad de la sentencia, que no es otra cosa que resolver el conflicto mediante un acto inmutable en tanto se encuentra revestido de la fuerza de cosa juzgada; y es esto mismo lo que se logra con los mecanismos alternativos, de tal suerte que adelante los trataremos como conceptos sinónimos.

Vale decir que la Constitución les imprimió a los mecanismos alternativos una característica importante, pues frente al resultado (la solución del conflicto), equipara la actividad que realiza el juez con los mecanismos alternativos. Entonces, vistas así las cosas, pareciera que la Constitución lo que hizo fue un reparto de la actividad jurisdiccional entre los unos y los otros, una regulación de la competencia y definió que aquellos litigios donde existe un acuerdo de voluntades corresponde a los mecanismos alternos y donde no lo hay, es competencia del juez. De esta forma, para la Constitución no es trascendente si el sujeto que compone el conflicto es un juez o no, sino que lo que importa es la solución del conflicto. Por tanto considero desafortunado que se le dé mayor valor a uno sobre el otro, pues se repite que la Constitución los considera iguales.

Este trato similar que puede encontrarse entre la actividad del juez y la de los mecanismos alternativos sólo se percibe con esta claridad frente al resultado porque aquéllos no tienen los mismos poderes de la jurisdicción. En efecto, en la dogmática procesal se ha dicho que los poderes que caracterizan la actividad del juez se resumen en el poder de decisión, de instrumentación, de imperio y de coerción; pero a los mecanismos alternos les falta alguno de estos poderes dependiendo del tipo o clase de mecanismo de que se trate. Así, mientras que en el arbitraje, algunos árbitros tienen poder de decisión,¹⁷ carecen, por regla general, del poder de imperio o ejecutivo;¹⁸ en la conciliación,¹⁹ los conciliadores tienen poder disciplinario o de coerción, pero les hace falta el de decisión.

decisión
instrumentación
imperio
coerción

17 Debe tenerse en cuenta que el arbitraje en materia laboral esta condicionado al recurso de homologación o lo que es lo mismo antes de ejecutar la decisión la jurisdicción debe otorgarle el sello de validez. La decisión de los árbitros está condicionada.

18 Se debe tener en cuenta que la Ley 446 permite que los árbitros tengan poder de ejecución y puedan realizar entonces actividades de fuerza para exigir el cumplimiento de títulos valores.

19 De acuerdo con el sentido general con que se entiende ésta institución.

Mas los mecanismos alternativos que cumplen una importante función en la solución de los conflictos, no pueden ser privilegiados frente a la función de administrar justicia por los jueces, ni ésta pueda verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción. Los mecanismos alternativos no pueden expandirse a tal extremo que implique el reemplazo de la administración de justicia a cargo del Estado. Debe buscarse, por el contrario, el fortalecimiento de ésta, de tal suerte que a la justicia de los métodos alternos se acuda excepcionalmente y como una mera opción. Ello es así, porque robustecer estos mecanismos en desmedro de la justicia a cargo del Estado, puede significar, en muchos casos, que se imponga a la parte débil en una relación jurídica, por ésta vía, la solución de un conflicto, que en ciertas ocasiones puede implicar la renuncia a sus derechos e intereses.²⁰

2.1. La moda de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

En los últimos años, ha aumentado la regulación sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos convirtiéndolos en una suerte de moda; pero las motivaciones para esto, lejos de lo que quisiera pensarse, no están fundadas en la búsqueda por alcanzar una mejor justicia, como se reclama, sino que la causa está en factores externos al Estado, en la necesidad de los grupos económicos privados de hacer de la justicia un mecanismo rápido y expedito que no dificulte el tráfico económico.

Es una verdad que no necesita demostrarse que el Estado social sufrió una honda y profunda crisis de poder. Tanto en su aspecto de legitimidad como de soberanía, pues según Martín Kriele, son las dos caras de la moneda que muestra el poder estatal. En efecto, el Estado no fue capaz de satisfacer, como lo había prometido, los derechos sociales como la seguridad social y los servicios públicos entre otros, deviniendo en ilegítimo; ya que la legitimidad, ahora no depende exclusivamente de tener una forma democrática, de la división de poderes, donde sea posible la elección de los gobernantes sino de garantizar la satisfacción de los derechos a la vida, la libertad y por sobre todo los sociales. Estos últimos por involucrar un alto costo para el presupuesto hizo que su prestación fuera precaria y dejara un alto porcentaje de la población sin cobertura siendo ilegítimo para estos vastos sectores de la población.

Entonces, el Estado buscando satisfacer estos derechos, optó por entregar y trasladar su prestación a los particulares, recurriendo a la privatización, la cual condujo

20 Estas apreciaciones corresponden a la Corte Constitucional en las sentencias que han decidido sobre la constitucionalidad de los mecanismos alternativos.

a una pérdida de la soberanía del Estado Intervencionista porque los particulares sólo cumplirían esta función siempre y cuando el Estado les brindara unas condiciones óptimas para la obtención de mayores ganancias en detrimento de los intereses económicos de la población. Y es fijando estas condiciones, favorables para el empresario, cuando el Estado pierde su poder soberano, ya que aquellos logran que sus intereses y deseos se conviertan en leyes.

Por eso, con razón, Capella llama al Estado producto de la crisis del Estado como: "*Estado abierto reprivatizador*", porque el Estado, ya no es el poder político supremo, pues debe inclinarse ante el "*soberano privado supraestatal*".²¹ La merma del poder por el Estado, no significó que se extinguiera el poder, sino que pasó a manos de otro: el empresario es el nuevo "soberano supraestatal". El nuevo soberano, impone a los Estados sus necesidades, moldeando la voluntad del Congreso, o el Gobierno y, además, impide que se tomen decisiones que no respondan a sus intereses. Llama la atención que el *soberano privado*, no nace del acuerdo del grupo social, sino de hecho, constituido por las grandes compañías transnacionales y sobre todo de los conglomerados financieros. A través del Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional fijan las políticas económicas y sociales, las condiciones de la moneda, las pautas para el crecimiento de la economía, todo, conveniente a sus intereses.

Por estas circunstancias el Estado se ve sometido a una contradicción insalvable, ya que están en continua pugna los intereses del soberano privado y los de la población. Pues los de aquél se resumen en mayores condiciones que aumenten sus ganancias; mientras que los de ésta, que procuran un mayor bienestar. Para la muestra sólo basta citar, a manera de ejemplo, el conflicto que se presenta entre los habitantes de la Costa Atlántica con la Empresa prestataria de los Servicios Públicos de energía. Contradicción que el Estado trata de superar apelando al *discurso de la eficacia y la eficiencia*, que no sólo se ha interiorizado y extendido a casi todos los órganos y entidades del Estado, sino también a la gente del común. La eficacia se presenta como el único camino posible para lograr la modernización pero con ella se imponen las privatizaciones, que hacen que las grandes Empresas obtengan mayores ganancias.

Para el soberano privado no son suficientes las reformas económicas, pues le es necesario que éstas sean fluidas y rápidas. Por ello ha impulsado cambios a los sistemas de justicia, en busca de "descongestionar los despachos judiciales" y hacer "un uso racional, eficaz y eficiente del aparato judicial". Porque como la jurisdicción exige tiempo para conocer y decidir, es inoperante e inservible para sus intereses, es un obstáculo, de ahí, que sea para éste, necesario instituir mecanismos alternos para solucionar los conflictos, a través de instancias de mediación privadas. Porque es necesario que el Estado frente a los conflictos entre comerciantes sea flexible e informal, pues "(n)o parece razonable que el Estado provea sólo con la respuesta jurisdiccional tradicional de estricta aplicación del derecho frente a conflictos ...entre partes que se proponen continuar colaborando, ...que tiendan ...a mantener la colaboración entre las partes y a maximizar los intereses en juego, finalidades que típicamente se logran mejor a través de sistemas como la mediación, que por medio de decisiones jurisdiccionales".

21 Cfr. CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica del estudio del derecho y del estado*. 2ª edición. Madrid, Editorial Trotta, 1999. pp. 271 y ss.

Así el Estado paulatinamente ha dirigido casi toda su política de justicia, siguiendo instrucciones de los soberanos privados como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a fomentar la utilización de sistemas de resolución de conflictos, en manos de los particulares para que sean informales, ágiles, eficaces, eficientes y reporten a ese Estado el menor costo posible. Por eso no es de extrañar que la Asamblea Nacional Constituyente acogiera y elevara a rango constitucional la actividad desempeñada por los particulares a través de la conciliación²² equiparando su función a la de los jueces.

Desde esta perspectiva, los mecanismos alternativos de solución de conflictos sirven en mayor medida para evitar pérdidas económicas a los empresarios y no para resolver los problemas de toda la comunidad, lo que explica que sea considerada como una justicia elitista. Lo que puede estar bien. Pero lo que no lo está es que se vendan y se promocionen los mecanismos alternativos con la idea falsa de que se quiere abrir espacios para que la población participe en la resolución de los conflictos, porque no es cierto.²³ Pues como he insistido, la voluntad necesaria para conciliar con una alta racionalidad es fácil encontrarla en los comerciantes y no en las personas del común, para quienes es difícil concebir el conflicto en términos de negocio.²⁴ Esto porque en los grandes conflictos de las empresas, a diferencia de lo que ocurre entre vecinos, la lógica que prevalece es la del negocio, la rentabilidad; en cambio en el otro se actúa según otro esquema si se quiere más humano, de las sensaciones y los sentimientos.

22 Sesión comisión 4 de abril. Asamblea Nacional Constituyente.

23 Cfr. CAPELLA, Juan Ramón. *Op. Cit.*, pp. 271 y ss.

24 Como dice García Márquez en su libro *el Amor en los Tiempos del Cólera*: "...es más fácil sortear los grandes conflictos que las miserias de todos los días".

Claro está que esa cruda realidad se oculta, apelando a sofismas, pues sin ningún pudor ni temor, se dice que la conciliación permite superar nuestro lastre cultural del litigio, o que gracias a ella, en virtud de que la soberanía reside en el pueblo, el colombiano participe en el cumplimiento de este cometido estatal mediante la negociación y logre una verdadera resolución pacífica de los conflictos. Gracias a tal pensamiento fueron expedidas las leyes 446 de 1998 y 640 de 2000 que consagran disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

Es una verdad inocultable la regla que permite que la permanencia de los Estados y, porqué no, de todos los hombres, es la existencia de mecanismos eficientes y eficaces que permitan la solución de los conflictos. Del mismo modo, no puede negarse que en Colombia no se ha cumplido con esa misión, degenerando en manifestaciones continuas de autodefensa. También parece ser verdad que una de las razones de esto es la gran congestión de los despachos judiciales, ya que el número de conflictos que día a día conoce la jurisdicción no alcanzan a ser solucionados en el menor tiempo posible. Por todo ello es más que entendible y legítimo que se implementen políticas y acciones dirigidas a procurar la descongestión judicial. Para hacerlo no puede pensarse que sólo existe la privatización de la justicia, o entregarles a los particulares la solución de los conflictos, pues esta loable finalidad también se puede lograr incrementando el número de juzgados o agilizando los procedimientos, haciéndolos más expeditos. Por eso la desjudicialización, no es la única salida del atolladero.

¶ 2.2. La conciliación como mecanismo alterno de solución de conflictos

La conciliación es definida por la Ley como un acuerdo de voluntades que hacen dos personas para terminar una controversia, ante un sujeto que actúa como conciliador.²⁵ Así entendida, no implica el ejercicio de una actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador no interviene en el conflicto para imponer a las partes la solución, pues éste se limita a acercar a las partes para que sean ellas las que logren la solución mediante el reconocimiento voluntario de los derechos ajenos y de las propias obligaciones. Por tanto, el conciliador presencia y registra el acuerdo a que han llegado éstas.

25 La Ley 446 en su artículo 64 define la conciliación: 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.

Además, bajo esa concepción, se ha dicho en forma reiterada por la doctrina y la jurisprudencia que la conciliación reporta inmensas bondades, en una visión bastante optimista, porque “ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir al proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial”; “constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad”; “es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones”.

Se agrega, además, que esta institución se encuentra reglada por el legislador en varios aspectos, tales como: las autoridades o sujetos competentes para intervenir en ella y las facultades que tienen las partes; las clases o tipos de conciliación admisibles y los asuntos susceptibles de ser conciliados, así como las condiciones bajo las cuales se pueden presentar peticiones de conciliación, los trámites que deben surtir y las consecuencias que se derivan de la renuncia a intentarla y la formalización del acuerdo total o parcial entre las partes o la ausencia de éste.

No se puede negar que lo anterior sea cierto, pero también lo es que dicha visión resulta incompleta y en honor a la verdad debe completarse con una más realista, como quiera que muchas veces no ocurren las condiciones positivas sino que existen circunstancias que impiden que exista un “criterio pacifista” entre las partes y que no se logre “la descongestión de los despachos judiciales” porque no llegan a ningún acuerdo. De esta manera, pienso que se puede intentar integrar la visión positiva con aquella que permita una actuación más fuerte del conciliador acogiendo otra interpretación del mencionado artículo 116 y se le otorguen al conciliador todos y cada uno de los poderes de la jurisdicción, como lo prevé la Constitución en este mismo artículo, que en forma excepcional autoriza a los particulares para que puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores habilitados por las partes dentro de los límites que determine la ley. Se interpreta y se explica esto “bajo la perspectiva de que aquella institución comporta una forma de composición de un conflicto jurídico, que por sus efectos y resultados prácticos se equipara a la solución que resulta del pronunciamiento de la sentencia, luego del trámite procesal correspondiente”.

De acuerdo con el artículo 3° de la Ley 640 la conciliación puede ser de distintas clases o formas:

Artículo 3°. Clases. La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores en centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad. Esta conciliación se intenta con la finalidad de evitar un litigio, de prevenirlo. Esta modalidad es la que generalmente se acostumbra tramitar ante los centros de conciliación y se realiza obligatoriamente como requisito previo a la iniciación de un proceso judicial. La conciliación extrajudicial tiene como finalidad servir de filtro jurídico, de tal manera que a los jueces solamente lleguen los conflictos en los cuales definitivamente no haya sido posible obtenerse un arreglo.

La conciliación judicial es aquella que tiene lugar dentro del proceso judicial correspondiente, sea como instancia obligatoria, sea como mecanismo voluntario. Esta conciliación, de acuerdo con la Ley 640 sólo debe hacerse cuando la pida la parte demandante, ya que su realización debe hacerse antes de presentar la demanda. Inicialmente, el artículo 101 del C. de P. C. la consagró como instancia obligatoria en todo proceso ordinario y abreviado. Posteriormente, el artículo 6º del Decreto 2651 de 1991 extendió dicha conciliación para todo tipo de procesos de carácter civil, comercial y de familia, cuyas pretensiones totales o parciales sean susceptibles de resolverse por transacción. Igual previsión se hizo para los procesos contencioso administrativos que se originen en acciones de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado. Así mismo, estableció dicho mecanismo como obligatorio en todo proceso arbitral.

El primer modelo es el que en Colombia ha hecho carrera, porque se sostiene en forma mayoritaria, por la doctrina y la jurisprudencia, que esta persona habilitada por las partes es pasiva frente a la lucha de éstas, en el entendido de que su función consiste solamente en acercarlas para que ellas terminen con su diferencia mediante un acuerdo de voluntades; el cual llamaremos *Conciliador-Mediador*. Modelo que está en crisis, porque su limitada intervención lo ha llevado a que no logre los fines para los que fue instituido. Así, parece que la conciliación como *condición de procedibilidad* lejos de lograr descongestionar los despachos judiciales y erradicar la cultura del litigio ha producido el efecto contrario, pues ha agravado el problema, porque tal condición previa no es más que un requisito que demora e incrementa el costo de acudir a la jurisdicción, pues de ordinario quienes asisten a la audiencia de conciliación no tienen ni el interés ni tampoco la voluntad de terminar el conflicto por esta vía, sino que sólo van con el ánimo de agotar una etapa más para poder acudir al juez, perviviendo así la cultura del litigio y la congestión de los despachos judiciales, porque la idiosincrasia colombiana (cultura en general) es el mayor obstáculo, no tanto porque falte educación, sino porque circunstancias de orden histórico, geográfico y climático, por sólo citar algunas, hacen que prime sobre la razón, el arbitrio sensible e irracional.

Por consiguiente considero que para superar esta situación y lograr que la conciliación sea un mecanismo útil para descongestionar los despachos judiciales en forma efectiva y definitiva, el modelo tiene que cambiar, el conciliador no puede ser más un facilitador en la audiencia, donde el desenlace queda a la disposición de las partes. Es necesario que en la conciliación extrajudicial,²⁶ el particular cuando actúa como conciliador debe realizar funciones jurisdiccionales, actuar según otro modelo, que llamo *Conciliador-Juez*, porque frente a una situación de total antagonismo, se necesita que el conciliador decida, exprese su voluntad asignando los derechos y las obligaciones en disputa con los efectos propios de la conciliación, esto es, cosa juzgada y título ejecutivo.

De esta manera, la conciliación realizada por el particular logrará un arreglo definitivo en un proceso rápido y expedito. Así con este perfil no sólo cambia la naturaleza jurídica de la conciliación que pasaría de ser un mero procedimiento a ser un proceso,²⁷ sino su tarea, pues el conciliador dejará de intervenir sólo para convencer con buenas razones a las partes involucradas en el conflicto, para que en ejercicio de su libre albedrío decidan «deponer sus armas» en aras de la paz social, sino que éste debe ser un juez como lo establece la Constitución en el artículo 116.

Pero en honor a la verdad y a la realidad, entre estos dos modelos antagónicos de la función del conciliador, existe otro que llamo *Conciliador-Instructor*, quien sin decidir como lo hace la segunda figura, exige que las dos partes no solo expongan las razones y fundamentos que invocan para sustentar sus posiciones, sino que además presenten las pruebas, y se proceda al decreto y práctica de las que las partes soliciten o él considere necesarias y proponga, finalmente, fórmulas de arreglo que hagan posible la solución de la contienda.

3. EL PROBLEMA DE LA CONCILIACIÓN PARA QUIEN ACTÚA MOVIDO POR SUS IMPULSOS EGOÍSTAS

El problema que se quiere resolver como ya se ha anunciado, consiste en encontrar un instrumento que permita lograr armonizar dos finalidades de la conciliación que parecen antagónicas: por una parte la descongestión de los despachos judicia-

26 Debe recordarse que no existe una única conciliación, sino que existe la conciliación judicial (artículo 101 C. P. C.) y la conciliación extrajudicial (leyes 446 y 640).

27 Entiendo por procedimiento el conjunto de etapas y de actividades que deben cumplirse con el fin de producir un acto jurídico donde participan uno o máximo dos sujetos. Por proceso entiendo también esa serie de actividades con el fin de producir un acto llamado sentencia; pero con la diferencia que en él participan tres sujetos, teniendo uno de ellos la calidad de heterocomponedor.

les que está pensada sobre la base del acuerdo y, por otra, la creación de un espacio donde las partes dialoguen sobre sus conflictos sin ser necesario la solución del mismo.

Este asunto puede resolverse y lo haré siguiendo a Kant en *La Paz Perpetua*,²⁸ el cual plantea en ella un problema fundamental en la teoría política y que lo aplicaré a la conciliación. En efecto, es posible pensar que los colombianos desean la conciliación para la solución de los conflictos, pero cada uno de ellos, en su interior, se inclina a perseguir sus impulsos egoístas. Entonces para dominar éstos es necesario a parte de la conciliación el otorgamiento de atribuciones jurisdiccionales al conciliador y de esta manera se pueda fomentar y garantizar la paz para que “el derecho conserve al fin la supremacía”. De esta manera se logra la descongestión de los despachos judiciales a través del *Conciliador-Juez* con quien es admisible pensar en que siempre que haya una conciliación habrá una terminación de la controversia.

Dicho modelo se encuentra consagrado en la Constitución al establecer que, cuando el particular actúa como conciliador cumple funciones jurisdiccionales, lo cual significa que éste, no solamente realiza una actividad como director del método autocompositivo, sino que le atribuye la función de decidir, de imponer la solución del conflicto.

Pero esto no debe causar sorpresa, porque es habitual que en Colombia el legislador o constituyente aunque copien instituciones de otros países, les introduzcan matices o cambios que hacen de las mismas, sistemas y figuras particulares. Esta especificidad que se le da a las instituciones, que se toman de otras legislaciones, hace que ellas no puedan ser entendidas de la misma manera que aquellas que les sirvieron de modelo, sino de otra forma. Al respecto se pueden hacer dos lecturas. Una, que es un error del legislador o constituyente, por tanto se debe subsanar la inconsistencia y entender la institución en su sentido original; por el contrario, otra, considera que no existe tal error y es necesario construir una nueva teoría que sirva para explicar la singularidad de la institución.

Para sólo citar dos ejemplos del derecho procesal: el sistema acusatorio introducido por el constituyente de 1991²⁹ según el modelo americano³⁰ en el cual existe

28 KANT, Immanuel. *La Paz Perpetua*. Traducción Rivera Pastor. México, Editorial Porrúa, 1985. p. 233.

29 Ahora modificado por el Acto Legislativo N.º 3 de 2002.

30 Claro, no estoy diciendo que el sistema acusatorio haya sido creado por los americanos, pues como se recordará se remonta a la Grecia Antigua y al imperio romano.

una separación entre las funciones de acusar y juzgar, le dio un significado distinto al concebirlo con un carácter mixto, por tanto, a la Fiscalía, aunque cumple las funciones de parte acusadora, como titular de la pretensión punitiva, también se le asignaron ciertas funciones jurisdiccionales.³¹ Otro ejemplo, lo encontramos en la jurisdicción administrativa, una institución que nació de la influencia que ejerció el derecho francés, presenta diferencias estructurales y definitivas con la justicia administrativa francesa y española, las cuales solo juzgan actos administrativos; mientras que la nuestra juzga además de estos, las acciones o las omisiones de la administración.

Sea como fuese, no se trata aquí de asumir una crítica sobre este aspecto; sino de poner en evidencia que nuestro constituyente tanto el de 1991 como el del Acto Legislativo Número 3 de 2002³² entendió que el particular cuando actúa como conciliador está investido transitoriamente de la función de administrar justicia, o sea que, cumple las funciones de un tercero, un heterocomponedor con la misión de resolver el conflicto. Se lee en el artículo 116 de la Constitución:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de... conciliadores... en los términos que determine la ley. (Subrayas propias)

Por su parte el artículo 13 de la ley estatutaria de la Administración de Justicia (L. E. A. J.) es más claro al respecto y dice:

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: (Subrayas propias)

31 Para la Corte Constitucional la Fiscalía cumple la función jurisdiccional cuando: a) expide medidas de aseguramiento que restringen la libertad del investigado, como la detención, la conminación, la caución, para asegurar su comparencia en el proceso; b) resuelve la situación jurídica del indagado; c) califica el mérito del sumario dictando resoluciones de acusación ante los jueces al presunto responsable de un hecho punible. Para la Corte, la Fiscalía como jurisdicción, interpreta la ley y le da aplicación en casos particulares y concretos, “dirime conflictos”, y, aplica el derecho a casos específicos, por eso cuando así actúa son jueces y, como tales, deben ser independientes y autónomos en las decisiones que adopten en el desarrollo de la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-558 del 6 de diciembre de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Pero en sentido estricto la Corte no tiene razón, porque la Fiscalía sólo es juez, cuando decide en el caso que dicte medidas cautelares o de aseguramiento, en las demás obra como parte acusadora.

32 En el Acto Legislativo N.º 3 de 2002 en este aspecto se repitió el contenido del artículo 116 de la Constitución.

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

Así de la simple lectura de las normas anteriores se puede colegir que el particular cuando ejerce las funciones de conciliador es un juez y como tal, debe cumplir una función básica: ser un tercero imparcial que no solo trata de acercar a las partes, sino que decide, impone la solución al conflicto.³³ De tal suerte, el particular actúa como conciliador, gracias a una disposición expresa y explícita de la Constitución, es un juez quien realiza en forma transitoria una labor heterocompositiva.³⁴

Esta interpretación que aquí se defiende (el particular cuando actúa como conciliador, es juez) se ajusta a la finalidad, de la Ley 640 que obliga a la celebración de una conciliación como condición previa a la presentación de la demanda para los litigios civiles y de familia para descongestionar los despachos judiciales; porque debe impedirse su fracaso, que las partes no lleguen a ningún acuerdo que ponga fin al conflicto, pues si no es así, será conocido por la jurisdicción, atiborrando los despachos judiciales, infringiendo la finalidad de la ley.

Por consiguiente, me parece equivocado el pensamiento según el cual sólo existe un rol para el conciliador como *Conciliador-Mediador* en el marco de la conciliación previa a la demanda para la descongestión de los despachos judiciales. Esta problemática no debe ser solucionada únicamente proporcionando más *tutela judicial*, más jueces, pues ocasiona mayor litigiosidad y dilación en el tiempo para resolver los conflictos, sino que se debe facilitar el acceso a la justicia mediante la consagración de una amplia gama de posibilidades para la actuación como los que existen en el sistema norteamericano,³⁵ que varían según el tipo de intervención y las funciones

33 Vale la pena citar aquí que la profesora Julia Montaña tiene otra visión y sostiene que la función de administrar justicia es una cosa distinta a ejercer la función judicial. Ya que esta se refiere más que todo al cumplimiento de una actividad administrativa.

34 Concibo al conciliador desde esta perspectiva como alguien que al igual que el juez de paz establecido en la Ley 497 desarrolla dos actividades una de conciliación o autocompositiva, y otra de sentencia o resolutive.

35 Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-1195/01, del 15 de noviembre de 2001, Ponentes: Cepeda Espinosa y Monroy Cabra.

que realice el tercero. Como la *facilitación*,³⁶ la *conciliación*,³⁷ la *regulación negociada*,³⁸ la *evaluación neutral previa*,³⁹ el *descubrimiento de hechos*,⁴⁰ el *defensor de usuarios, consumidores o empleados*,⁴¹ el *mini juicio*,⁴² el *proceso abreviado ante jurado*,⁴³ la *administración del proceso*,⁴⁴ el *arreglo judicial negociado*,⁴⁵ el *arbitraje no vinculante*,⁴⁶ la *mediación-arbitraje*.⁴⁷

36 Donde el tercero se limita a reducir los obstáculos de comunicación, para permitir que las partes expongan su versión de la disputa y expresen sus posiciones e intereses con el fin de que se puedan identificar rápidamente las áreas de acuerdo y desacuerdo entre las partes.

37 Donde el tercero facilita el diálogo y propone fórmulas de arreglo que las partes pueden o no aceptar.

38 Que es utilizada por gremios o grupos enfrentados para acordar nuevas reglas de juego y promover la autoregulación especialmente en materia de seguridad laboral y ambiental.

39 Donde el tercero, un abogado con mucha experiencia que evalúa cada posición dentro del caso, identifica los elementos comunes, las posibilidades legales de cada pretensión y luego comunica sus conclusiones a las partes, usualmente por separado y estas pueden así encontrar la solución de conflictos los comerciales complejos.

40 Donde el tercero indaga sobre los hechos que originan el conflicto, los examina y propone una conclusión a las partes, quienes pueden acogerla o rechazarla.

41 Donde el tercero recibe quejas por productos o servicios defectuosos o, incluso, excepcionalmente peticiones de los mismos empleados de la compañía y así proponer alternativas que permiten modificar a los sistemas de administración de la compañía.

42 Usado principalmente para solucionar conflictos entre grandes corporaciones o entre corporaciones y agencias gubernamentales, a través del cual los abogados de cada parte presentan versiones resumidas del caso ante las directivas, o las personas con capacidad de decisión en la respectiva corporación, bajo la moderación de un asesor neutral, normalmente un juez retirado, en sesiones de un día o dos. Al final de estas sesiones, las directivas tratan de negociar una solución y en caso de no lograrlo, el asesor neutral puede promover una mediación o recomendar una fórmula de arreglo específica. Este mecanismo permite a los directivos un examen breve de su situación y posibilidades de éxito en caso de acudir a la justicia para resolver la disputa.

43 En este se intenta identificar los posibles resultados de un juicio ante un jurado simulado, el cual evita juicios largos en casos complejos, mediante audiencias breves ante un panel de jurados asesores que emiten una decisión no vinculante y explican a las partes los factores que los llevaron a esa decisión.

44 Aquí el juez y las partes examinan preliminarmente los asuntos en discusión, acuden a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, el volumen de pruebas que se presentarán, el orden de discusión de los asuntos, la eliminación de cuestiones no relevantes o su postergación a una etapa posterior y el tiempo requerido para cada etapa del proceso, reduciendo el caso a los asuntos más relevantes y acordar un plan, un calendario aproximado con tiempos procesales cortos para la resolución del mismo.

45 En este mecanismo las partes acuden por recomendación del juez que está a cargo del caso o a iniciativa de las partes, ante un juez distinto que actúa como facilitador para buscar una solución negociada. Este nuevo juez actúa como mediador, promueve la comunicación entre las partes y ofrece asesoría neutral con el fin de terminar el proceso mediante la firma de un acuerdo. Si tal acuerdo no se logra, el proceso judicial continua su trámite.

46 Aquí la disputa entre las partes es sometida a un conciliador para que, con base en las pruebas y argumentos aportados por las partes, resuelva el conflicto por éstas, quienes pueden aceptar la solución o controvertirla ante una corte.

47 Donde el tercero resuelve la cuestión en caso de que ellas no logren un acuerdo. En ese evento, el tercero puede ser la misma persona que intenta mediar el conflicto y en caso de no lograrse el acuerdo, sustituye a las partes en la formulación de la solución que resulta vinculante para ellas.

Lo anterior, no significa que el conciliador cumpliendo sólo la función de acercar a las partes no haya servido para componer los conflictos. Sirve y es un instrumento muy útil. Lo que se quiere poner de presente, es que en los casos donde la conciliación ha operado, las partes involucradas en la pugna han actuado con una racionalidad especial que es envidiable, bien porque han entendido la sin razón de su disputa o porque comprenden que es mejor "un mal arreglo a un buen pleito", o porque prefieren un remedio rápido aunque injusto desde el punto de vista de sus intereses, porque la jurisdicción a veces es tan lenta que la solución no alcanza a serlo. Entonces, si lo que se quiere resolver es el problema de la cantidad, desde la sola óptica del rol del conciliador, haciendo de ésta la única posibilidad de todas las que existen, llegamos a la situación actual que ha convertido la conciliación como la condición de procedibilidad, en un requisito más. Pero si esto no basta para solucionar el problema urgente que padecemos, una de las vías es atribuirle al conciliador funciones judiciales en un corto camino del juicio, ajustando las exigencias de la celeridad con la ponderación. Colocar un punto intermedio entre hacer las cosas tal vez mal pero pronto, que hacerlas bien pero muy tarde.

Así pues, si la razón no llega, la conciliación no cumple con aquella finalidad de descongestionar los despachos porque el conflicto deberá ser resuelto por un juez. Por eso si en realidad lo que se quiere con la conciliación es lograr ahorros para el Estado, no puede siquiera pensarse en que fracase, en que las partes no lleguen a ningún acuerdo que termine con el conflicto, pues si esto puede pasar, que los conflictos no se solucionen en la cantidad querida o deseada, deben introducirse modificaciones, y considero aquí que la más importante sería aquella que se encuentra en la Constitución: convertir al particular, cuando actúa como conciliador, en juez; un heterocomponedor que decida sobre cómo debe ser solucionado un conflicto.

Pensar así es mucho más realista que creer que de buenas a primeras el colombiano puede racionalizar las dificultades, dejar de ser aquel sujeto de reacciones primarias, tropicales, para convertirse en aquel flemático regido por la ética protestante que usando la razón entiende la conveniencia de solucionar los problemas. Porque como lo expresó Hanna Arendt,⁴⁸ el comportamiento y los argumentos en los conflictos de intereses no se caracterizan por su racionalidad. Nada ha sido tan refutado como el credo del "ilustrado interés propio". Pues la experiencia nos enseña que va contra la verdadera naturaleza del interés propio el ser ilustrado o racional. El interés propio, cuando se le pide someterse al "verdadero" interés (es decir al interés racional del mundo distinto del interés del yo) siempre replicará: cerca está

48 Cfr. ARENDT, Hanna. *Crisis de la República*. Madrid, Editorial Taurus, 1998. p. 177.

mi camisa pero más cerca esta mi piel. Esto puede que no sea racional, pero muy realista, es la no muy noble pero adecuada respuesta al conflicto entre las vidas particulares de los hombres y la diferente esperanza que puede depositar la esfera pública. Esperar que los hombres, de los cuales no puede esperarse mucho, porque entre otras cosas, tienen muy poca noción de lo que es la cosa pública, se comporten en forma pacífica y racional en los conflictos no es realista ni razonable.

No puedo ocultar que con esta tesis, por la sumariedad del *proceso de la conciliación*⁴⁹ es posible que se desconozcan derechos materiales y procesales, pues las carreras pueden originar que se desatienda el tiempo necesario para una decisión prudente; pero es ese tiempo de demora, la causa de la congestión judicial, que hace a la sentencia ineficaz por "llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto".⁵⁰

3.1. El conciliador como administrador de justicia

El particular cuando actúa como conciliador está investido transitoriamente de la función de administrar justicia, o lo que es lo mismo, cumple las funciones de un tercero heterocomponedor. Se lee en el artículo 116 de la Constitución:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de... conciliadores... en los términos que determine la ley. (Subrayas propias)

El particular cuando actúa como conciliador no sólo debe acercar a las partes para que lleguen a la solución del conflicto, sino que, también, cumple la función de juez realizando en forma transitoria una labor de heterocomponedor. Pero para que el conciliador pueda actuar así, se requiere que las partes lo habiliten. Porque la ley que regula la conciliación, no establece esta función para el conciliador; por ello para que éste sea un juez se necesita echar mano de otra ley; de aquella que faculta a las partes a que encuentren la fórmula indicada para solucionar los conflictos.

La conciliación así entendida supone una derogación de la jurisdicción en favor de un particular por los sujetos en controversia, mediante la cual determinan *voluntariamente* que su diferencia no será resuelta por los jueces, sino por un particular a

49 Es preciso aclarar que se considera la conciliación como un proceso, porque la función de éste es heterocomponedor. Porque, si el conciliador no actúa con dicha calidad, la conciliación solo podrá ser entendida como un procedimiento.

50 El comentario es de Chioveda citado por Calamndrei, en el texto *Las Providencias Cautelares*.

quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias: *poder habilitante de las partes* (*Pacto de Conciliación*).

Por eso los sujetos involucrados en un conflicto pueden habilitar al conciliador para resolver la controversia siempre y cuando la misma sea transitoria y para un caso concreto que sea un asunto transigible. Por consiguiente, el poder habilitante se encuentra limitado no sólo por un límite temporal, sino también material, demarcado por los asuntos que son susceptibles de ser resueltos por particulares, es decir, aquellas que pueden ser objeto de transacción, como los derechos patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición; que frente a ellos exista la libertad de renuncia total o parcial. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia se define por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible —capacidad legal de disposición—. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.⁵¹

3.2. El debido proceso del proceso ante el conciliador-juez

El debido proceso, es un conjunto de garantías o principios que deben cumplirse en las actuaciones que se rigen por los procedimientos, ya que éstos están diseñados para proteger los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica que va a ser juzgada por la autoridad judicial o administrativa, la cual conducirá a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción. En esencia, el derecho al debido proceso defiende y preserva el valor justicia.

Del artículo 29 de la Constitución y de otras disposiciones conexas (artículo 13 igualdad, 28 libertad, 229 acceso a la justicia, y 230 imparcialidad e independencia del juez), se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de

51 Existe un principio general el cual reza: se podrá transigir sobre lo que se puede disponer, este principio se encuentra desarrollado por el Código Civil Colombiano, pero con respecto a la prohibición de las materias que no se pueden transigir, hay que atenerse a lo preceptuado en nuestro ordenamiento civil colombiano, el cual prohíbe transigir en asuntos que graviten sobre el estado civil de las personas (art. 2473), los derechos ajenos inexistentes (art. 2475), «las leyes en cuya observación están interesados el orden público y las buenas costumbres» (art. 16 ibidem). Nos permitimos en este punto a los asuntos que son conciliables, pues parten del mismo supuesto que es la disponibilidad del objeto. De manera que todo aspecto relativo al orden público y lo que corresponde en forma exclusiva e indelegable a la rama jurisdiccional, no puede someterse al arbitraje, y en consecuencia es materia vedada a los conciliadores.

principios dirigidos a proteger al sujeto procesal de la arbitrariedad de la autoridad que va a resolver sobre la situación concreta en un proceso⁵² y, además, que las desigualdades en el trato que afectan a las partes en el proceso sólo se justifican en la medida en que se instituyen para lograr el real equilibrio entre ellas. De tal manera, la desigualdad en el trato procesal está en beneficio de aquellos integrantes de la sociedad menos privilegiados. Estos principios constituyen el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, y además, son un criterio de interpretación, creación e incluso de legitimación de todo proceso y procedimiento. Así las cosas, los principios sirven para encauzar las discusiones en la elaboración de la Carta Fundamental, la ley y la sentencia. Existe una íntima relación entre la norma que regula un procedimiento y el principio, al punto que la norma procesal, como dice Couture,⁵³ sólo puede ser entendida en tanto sea fiel al principio que encierra y desarrolla. Así el artículo 75 del Código Procesal Civil, que contempla los requisitos de la demanda, sólo puede entenderse si se tiene claridad sobre los principios de justicia que ella desarrolla.

El proceso y el procedimiento serán justos sólo cuando desarrollen los principios de justicia acordados por la comunidad política. Estos principios del proceso son directrices básicas para todos los operadores jurídicos, legislador, juez o particular.⁵⁴ Pero los principios, no se circunscriben sólo a ser directrices, ellos son la justicia misma del proceso, procedimiento y pacto conciliatorio, de suerte, que éste será justo, en tanto las normas que lo consagren hayan seguido las orientaciones de los principios, así mismo un proceso lo será, en cuanto los sujetos del proceso (juez y partes) hayan seguido actuado conforme a los principios de justicia.⁵⁵

Entiendo que una conciliación será justa cuando cumpla las reglas del debido proceso. Puede criticarse diciendo que ella lejos de proteger la justicia, lo que hace es legitimar el ejercicio del poder, por quien tiene a su disposición el derecho. También se puede decir que esta postura es un desarrollo de aquella doctrina que pregona por una justicia formal y no material.

Frente a lo anterior, la respuesta que se puede dar es que los derechos y las obligaciones, que se refieren a la distribución de las ventajas que la vida social

52 Sentencia C-214/94 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

53 Dice COUTURE: No sólo la ley procesal debe ser fiel interprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial el de la acción, la defensa, la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Tercera edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989. p. 21.

54 Cfr. VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*. 2ª edición. Bogotá, Editorial Temis, 1999. p. 96.

55 Cfr., ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid, Editorial Trota, 1995. p. 110.

proporciona, no son creados por el juez en el proceso, sino por la ley. En efecto, si se piensa en una ley injusta, por ejemplo, una que restrinja el tráfico jurídico, diciendo que aquellas personas que no son propietarias de un inmueble no pueden celebrar contratos, y en un proceso se discute sobre la validez de un contrato celebrado por una persona en estas condiciones, el juez, en lo que atañe al proceso, a los requisitos y trámites debe velar porque se cumpla con esos principios de justicia. Estando el problema de si existe o no justicia en el derecho material discutido, por fuera del proceso. Por eso puede llegarse al absurdo de que un proceso sea justo por el respeto de los principios, mas la decisión sea injusta y por serlo la distribución de los derechos. Esto no quiere decir que el ordenamiento frente a situaciones como la planteada no establezca remedios, válvulas de escape que permitan al juez tomar una decisión conforme a los principios de justicia del derecho material.

Entonces, la justicia que atañe al proceso, es el cumplimiento de unos principios, y la justicia del derecho material, civil, administrativo o laboral, predicable sólo cuando se cumpla con otros principios distintos a los procesales. Así, frente a las situaciones en las cuales un proceso es justo, pero no el derecho material que va a decidirse, no permite atribuir al proceso, al juez y al conciliador connotaciones que no le incumben a ellos.

CONCLUSIÓN

Pensar la conciliación de una sola manera, donde existe un solo tipo de conciliador no permite el desarrollo de esta institución, porque la limita a la buena voluntad que pueden tener las partes involucradas en el conflicto, lo que es problemático debido a que un pueblo como el colombiano caracterizado por asumir comportamientos pasionales alejados de la racionalidad que se necesita para lograr el acuerdo.

Debido a esto la investigación se plantea para desarrollar una faceta de la conciliación que hasta el momento considero que no ha sido trabajada a profundidad que es el rol del conciliador.

Aquí en el texto, planteo una interpretación del artículo 116 de la Constitución que le atribuye a los particulares la función de administrar justicia en un sentido casi exegético pero ello tiene la finalidad de generar más que un convencimiento de esa tesis a que se abra la discusión sobre la existencia de otros modelos según las condiciones de los conflictuantes. Además para poner de presente que atribuirle a la conciliación exclusivamente la función de descongestión de los despachos judiciales es una finalidad que desconoce el objeto de la conciliación, el cual no es otro que ser un espacio que permita el diálogo sin interesar el resultado, esto es, el posible acuerdo que ponga fin al conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁZAMORA, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución a los fines del proceso)*. México, Universidad Autónoma, 2000.
- ARENDETT, Hanna. *Crisis de la República*. Madrid, Editorial Taurus, 1998.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida (Una aproximación histórico-teórica del estudio del derecho y del estado)*. 2ª edición. Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- COUTURE. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Tercera Edición. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989.
- GARCÍA, Rosario. "Acceso a la Justicia y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos". En *Revista El Otro Derecho*. No. 15, año 2000.
- HOBBS, Thomas. *El Leviatán (o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil)*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- KANT, Immanuel. *Ideas para una historia en clave cosmopolita*. Traducción Roberto Aramayo. Editorial Tecnos, 1997.
- _____. *La Paz Perpetua*. Traducción Rivera Pastor. México, Editorial Porrúa, 1985.
- MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*. Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- OST, François. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". En *Revista Doxa* No. 14, Madrid, 1993.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*. 2da edición. Bogotá, Editorial Temis, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid, Editorial Trota, 1995.