Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que "los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables."

Bibliotecas Bucaramanga
Universidad Santo Tomás

La Transformación Del Derecho Procesal En La Conciliación Extrajudicial En Colombia

"Una reflexión teórica entorno a las cargas procesales y la adecuación de su naturaleza jurídica al procesal-constitucional"

Iván Darío Buenahora Galvis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Magíster en Derecho

Luisa Fernanda Garcia Salazar M.g
Directora de Tesis

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga
División De Ciencias Jurídicas Y Políticas
Facultad De Derecho
Maestría En Derecho
2017

Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga

Posgrado: Maestría en Derecho

Hoja De Aprobación De Tesis

La Transformación Del Derecho Procesal En La Conciliación Extrajudicial En Colombia

"Una reflexión teórica entorno a las cargas procesales y la adecuación de su naturaleza jurídica al procesal-constitucional"

Iván Darío Buenahora Galvis

Luisa Fernanda García Salazar, Mg. _____
Máster en Derecho de Empresa,
Especialista en Conciliación, negociación y Arbitraje
Directora de Tesis

Jurado. _____

Jurado. _____

Bucaramanga, Enero de 2017

CONTENIDO

Introducción……..……9

CAPITULO I. LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL (Aspectos Tradicionales)

1.1 Aspectos Generales de la Conciliación Extrajudicial…….14
1.2 Antecedentes Históricos de la Conciliación Extrajudicial……..……16

1.2.1 Antecedentes Generales……...……....16

1.2.2 Antecedentes en Colombia……...19

1.3 Reflexiones de Derecho comparado de la Figura de la Conciliación Extrajudicial….……...24

1.4 Los Principios de la Conciliación Extrajudicial en Colombia…….....26

1.5 Los Fines de la Conciliación Extrajudicial – Acceso a la Justicia……...33

1.6 Características de la conciliación como acto jurídico sustancial ……...…...……..…..23

1.7 Asuntos conciliables.……..…35

1.8 La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en Colombia..…...…..38

1.9 Aspectos Generales del trámite conciliatorio extrajudicial……..43

CAPITULO II – REFLEXIONES DESDE LAS DIFERENTES ESCUELAS Y TEORÍAS DEL DERECHO, FRENTE A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL…….…45

CAPITULO III – EL CONFLICTO Y LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

3.1 El conflicto y el caos…….…..51

3.2 El conflicto que permite la transformación…….…….……53

3.3 La conflictividad y la comprensión del conflicto…….……...54

3.4 Sistemas de Resolución de Conflictos…….……56

3.4.1 Autotutela o Autodefensa……..……57

3.4.2 Autocomposición……....…..57

3.4.3 Heterocomposición……...……58

3.5 La Conciliación Activa y el conflicto en su contexto……..…..…..59

CAPITULO IV – ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL: EL DESARROLLO DE LA TEORÍA PROCESAL EN LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL……...…….64

4.1 La filosofía del Derecho Procesal……..…..65
4.2 Los principios y su relación con la filosofía del Derecho Procesal…….67
4.3 La realidad de la filosofía del Derecho Procesal…….....68
4.4 La Ontología de la filosofía del Derecho Procesal……..…70
4.5 La Hermenéutica en la filosofía del Derecho Procesal…….….71
4.6 Definición de Derecho Procesal…….….72
4.6.1 Características del Derecho Procesal……..73
4.7 La Teoría General del Proceso en la Conciliación Extrajudicial……74
4.8 Perspectivas de la naturaleza jurídica de la conciliación. ……..76
4.8.1 Perspectiva Procesalista. ……76
4.8.2 Perspectiva Negocial……..….78
4.8.3 Perspectiva Jurisdiccional……79
4.8.4 Perspectiva Mixta o ecléctica……..79
4.9 Generalidades de la conciliación en las distintas áreas del Derecho, desde el ámbito procesal……....80
4.9.1 Fuentes del Derecho Procesal en la Conciliación…….85
4.9.2 La acción en la Conciliación……85
4.9.3 La pretensión en la Conciliación……..……87
4.9.4 El conciliador y sus poderes…….…87
4.9.5 Los sujetos procesales en la Conciliación……91
4.9.5.1 Las partes…….……91
4.9.5.2 Las otras partes ……...……93
4.9.5.3 Los terceros …….……95
4.9.5.4 El conciliador ……...……95
4.9.5.5 El apoderado ……...……96
4.9.6 Los Actos Procesales de la Conciliación…….…….96
4.9.6.1 Actos procesales de Introducción en la Conciliación……..……98
4.9.6.2 Actos procesales de Comunicación en la Conciliación……...…..101

4.9.6.3 Actos procesales de Instrucción en la Conciliación…….……102
4.9.6.4 Actos procesales de Decisión en la Conciliación…….…103
4.9.6.5 Actos procesales de Impugnación en la Conciliación……..……104

CAPITULO V – LA INCIDENCIA DE LAS NORMAS DE DESCONGESTIÓN EN EL DESARROLLO DEL INSTITUTO……..107
5.1 Desarrollo Procesal de la descongestión judicial…….…107
5.2 Análisis de fiabilidad de las normas procesales frente a la descongestión……..114
5.3 La demora al acceso a la justicia, por la conciliación extrajudicial…….119
5.3.1 Análisis de caso, sobre la demora en el acceso a la justicia, por la procesabilización de la conciliación extrajudicial……..…....121
5.4 Recomendaciones respecto al acceso a la justicia y los MASC……124

CAPITULO VI- REFLEXIÓN ENTORNO A LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL CONSTITUCIONAL. (Conclusiones)…….127

BIBLIOGRAFIA……140

Lista de Tablas

Tabla 1. Cuadro Comparativo de las legislaciones en materia de Conciliación extrajudicial en Latinoamérica. …….…… 25

Tabla 2. Conciencia del conflicto …….. 55

Tabla 3. Cuadro Comparativo procesos judiciales y solicitudes de conciliación, frente a la variación normativa. 2001-2012 ……97

Lista de figuras

Figura 1: Conciliación Extrajudicial en Latinoamérica ……26

Figura 2. Trámite Conciliatorio …….……. 45.

Figura 3. Los Actos Procesales …….……97

Figura 4. Los Actos Procesales de la Conciliación …….106

Figura 5. Solicitudes de Conciliación 2001-2014 ……...111

Figura 6. Procesos Rama Judicial 2001-2014 ……112

Figura 7. Comparativo procesos rama judicial, frente a solicitudes de Conciliación 2001-2014 ……..113

Figura 8. El debido proceso y su relación con los principios de la conciliación …...…….132

Figura 9. La naturaleza jurídica tradicional, frente a la adecuación de la naturaleza jurídica procesal-constitucional. ……..139

La Transformación Del Derecho Procesal En La Conciliación Extrajudicial En Colombia

"Una reflexión teórica entorno a las cargas procesales y la adecuación de su naturaleza jurídica al procesal-constitucional"

Iván Darío Buenahora Galvis*

"Oh Creador inefable... Dame acierto al empezar,
dirección al progresar y perfección al acabar."[1]

Hacer reflexión formal sobre el Derecho luego de un proceso investigativo, busca desdibujar del autor, aquella frase que reseñará el escritor Samuel Aun Weor, al afirmar que. "él que se ríe de lo que no sabe y critica lo que no ha investigado, es o está en el camino de volverse idiota." (Weor, 1950), y con la idea de abandonar ese camino, el presente escrito reflexivo, llevará a mostrar una visión distinta de la conciliación extrajudicial en Derecho, en donde se le reconozca como institución propia, dignificante, frágil y pura, sin la necesidad de echar por la borda toda la trayectoria normativa, jurisprudencial, doctrinal y consuetudinaria que sobre la materia se ha establecido.

Es por ello, que la presente investigación, no tendrá el propósito de cambiar la conciliación en general, sino como su nombre lo ha indicado, identificar la transformación en alguna manera, y en alguna medida, apartándolo de aquella oscuridad o actuaciones reiterativas en las que en ocasiones puede recaer. Es ver el Derecho desde una óptica distinta, un poco más humana, real, directa, accesible y solucionador de las relaciones y conflictos sociales, sin recaer en los formalismos extremos propios de una disciplina que propende por el orden

*Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga 2010, Especialista en Derecho Procesal, Conciliador en Derecho, y formado como secretario de arbitramento, Docente Universitario, Investigador y Estudiante de la Maestría en Derecho USTA. Correo: ivanbuenahora@hotmail.com Bucaramanga, Colombia.

[1] Santo Tomás de Aquino, Fragmento de la Oración para antes del Estudio.

social, aunque con ello no se pretenda en ningún momento manifestar que las formalidades no sean importantes.

El arte de investigar, es precisamente inculcar el valor de proponer un cambio a lo que tradicionalmente se ha aceptado, aunque ello puede ser considerado por algunos como algo estúpido, ilógico e innecesario; sin embargo, si la academia y sus estudiosos no fueran los llamados a ello, el Derecho sería aún el desarrollado en el Tribunal Heliastico de la antigua Grecia, o a aquellos inicios de la conciliación extrajudicial en "los sistemas jurídicos de las primeras sociedades, al tiempo que fue desarrollada por los regímenes legales más evolucionados como el Romano, (ley de las doce tablas)."(Sentencia Corte Constitucional C-893, 2001), por ende es necesario adherirse a los que piensan que "el Derecho es el producto constante y espontáneo de los hechos" (León Duguit, 2001) y la conciliación extrajudicial al tener su núcleo esencial en la solución de conflictos, está más que expuesta a cambios y hechos espontáneos, que mediante un proceso reflexivo e investigativo de las realidades, puede sufrir trasformaciones como institución del Derecho.

Consciente de las limitaciones humanas en las que se puede caer, el presente estudio pretende mostrar un panorama de cambio, en donde el Derecho se vuelva efectivo para el conflicto del común y logre generar una descongestión judicial; carga que como se verá, se le ha impuesto a la conciliación extrajudicial, sin conocer de antemano si tenía las fuerzas suficientes de soportarla, por ello ha de buscarse presentar a la conciliación bajo un entorno libre, donde irradie todas las bondades que la misma trae para las relaciones sociales.

Este panorama de cambio solo será posible de asimilar, en la medida en que se identifique, y se logre entender "*el conflicto*" como la materia prima de la conciliación, se evidencie y se acepte el desarrollo procesal tradicional aplicado a la figura, la compatibilidad inicial de los

dos, y la necesidad de transformarlos ante la naciente institución del Derecho Procesal Constitucional.

Para hablar de transformación en el Derecho, se debe conocer en sí mismo lo que se pretende cambiar, por lo cual se debe formular la siguiente pregunta; ¿Cual Derecho es el que se pretende transformar?

Desde los inicios de la carrera universitaria, en las primeras clases, se impregnan aquellas teorías puras o incluso por algunos autores llamadas como impuras, que buscaron definir ¿Qué es el Derecho?, una básica y fundamental definición, es aquella que considera al Derecho como el "conjunto de normas jurídicas obligatorias que determinan las relaciones de los hombres con sus semejantes"(González Ramirez, 2010)manifestación cierta e irrefutable en sus inicios, pero definición que debió ser transformada constantemente a una nueva que abarcara más conceptos, es por ello que algunos autores "toman aspectos distintivos del derecho, y al jugar con ellos dan múltiples definiciones de este. Así por ejemplo, se define el Derecho como ciencia, como derecho natural, como Derecho – Pretensión, como derecho objetivo, etc."(Monroy Cabra, 2001), Kant reseña que el Derecho es "el conjunto de condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás según una ley general de libertad" (Kant, 1788). Con todo, al estudiar los orígenes de la definición de Derecho, se encuentran particularidades, que como bien se ha distinguido "tiende a regular conductas humanas, por medio de normas, buscando la realización de la justicia"(Monroy Cabra, 2001)

Y aunque en esta investigación no se pretende definirlo, redefinirlo o incluso transformarlo, si busca mostrar que aquellos institutos jurídicos procesales que lo componen

son susceptibles de cambio, dentro de ellos la Conciliación Extrajudicial, si las circunstancias así lo requieren o la necesidad implica retomar sus verdaderos orígenes.

Indudablemente en el derecho es aplicable aquella famosa frase del Filósofo Heráclito de Éfeso quien señalaba que "nadie se puede bañar dos veces en el mismo rio" debido a que en el derecho las corrientes no son las mismas, y constantemente son cambiantes y hasta evolutivas.

El presente trabajo de investigación busca además, responder a una de las metas fijadas para Colombia para el año 2019, respecto a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), en cuanto a la racionalización de la oferta del servicio de justicia, consistente en la consolidación normativa de las figura, y se propone como una de sus principales labores "(3) adecuar la naturaleza jurídica de las figuras y sus funciones a las necesidades actuales en materia de justicia".(DPN , 2008)

Plantear una reflexión teórica de una dinámica legislativa procesal tradicional, a una realidad procesal constitucional entorno a la figura, puede llegarse a establecer, cuando se logre conocer su definición tradicional, y a partir de allí concadenarlo al origen del conflicto y su incidencia en la aplicación de teorías procesales en la Conciliación Extrajudicial en Colombia, y solo al reconocer y aceptar la realidad procesal, permitirá evaluar si su desarrollo es acorde a los mandatos constitucionales de efectivización de Derechos, y llegado el caso, proponer reflexiones hacia una efectiva optimización de la Conciliación Extrajudicial que permita de mono natural, más no forzado, una verdadera descongestión judicial. Esto se conseguirá en la medida que se responda el problema de investigación de ¿Cómo incide la aplicación de las teorías procesales en la Conciliación Extrajudicial en Colombia, en el marco

de una Teoría Procesal Constitucional, como efectivización del Derecho y la descongestión judicial?

Responder a este desarrollo teórico e investigativo, ara necesario identificar los diferentes conceptos desplegados en torno a la conciliación extrajudicial tradicional, el conflicto, la influencia del Derecho Procesal, el análisis de efectividad actual, y el surgimiento del Derecho Procesal Constitucional, y de esta forma será planteado en los siguientes capítulos, aclarando al lector, que el problema no se solucionara de manera concreta desde cada concepción, si no en la construcción articulada que se logre hacer del temario que sería resolviendo paulatinamente en el escrito.

El desarrollo capitular, será quizás diferente al que tradicionalmente los estudiosos de la Conciliación Extrajudicial nos tienen acostumbrados, por cuanto no es el propósito del Autor, definir, identificar y clasificar los aspectos de la conciliación extrajudicial, los mismos de algún modo ya han sido definidos, identificados y clasificados, por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo se retomarán con el ánimo de ilustrar la figura, el análisis se centrará en aquello que a muchos les ha parecido tan obvio, pero que dejan pasar como algo que no causa daño alguno, y es la imposición procesal a una figura que es de origen constitucional.

1 La Conciliación Extrajudicial (Aspectos Tradicionales)

1.1 Aspectos Generales de la Conciliación Extrajudicial.

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (M.A.S.C.)[2], según definición establecida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, "son las diferentes posibilidades que tienen las personas envueltas en una controversia, para solucionarla sin la intervención de un juez. Así, los M.A.S.C. son una opción para resolver conflictos de una forma ágil, eficiente y eficaz con plenos efectos legales."(Minjusticia, 2012)

"Tradicionalmente se han distinguido dos modalidades de MASC en los países que tienen su origen en el sistema Germano-Románico, como el nuestro: i. auto compositivo, si las partes involucradas asumen directamente la solución del conflicto, ii. Heterocompositivo, si las partes delegan en un tercero la solución del conflicto, en consecuencia la decisión de ese tercero, es impositiva e imperativa para las partes. En ese orden de ideas, la conciliación prejudicial (extrajudicial)… es de carácter auto compositivo"(Giacometto, Ferrer, 2007)

Definiciones de las cuales se destaca que dichos mecanismos presentan como pilares y principios fundamentales la eficacia, autonomía, especialidad, celeridad, la transparencia o publicidad, imparcialidad, contradicción entre otros, en la solución de las controversias.

Se pueden concebir estos mecanismos desde dos sentidos:

- Sentido amplio: son aquellas atribuciones o alternativas al sistema judicial oficial, que permite la solución privada de los conflictos.
- Sentido restringido: son aquellos procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas o mediante la intervención de un tercero imparcial.

[2] También denominados a nivel latinoamericano como Mecanismos Alternativo de Resolución de Conflictos (MARC). (Organización de los Estados Americanos, 2007).

Todo lo anterior con un solo propósito, el de Garantizar la eficacia del ejercicio de los derechos, las garantías y libertades de los ciudadanos.

Desde los postulados Constitucionales y el de su posterior desarrollo Jurisprudencial[3], se puede concluir que los MASC, son aquellos en donde se permite crear e implementar sistemas o mecanismos extrajudiciales que garanticen el acceso de los asociados a la administración de justicia y la satisfacción de sus intereses individuales y colectivos. "Artículo 116 C. N."

Como se anotó anteriormente, uno de los MASC es la figura de la Conciliación, la cual tiene por denominación dos perspectivas o acepciones diferentes; desde la perspectiva sustancial o natural, se puede definir como "un mecanismo alterno de Solución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por si mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador enfocado al acuerdo en sí mismo; y desde la perspectiva jurídico-procesal, lo asocia al trámite procedimental que persigue un fin específico"(Sentencia Corte Constitucional C-893, 2001) y (Corte Constitucional C-204, 2003)

En ultimas la esencia de la Conciliación, es exclusivamente la solución de controversias, que permita a los ciudadanos la convivencia pacífica, dentro del desarrollo de sus derechos y deberes, en un Estado Social y de Derecho; sin embargo, en la actualidad el Ordenamiento Jurídico Colombiano, tiende a la codificación del Derecho, y dentro de esta corriente han caído los MASC, adicionando a la Conciliación no solo la función de ser un método de solución de controversias, sino que a su vez sirva como mecanismo de descongestión judicial, esta última situación se analizará posteriormente en otro capítulo.

[3] Corte constitucional, Sentencias: C-160/1999 - C-893/2001 – C-1195/2001 - C-187/2003.

1.2 Antecedentes Históricos de la Conciliación Extrajudicial

La figura de la conciliación, puede ser clasificada de varias maneras, entre ellas, se señala que la conciliación puede ser judicial[4] o extrajudicial, esta última será el objeto de interés en el presente estudio, sin embargo a efectos de la verdad, no se puede desconocer que los antecedentes históricos de la conciliación son uno solo, y pueden ser narrados desde los antecedentes universales o generales y los propios de la evolución histórica colombiana.

1.2.1 Antecedentes Generales

La sentencia C-893 de 2001, proferida por la corte Constitucional, realiza una construcción de la génesis de la Conciliación, la cual se hace necesario retomar a efectos de no desconocer sus antecedentes generales:

> *"El origen de la conciliación se remonta a los sistemas jurídicos de las primeras sociedades, al tiempo que fue desarrollado por los regímenes legales más evolucionados, como el romano. Su importancia como herramienta de control social y pacificación de la comunidad ha sido reconocida por casi todas las culturas en todos los tiempos. La Ley de las XII tablas, por ejemplo, otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio. En el régimen judicial de la antigua China, la*

[4]En otros ordenamientos se distingue entre conciliación judicial y conciliaciónextrajudicial. La conciliación judicial, es la actuación desarrollada en el transcurso de unprocedimiento judicial dirigida a que las partes encuentren una solución al conflicto antes deque lo haga el órgano judicial.
La conciliación extrajudicial, puede ser definida como la actuación en la que participa un tercero ajeno al procedimiento judicial con el fin de que las partes alcancen un acuerdo, sueleser previa a la vía judicial, siendo en ocasiones un requisito necesario de la misma.Francia, Alemania e Italia distinguen entre la conciliación extrajudicial y la judicial, Grecia,Austria o Suecia sólo admiten ésta última, a diferencia de Portugal, que sólo reconoce la decarácter extrajudicial. Red Judicial Europea.http://ec.europa.eu/civiljustice/adr_por_es.htm

mediación era considerada como el principal recurso para resolver las desavenencias, tal como lo planteaba Confucio al sostener que la resolución óptima de las discrepancias se lograba mediante la persuasión moral y el acuerdo, pero no bajo coacción[5].

En algunas regiones del África, la asamblea de vecinos constituye el órgano de mediación cooperativo para solucionar contiendas comunitarias, al igual que en la religión judía el Beth Din actúa como consejo de rabinos para mediar en la solución de los conflictos. La iglesia católica también ha facilitado la solución concertada de las disputas al disponer a los párrocos como mediadores. Rastros de instituciones semejantes se hallan en el medioevo, para conciliar los asuntos que enfrentaban intereses de gremios, mercaderes y gitanos, a la vez que en la legislación portuguesa, en el Código Manuelino de 1521, se ordena acudir a la conciliación como requisito previo antes de presentar la demanda. En la Constitución Política de la Monarquía Española, que rigió en Guatemala antes de la independencia, se dispuso por expresa voluntad del artículo 282 que el alcalde municipal debía ejercer funciones de conciliador entre quienes pretendiesen demandar por negocios civiles o por injurias, mientras que en el artículo 284 se impedía entablar pleito alguno si no se demostraba haber intentado el arreglo previamente"(Borgues,1989).

En épocas más recientes, estatutos legales de gran incidencia para el desarrollo jurídico moderno han reconocido la importancia de incluir la conciliación en su sistema judicial. Tal es el caso del Código de Procedimiento Civil francés de 1806, en el que se conservó la

[5] Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de diciembre de 1948, a propósito de la expedición del Decreto 2158 de 1948, Código Procesal Laboral de Colombia, adoptado como legislación permanente por el Decreto 4133 de 1948.

institucionalización de la conciliación como procedimiento obligatorio que había sido adoptada a la legislación francesa mediante la Ley del 24 de agosto de 1790. Por su parte, el derecho canónico la adopta en el Codex Iuris Canonici de 1917, como la reproduce en la versión de 1983, al señalar que:

> *"Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento siempre que se abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras.*
>
> *En los Estados Unidos, diferentes comunidades han integrado sistemas de resolución de conflictos a partir de la decisión de autoridades locales. Tal es el caso de la Chinese Benevolent Association, establecida por los inmigrantes chinos; el Jewish Conciliation Board, fundado en Nueva York en 1920 como foro de mediación y arbitraje para la comunidad judía; el Community Relations Service del Departamento de Justicia, fundado en 1964 para ayudar en la conciliación de desavenencias raciales, y el Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS), creado en 1947 para resolver controversias laborales e industriales, entre otros. A este respecto debe anotarse que en Estados Unidos la conciliación no sólo es un sistema privado de solución de conflictos, sino un proceso fundamentalmente voluntario." (Cánon, 1446)*

La característica de la voluntariedad en el proceso conciliatorio, tiene también sustento en "el código Ginebrino de 1819, el cual admitió el acto de conciliación como voluntario, (…), así mismo en España la Ordenanza de Bilbao de 1812, buscaba llamar a los interesados para que propongan una transacción entre ellos mismos, antes de acudir a juicio, estas situaciones

se llamaron juicios de conciliación en la ley del 3 de junio de 1821 y cuya ideología termina plasmada en la ley de enjuiciamiento civil Español de 1855" (Junco Vargas, 2002).

Este breve recuento histórico, no puede desconocer que paralelamente la Iglesia siempre ha propendido por la utilización de recursos alternos al juicio, manifestaciones dadas no solo en pasajes bíblicos[6], sino en legislación que aparece en el código canónico.[7]

1.2.2 Antecedentes en Colombia.

Los nuevos procesos investigativos, no son construcciones aisladas de otras investigaciones del pasado, por el contrario, es la articulación secuenciada en el tiempo para lograr transformaciones en el mundo jurídico y social, por ello para conocer brevemente los antecedentes históricos de la figura en nuestro país, se tendrá por base el escrito realizado por el profesor (Restrepo Arredondo, 2011) en donde logra narrar de manera sencilla la evolución de la figura:

> Inicia señalando que desde la misma aparición del Estado Colombiano en el año de 1819, se ha tenido la gran preocupación de la democratización de la administración de justicia, situación aberrante heredada desde la colonia, la cual ha estado enmarcada en hechos como las constantes reformas al proceso judicial en sus distintas ramas jurídicas y al derecho sustantivo.

[6] Mateo 18, Versículo 15-16 – Lucas 12-13.

[7] Código de 1917, reformado por el conciliación de 1983 consagra en el canon 1446 "Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, reuniendo incluso a personas serias como mediadoras.

Se destaca desde la historia de la institución de la conciliación, que a través de la ley del 13 de mayo de 1925 el legislador en el artículo 9 estableció la audiencia de conciliación como requisito previo para acudir ante la justicia ordinaria, la cual se celebraba ante el alcalde de la municipalidad donde se generaron las controversias. Rezaba dicha norma: "…procurará transigirlos y avenirlos entre sí por las medidas suaves de una conciliación amigable...". En aquel momento, lo que es claro, es que no existían juzgados en todos los municipios ni personas versadas en el derecho, que sirvieran de instrumentos para la solución de los mismos.

Relata que en el año de 1944 durante el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo y aprovechando el Estado de sitio, se expidió el decreto 2350, por medio del cual se estableció por primera vez en Colombia, la jurisdicción especial del trabajo, el cual consagró en su artículo 37 la conciliación en materia laboral como medio amistoso de solución de conflictos.

De acuerdo con la investigación del profesor Restrepo, "se observa que la institución de la conciliación es un mecanismo existente desde hace varios años en el sistema judicial colombiano, especialmente en los campos del derecho laboral desde antes de 1970, y en lo civil se establece como conciliación judicial en el artículo 445 del decreto 1400 de 1970 (código civil) como parte de la audiencia del proceso verbal. No obstante en el área civil, siguió la misma suerte que en lo laboral, ya que los jueces no estuvieron preparados como verdaderos conciliadores y las audiencias de esta clase, se convirtieron en simples formalidades, donde solo bastaba decretar la audiencia y celebrarla sin tratar de llegar a acuerdos."

> Asimismo el código de comercio (decreto 410 de 1971), asigna a las cámaras de comercio, facultades para hacer arreglos directos entre acreedores y deudores, estableciéndose el concepto de los centros, como el lugar donde se desarrolla la actividad conciliatoria, con una connotación especial, estos Centros eran de carácter privado, realizándose la subdivisión entre solución de conflictos ante autoridades de orden oficial y particulares. Sin embargo, esta justicia alternativa en sus inicios manejaba un alto costo de operación y empieza su declive.

La conciliación en el ámbito civil mediante la expedición del código procesal de 1971, a diferencia de las anteriores, establece como obligatoria la Conciliación dentro del proceso, con la "audiencia del 101". Lo interesante de este acontecimiento, es que como bien lo explica el Profesor Restrepo Arredondo, "no existen estadísticas que demuestren la bondad de esta institución, pero que en resultados prácticos no fue una experiencia efectiva, ya que no conllevó a disminuir el desarrollo de los procesos judiciales y por ende no llevó a la descongestión tan anhelada por el gobierno." (Restrepo Arredondo, 2011) Esta afirmación nos demuestra el punto de partida de la procesalización de la conciliación, por el afán de la descongestión judicial.

> "Desde lo histórico judicial se puede señalar que la institución de la conciliación judicial como la extrajudicial no fueron tomadas en serio, es decir, tanto desde los operadores judiciales como administrativos, significó una simple práctica formal permitida, pero no como una herramienta de solución real de conflictos, perdiendo interés en el colectivo colombiano" (Restrepo Arredondo, 2011).

Parece evidenciar que al hablar de conciliación antes de 1991, era hacer referencia a una formalidad establecida en el proceso, más no como una figura autónoma de solución de conflictos.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el artículo 116 señala que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

En este sentido se expide la ley 23 de 1991, con la ideología de tomar medidas para descongestionar la justicia, reguló inicialmente todo lo referente a los centros de conciliación que atendían solicitudes extrajudiciales, y las materias de conciliación en civil, laboral, administrativo, familia, en equidad, entre otras disposiciones.

Continuando con los antecedentes históricos-normativos, encontraremos la Ley 446 de 1998[8], por medio de la cual se derogan algunas disposiciones de la ley 23/91, y se dictan otras medidas de descongestión judicial, que a grandes rasgos se destaca la aún vigente definición de Conciliación, ya que el artículo 64 señala que "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". Definición que posteriormente es analizada por la Corte Constitucional y es declarada Exequible mediante Sentencia C-114-99. Así mismo en su artículo 65 establece cuales son los asuntos que se pueden someter a conciliación, al referenciar que "Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que

[8] Muchas de sus disposiciones fueron derogadas por la ley 640 de 2001, y otras tantas declaradas inexequibles por la jurisprudencia constitucional, aunque se destacan aquellas anotaciones aún vigentes, pero que sin embargo en legislación posterior son retomadas y transcritas taxativamente.

expresamente determine la ley" aunque es una clasificación que nos obliga a referenciarnos a otros ordenamientos jurídicos como el Civil, se destaca que delimita las fuentes que pueden originar asuntos conciliables.

Siguiendo lo dispuesto en el art. 166 de la ley 446/98, se ordenó la compilación de todas las normas aplicables a los MASC, sin cambiar su redacción, ni contenido. Sin embargo, según lo expone el profesor (López Blanco, 2005) "infortunadamente la tarea no se cumplió adecuadamente debido a ostensibles extralimitaciones en las que incurrió el decreto 1818 de 1998 porque no se ciñó al claro y preciso derrotero indicado por la ley (…) pues se dejaron de incluir normas vigentes, se involucraron normas derogadas, otras se copiaron cambiando la redacción y finalmente se incorporaron disposiciones que nada tienen que ver con la materia de la conciliación (…) y se requiere dejar sentado que el decreto tiene la categoría de acto administrativo de alcance general … por ende no tiene efecto modificatorio y muchos menos derogatorio de la normatividad vigente." Por ello la idea de tener el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, solo quedo escrito en el Decreto, pero no pudo ser aplicado por sus inconsistencias frente a la ley, quedando pendiente la expedición de una normativa en materia de conciliación, que pudiera recoger y regular todos sus asuntos y procedimientos.

Por último, si se considera que la Constitución Política es la "Norma de Normas", se puede decir que a la fecha, la ley 640 de 2001, es la norma legal de máxima autoridad para el desarrollo de la conciliación extrajudicial, por cuanto regula de manera integral, lo referente a los centros de conciliación, el acta de conciliación, los conciliadores, retoma el requisito de procedibilidad (el cual se analizará en un capitulo siguiente), entre otras disposiciones específicas al procedimiento o etapas de la Conciliación extrajudicial.

1.3 Reflexiones de Derecho comparado de la Figura de la Conciliación Extrajudicial.

Desde la visión de américa latina frente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se discute que “la incorporación de los MASC en la región, debe ser una instancia voluntaria, o en otros casos constituido o bien como una etapa obligatoria previa o dentro del proceso” (Mera, 2013), esta última situación presentada en países como Colombia y Argentina, ya sea como previo y/o como etapa dentro del proceso, independiente del resultado al que se pueda llegar, siguiendo tendencias como la francesa, la española, la italiana y alemana que la instituyen como obligatoria.

El objeto de discusión en torno a esta visión, se concreta en cuanto algunos pueden llegar a establecer que la obligatoriedad es una señal equivoca y contradictoria con los principios de la institución, que sería concebida como una instancia eminentemente voluntaria.

En esta corriente, países como Perú, “concibe la obligatoriedad como un obstáculo de acceso a la justicia, y bajo este argumento en asuntos de familia, en este país se terminó con la obligatoriedad previa” (Mera, 2013).

En cuanto al resultado del proceso conciliatorio, en los países latinoamericanos, “coinciden en gozar de un estatus similar a la sentencias judiciales y por ende pueden ser judicializados en los mismos términos que un fallo judicial” (Mera, 2013)

En cuanto a la conciliación dentro de los MASC, la legislación colombiana muestra mayores coincidencias que diferencias, tal como se presenta en el siguiente cuadro:

Tabla 1. Cuadro Comparativo de las legislaciones en materia de Conciliación extrajudicial en Latinoamérica.

Nº	País	Obligatorio o Voluntario	Materias	Ejecución del Acuerdo	Observación
1	Argentina	Obligatorio	Todas, salvo unas excepciones legales	Procedimiento de ejecución de sentencias.	Se reconoce en la justicia tradicional, pues es requisito de procedibilidad.
2	Colombia	Obligatorio	Todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos expresados en la ley.	Tránsito a cosa juzgada y el acta presta merito ejecutivo.	Tiene reconocimiento en la justicia tradicional. Es requisito de procedibilidad en algunas materias.
3	Perú	Obligatorio/ voluntario	Pretensiones que versen sobre derechos disponibles por las partes	Procedimiento de ejecución de sentencias.	Voluntario en asuntos de familia.
4	Uruguay	Obligatorio	Todas, con ciertas exclusiones del Código Procesal General.	No tiene ejecución expresa establecida	Autoridad de cosa juzgada.
5	Costa Rica	Voluntario	No están establecidas ni limitadas	Se requiere homologación por el juez, para que adquiera firmeza	Se puede conciliar incluso sobre temas ya resueltos en la sentencia judicial.
6	Honduras	*Extrajudicial -Voluntario.	Todas, salvo excepciones legales.	Igualdad a una sentencia judicial.	Incluida dentro de la justicia tradicional.
7	Ecuador	Voluntaria	No tiene identificación legal, pero solo a asuntos civiles.	Juez de ejecución.	Vinculado a la justicia tradicional.
8	México	Voluntario	Todas las materias, incluso Penales por imputación de delitos culposos.	Vía de apremio. (más expedita al sistema de ejecución tradicional)	Se les reconoce dentro del sistema tradicional de justicia, pero funcionan fuera del sistema tradicional.
9	Chile	Obligatorio	Solo algunos asuntos expresamente establecidos	Efectos de contrato de transacción.	Requisito de procedibilidad.
10	Panamá	Voluntario	Todas las materias susceptibles de transacción.	No establece	Vinculación al sistema de justicia tradicional débil.
11	Bolivia	Voluntario	Facultativa, todas las materias son susceptibles de transacción.	Calidad de cosa juzgada	Siempre y cuando exista acta de conciliación.

Fuente: Extracto de cuadro de mayor extensión, autor: **(Mera, 2013)**

Frente a este panorama, se puede concluir que el 55 % de los países latinoamericanos establecidos en el cuadro anterior, mantienen la conciliación extrajudicial como obligatoria, mientras que el 45 % la registran como voluntaria:

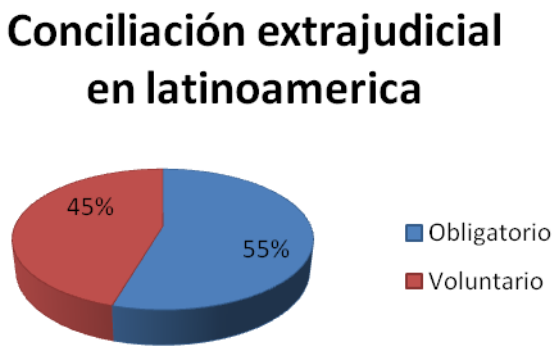


Figura 1: Conciliación Extrajudicial en Latinoamérica – Del Autor

No obstante, no es posible determinar el grado de efectividad de la obligatoriedad en cada uno de estos países, por cuanto la conflictividad y tipología de los mismos, varía de un país a otro, ratificando que las medidas que se adopten en cada legislación es acorde a sus propias necesidades, y aunque la legislación colombiana es afamada por su plenitud, esto no garantiza su efectividad, por el contrario, existen países como Panamá y Bolivia que sin contar con legislación sobre la materia, acogen la figura, y lo que se produzca de allí en adelante, es ganancia para el sistema judicial tradicional, para producir este cambio, es necesario que las constituciones de estos países eleven los mecanismos alternativos con reconocimiento constitucional, como lo hicieran las constituciones de Ecuador (Art 190), Panamá (art 250), Venezuela (art 258) y Colombia (art 116).

1.4 Los Principios de la Conciliación Extrajudicial en Colombia.

De acuerdo con lo establecido en la carta magna, el Estado colombiano “está constituido como un Estado social de Derecho, instituido para proteger la dignidad humana. Este

enunciado implica que el Estado garantiza a los ciudadanos el goce de la democracia y la libertad, contando con el poder político al servicio de la comunidad, promoviendo el bienestar general, de forma que cada una de las personas que pertenezcamos a él tengamos la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes, y así se logre una convivencia pacífica" (Junco Vargas, 2002)

Según lo manifiesta (Escudero Alzate, 2013), " La Conciliación es un mecanismo útil para la solución de un conflicto, porque… constituye en un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de conflictos en una sociedad; es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues estas 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".

Como se anotó anteriormente, dichos mecanismos presentan como pilares fundamentales la Eficacia, la Autonomía, la Especialidad, la Economía, la Transparencia entre otros, en la solución de las controversias.

Si se parte de esta definición encontramos que el concepto de Conciliación se encuentra dentro de la concepción de una teoría constitucionalista, en donde los principios constitucionales prevalecen y son la luz dentro de los conflictos que se generan al momento de administrar justicia, sin embargo es la procesabilización de la figura, lo que nos lleva a establecer que aún estamos dentro de la Teoría del derecho procesal, como más adelante se podrá mostrar la permeabilidad de la transformación de la idea constitucional al establecimiento procesal de la figura que tiende a desnaturalizarla.

Por su parte el Profesor José Roberto Junco, nos señala que la conciliación mantiene tanto aspectos sustanciales como procesales, en donde se desarrollan los principios, y se dicta el marco general de su procedimiento, los cuales son necesarios para la solución de conflictos.

Esta posición es al igual reconocida por quien es considerado como el doctrinante por excelencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia, el profesor (Gil Echeverry, 2007), puesto que reconoce y describe las teorías que originan la figura de la conciliación, entre ella la contractual, la sustancial y procesal, en donde no se niega la fuente de producción procesal como desarrollo de la figura, analizando estas teorías como originarias, más no de aplicación sucesiva.

Sin embargo, se puede decir que desde los principios sustanciales-procesales, la conciliación se sustenta y se desarrolla autónomamente desde los siguientes principios:

- *"Temporalidad*

La facultad que el Estado le otorga a los particulares para la administración de justicia o realizar funciones jurisdiccionales como conciliadores, es de orden temporal, y dicha facultad solo se extiende para el caso en particular, durante el tiempo que desarrolle actividades propias del procedimiento conciliatorio, por tanto tiene el carácter de transitorio y excepcional.

- *Voluntariedad*

Este principio señala, que las partes involucradas en el conflicto, son las que disponen de su consentimiento para que la audiencia de conciliación, se pueda adelantar, dicha voluntariedad, dista de la imposición legal que el requisito de Procedibilidad ha impuesto como obligatorio para algunos asuntos, no obstante es de aclarar que la voluntariedad, va más arraigado al arbitraje, por cuanto voluntariamente las partes mediante un pacto arbitral se han sometido a la decisión que el tercero adopte en el laudo, sin embargo; al hablar de conciliación, permite señalar que las partes voluntariamente son libres de disponer si acuden al mecanismo o no, que actuaciones desarrollar,

el término de su permanencia, y si aceptan o no convenir un acuerdo, en ningún caso se podrá forzar la voluntad de las partes.

- *Acceso a la justicia*

El artículo 116 de la Constitución Política, permite acudir ante los particulares como mediadores de la solución de controversias, facilitando el acceso a la administración de Justicia, que como lo ha señalado la Corte Constitucional "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."(Corte Constitucional C- 1195, 2001).Armonizado con el artículo 2 del Código General del Proceso, en cuanto ese acceso a la justicia debe ser efectivo.

- *Economía*

La figura de la conciliación extrajudicial, busca no solo prevenir conflictos sino resolver aquellos que en la actualidad se presentan, por ende previene litigios ante la jurisdicción, o facilita resolver los mismos de manera extrajudicial, esta solución alternativa, evidencia que comparado frente a las actuaciones de un proceso judicial, la conciliación es más directa, ahorra esfuerzos, costos económicos y "el empleo de estos mecanismos reduce significativamente el tiempo de resolución de los casos, y contribuye efectivamente a modificar la cultura del litigio"(Corte Constitucional C-204, 2003), pues elimina del conflicto aquellos actos innecesarios que no aportan a la solución real del mismo.

- *Oralidad*

El núcleo esencial de la conciliación se desarrolla en Audiencia, en donde acuden las partes directamente involucradas para la solución del conflicto, pero no basta con su asistencia, deberán actuar por sí mismas o en representación[9]*. Esta audiencia será privada, por cuanto responde al principio de la confidencialidad respecto a la información obtenida en el transcurso de la*

[9] En representación de Personas Jurídicas, o por poder expreso y con facultades para conciliar, de acuerdo a las excepciones legales.

audiencia, la cual no será tenida en cuenta, más que para los efectos de la elaboración del acuerdo y el acta, sin dejar evidencia alguna de lo actuado, esto permite generar confianza y un ambiente de plena libertad entre los involucrados, a fin que puedan sincerarse, generar eficazmente opciones, así mismo ayuda a la credibilidad del conciliador y del sistema conciliatorio. Sin embargo; si las partes así lo autorizan, puede hacerse público el resultado del mismo.

- *Inmediación*

Es esencial de la conciliación, la participación de un tercero neutral y calificado, denominado conciliación, pues participa directamente en la guía del procedimiento de la audiencia para solución del conflicto, sin tener facultades para resolverlo por sí mismo. La inmediación que se da antes, durante y después de la conciliación, se debe desarrollar con imparcialidad y neutralidad, los cuales se establecen como deberes del Conciliador" (Gil Echeverry, 2007).

- Otros Principios

La doctrina desde Gil Echeverry e incluso la jurisprudencia, han reseñado que también pueden ser reconocidos como principios de la conciliación, "los principios de la función jurisdiccional, Autonomía de la voluntad y la satisfacción de los fines del estado social de derecho" (Corte Constitucional T-942, 2005).

Los anteriores, son los principios más relevantes de la figura de la conciliación Extrajudicial, que servirán para la presente investigación de guía al momento de evaluar la teleología de la figura y las adecuaciones necesarias de su naturaleza jurídica con el posterior análisis de la filosofía del derecho procesal. (Capitulo IV)

1.5 Los Fines de la Conciliación Extrajudicial – Acceso a la Justicia

La legislación colombiana, las recomendaciones internacionales[10], y la tendencia mundial, reseñan que uno de los fines primordiales de los MASC y por ende de la Conciliación Extrajudicial, es el "acceso a la justicia", que desde la obra del "Acceso a la Justicia" (Capeletti & Garth, 1996) manifiestan que ha habido un vasto desarrollo doctrinal desde el Derecho y otras ciencias sociales, frente al concepto de acceso a la justicia, el cual tiene un amplio contenido y diversas aproximaciones y definiciones. Sin embargo, para efectos del presente informe, se ha optado por una definición amplia del concepto de acceso a la justicia, que supone definirlo, como "el derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas" (Capeletti & Garth, 1996).

Como señala el experto peruano (La Rosa Calle & citado por Lovatón Palaciós, 2007), "esta noción "de acceso a la justicia" ha transitado sucesivas etapas que han ido desde establecer una asociación directa con garantías procesales básicas (tutela judicial)… para pasar posteriormente a una visión vinculada a un derecho más complejo referido a toda clase de mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto de relevancia jurídica"

Esas garantías procesales se logra en la medida que "el acceso a la justicia es un derecho que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante el sistema de justicia para solucionar sus conflictos" (La Rosa Calle & citado por Lovatón Palaciós, 2007) preservando la igualdad de oportunidades ante los ciudadanos sin discriminación, la cual debe ser garantizada por el Estado.

---

[10] La comisión de las Naciones Unidas, para el Desarrollo Mercantil Internacional, UNCITRAL "recomendó la utilización de mecanismos más flexibles y ágiles en la resolución de conflictos, sin los formalismos que se acostumbran.

Para la OEA“El acceso a la justicia se concibe como un derecho, pero también, como un indicador de ciudadanía efectiva, y, como tal, un elemento central de la gobernabilidad democrática y de la legitimidad de los gobiernos.”(Organización de los Estados Americanos, 2007)

Por ende, la finalidad que se persigue con la conciliación, no solo es del resorte de las partes en conflicto, también engloba a la sociedad en su conjunto, toda vez que al resolver un conflicto de intereses, las partes restablecen la paz social, generan una estabilidad y desarrollo económico, y existe reconciliación de las personas en conflicto.

Hay quienes opinan que unos de los fines de la conciliación, es la “descongestión Judicial” por cuanto el “incremento de los problemas y conflictos interpersonales, y casi sin darnos cuenta, la administración de justicia en todas sus ramas se llenó de procesos, cayendo en lo que hoy se encuentra. Esta congestión creó el caos en el Estado, y generó su impotencia, pues su rama jurisdiccional es incapaz, literalmente, para resolver los conflictos a los particulares” (Junco Vargas, 2002), por ende la conciliación como mecanismo de descongestión judicial, facilitaría el acceso a la justicia de los ciudadanos.

Así mismo, la Jurisprudencia, expresa que “el derecho a acceder a la justicia guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso. Para la Corte resulta claro que 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. 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 que 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.”(Corte Constitucional C- 1195, 2001)

Se puede concluir, que más que ser un mecanismo de descongestión judicial, la conciliación es una forma efectiva de materializar los principios y valores constitucionales tales como la paz, la equidad, la justicia, el acceso a la justicia, y por ende la realización de los demás derechos que están en juego dentro del conflicto, y solo cuando el conflicto es abordado y solucionado desde esta óptica, se puede producir la finalidad de la conciliación que es la armonía y la convivencia pacífica de sus ciudadanos.

1.6 Características de la conciliación como acto jurídico sustancial

La conciliación como acto jurídico está constituida por “toda manifestación de voluntad de una o más personas que crea, modifica o extingue una situación jurídica, esto es, que tiene efectos en el derecho. Por tanto la conciliación es un acto jurídico” (Junco Vargas, 2002), y desde su aspecto jurídico sustancial, tiene las características de ser:

- Solemne
- Bilateral

- Es Onerosa o Gratuita[11]
- Es conmutativa
- Es de libre discusión
- Es acto nominado, por cuanto es una institución legal reglada.

Adicional a ello, requiere condiciones de existencia para que impere:

- La voluntariedad
- El consentimiento
- El objeto licito
- Y las formalidades solemnes del acta de conciliación.

Por último, desde las condiciones para su validez, la conciliación tendrá que prever:

- Ausencia de nulidades
- Cumplimiento de requisitos de capacidad
- El consentimiento
- Que el asunto sea conciliable
- La legalidad
- El registro del Acta
- El discernimiento

Todo lo anterior desarrollaría el concepto de la conciliación como verdadero Acto jurídico.

[11]El servicio de conciliación es prestado de forma gratuita por las instituciones públicas facultadas para ello, los Centros de Conciliación de los Consultorios Jurídicos de las Universidades, y excepcionalmente las entidades privadas cuando realizan jornadas gratuitas de conciliación.

1.7 Asuntos conciliables.

A continuación se relacionan los asuntos que pueden ser susceptibles de conciliación, en un centro privado de conciliación, excluyendo los asuntos laborales, administrativos y penales (que no sean querellables), de conformidad a lo señalado en la ley 640 de 2001.

Asuntos en materia de familia

- Custodia y régimen sobre menores e incapaces
- Obligaciones alimentarias
- Declaración de unión marital de hecho, disolución y liquidación
- Rescisión de la participación en sucesiones
- Disolución y liquidación de la sociedad conyugal
- Conflicto sobre capitulaciones matrimoniales
- Dirección conjunta del hogar y ejercicio de la patria potestad
- Separación de bienes y cuerpos
- Prevención de violencia intrafamiliar
- Entre Otros

Civil y comercial

- Personas
- Bienes
- Sucesiones y donaciones
- Propiedad Horizontal
- Economía solidaria
- Competencia desleal
- Sociedades

- Establecimientos de comercio
- Cuentas en participación
- Títulos valores
- Responsabilidad contractual
- Responsabilidad extracontractual
- Entre Otros.

Asuntos en materia penal (asuntos querellables que admiten desistimiento por conciliación extrajudicial en Derecho)

- Abuso de confianza
- Acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones
- Alzamiento de bienes
- Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito
- Calumnia
- Daño en bien ajeno
- Daños o agravios a personas o cosas destinadas a culto
- Defraudación de fluidos
- Divulgación y empleo de Documentos reservados
- Emisión y transferencia ilegal de cheques
- Estafa
- Hurto simple
- Inasistencia alimentaria
- Infidelidad a los deberes profesionales
- Injuria

- Lisiones personales
- Malversación y Dilapidación de Bienes
- Perturbación de la posesión sobre inmuebles
- Usurpación de aguas
- Usurpación de tierras
- Violación de la habitación ajena
- Entre Otros

Asuntos especiales

- Policivo
- Financiero
- Servicios públicos domiciliario
- Agrarios
- Tránsito y transporte
- Derechos de autor
- Propiedad industrial
- Minero
- Turismo
- Ambiental
- Marítimo
- Comunicaciones
- Seguros
- Consumo
- Comercio exterior

- Mercado público de valores
- Ciencia y tecnología

Las características y los asuntos susceptibles de conciliación, permite evidenciar que es válido afirmar que la conciliación extrajudicial parte de un acto jurídico con reconocimiento procesal, que incluso el Estado Colombiano ha llegado a establecer como obligatorio para el acceso de la justicia tradicional.

1.8 La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en Colombia.

El requisito de procedibilidad a grandes rasgos, consiste en la prohibición de acudir ante el sistema tradicional de justicia, si antes no se ha solicitado la realización de audiencia de conciliación extrajudicial, en aquellos asuntos susceptibles de conciliación, en las jurisdicciones civiles, contencioso administrativa y de familia.

Situación que a criterio del Autor, indica la desnaturalización de la figura, y como se anotará en el capítulo IV, sustenta la procesalización que el Derecho Procesal tradicional ha sometido a una figura de origen constitucional, y aunque este criterio lo comparto con las apreciaciones dadas por los doctrinantes José Roberto Junco, Ana Giacomette, Ramón Peláez, Hernán Fabio López, y los Magistrados que salvaron el voto en la sentencia C- 1195 de 2001,esto no impide analizarlo en su complejidad, como a continuación se resumirá:

La Corte Constitucional[12], al estudiar la exequibilidad del requisito de procedibilidad de la conciliación, considero que uno de sus fines es "(i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la

[12](Corte Constitucional C- 1195, 2001)

convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales."

Como garantía de acceso a la justicia, por cuanto la "conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal" (Corte Constitucional C- 1195, 2001). Como forma de promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas, por tanto facilita "la participación de los particulares en la solución de controversias, bien sea como conciliadores, o como gestores de la resolución de sus propios conflictos. (Corte Constitucional C- 1195, 2001)" Por ello se ha calificado la conciliación como un mecanismo de autocomposición.

Para estimular la convivencia pacífica como uno de los fines esenciales del Estado, argumenta que "El hecho de que a través de la conciliación sean las partes, con el apoyo de un conciliador, las que busquen fórmulas de acuerdo para la solución de un conflicto, constituye una clara revelación de su virtud moderadora de las relaciones sociales. La conciliación extrae, así sea transitoriamente, del ámbito litigioso la resolución de los conflictos, allanando un camino para que las disputas entre individuos se resuelvan por la vía del acuerdo. Además, la conciliación estimula el diálogo, reduce la cultura adversarial y elimina la agudización del conflicto como consecuencia del litigio." (Corte Constitucional C- 1195, 2001)

En cuanto a las dilaciones injustificadas "La conciliación favorece la realización del debido proceso, en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto. Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el debido proceso involucra, amén de otras prerrogativas ampliamente analizadas, el derecho a recibir una pronta y cumplida justicia y como quiera que la conciliación prejudicial ofrece, precisamente, una

oportunidad para resolver el conflicto de manera expedita, rápida y sin dilaciones, desarrolla el mandato establecido por la Carta en su artículo 29.

Y por último "La conciliación repercute de manera directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales. En efecto, visto que los particulares se ven compelidos por la ley no a conciliar, pero si a intentar una fórmula de arreglo al conflicto por fuera de los estrados judiciales, la audiencia de conciliación ofrece un espacio de diálogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto, lo que contribuye a reducir la cultura litigiosa aún en el evento en que éstas decidan no conciliar." (Corte Constitucional C- 1195, 2001)

De todos los argumentos expuestos, solo este último pareciera justificar la implementación del requisito de procedibilidad, por cuanto los anteriores hacen referencia a la Conciliación, y en ningún momento, según la exposición de motivos que generaron la demanda, estaba en juicio el mecanismo. En el capítulo V, se retomaran las implicaciones de este requisito de procedibilidad frente a la conciliación, y la vulneración al principio de la autonomía de la voluntad para la solución de los conflictos.

Al declarase la constitucionalidad del artículo 35 de la ley 640 de 2001, reza lo siguiente:

> "En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas".

Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o

de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1º del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción. De lo contrario, tendrá que intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, de conformidad con lo previsto en la presente ley.

Este requisito de procedibilidad se convierte en uno de los llamados presupuestos procesales de la Demanda, a los cuales se debe dar cumplimiento al momento de presentar la acción, y su ausencia constituye una de las causales para la inadmisión de la misma, según lo establecido en la ley 640 de 2001, y perpetuado por las reformas procesales, hasta el naciente Código General del Proceso.[13]

[13](Ley 1564, 2012) Código General del Proceso, Art: 90 “el juez declarará inadmisible la demanda sólo en los siguientes casos: … 7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

La profesora Anita Giacometo Ferrer, hace unos comentarios generales sobre el requisito, “en primer lugar, la celebración de la conciliación prejudicial obligatoria no proviene de la mera autonomía de la voluntad de las partes; dicha audiencia se celebra no porque las partes lo quieran o porque surgió de la iniciativa de quienes conforman el conflicto, sino porque la ley se los impone. En segundo lugar, si bien es cierto la implementación obligatoria de la conciliación prejudicial no contraría la Constitución, a mi juicio sí restringe el principio natural de la autonomía privada de la voluntad—al cual ya hicimos referencia— por lo menos en el acceso a este medio alternativo de solución de conflictos, lo cual ocasiona que en muchos casos, las partes concurran la audiencia de conciliación por miedo a la sanción, y no lleguen a ningún acuerdo. En último lugar, y no por ello menos importante, creo que, en consecuencia, se minimiza una de las finalidades perseguida con esta figura, cual es la de descongestionarla administración de justicia. Tenemos entonces, que un procedimiento que en sus inicios surgió completamente libre y espontáneo entre las partes conflictuadas, hoy día se encuentra “malogrado” por consideraciones de conveniencia legislativa como es, definir políticas de implementación obligatoria de la conciliación.(Giacometto, Ferrer, 2007)

Sobre el tema la Corte Constitucional ha expresado: “Autores clásicos del derecho rechazaron la intervención del Estado con el fin de hacer obligatoria la conciliación de los intereses privados, al entender que nadie es más amante de la paz, del orden y de su patrimonio que su dueño mismo. Apoyado en este concepto Bentham reprobaba al Estado el entrometimiento en buscar la avenencia entre particulares, porque en su parecer la conciliación envuelve para uno de los que transigen, una renuncia de parte de su derecho a favor de otro, y como el Estado no debe procurar transacciones en materia de justicia, sino que esta cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, no puede prohijar un acto por el cual, si resulta

conciliación, necesariamente ha de haber sacrificio de justicia por parte de uno de los litigantes" (Corte Constitucional C-893, 2001)

Se quiera o no, este es un requisito vigente y que no será modificado jurisprudencialmente[14], a menos que la legislación entienda que la naturaleza del mecanismos extrajudicial es la voluntariedad, por tanto, este requisito será uno de los conceptos a transformar si ha de pensarse a la conciliación desde el Derecho Procesal Constitucional, tal y como se denotará en el capítulo V del presente escrito.

1.9 Aspectos Generales del trámite conciliatorio extrajudicial.

Siendo necesario garantizar el acceso a la justicia para la solución de conflictos de un modo ágil y eficaz "los Medios alternativos de resolución de conflictos (MARC) como el arbitraje, la conciliación y la mediación constituyen una alternativa potencialmente exitosa para afrontar los problemas de acceso a la justicia en los países del continente" (Organización de los Estados Americanos, 2007). Pero esto solo es posible si los "los Estados definen qué materias son objeto de conciliación o, en todo caso, cuáles son los conflictos cuya resolución es útil e indispensable que quede a cargo de la justicia estatal, en razón de la existencia de un interés público en la solución a ser adoptada". (Organización de los Estados Americanos, 2007)

Con ello se muestra, que se requiere de una política de Estado en el manejo de solución de conflictos, desde el diseño de una efectiva política pública, por cuanto la democratización de

[14]Precedente Constitucional, Efecto de cosa juzgada.

la idea de justicia debe estar soportada en un desarrollo armónico desde la tridivisión del poder.

En Colombia, la regulación vigente aunque con algunas reformas en materia de conciliación extrajudicial, está contenida en la ley 640 de 2001, que en aspectos generales tiene la siguiente estructura:

- Partiendo de la existencia de un conflicto que permite la disposición de derechos, por estar incluidos dentro de asuntos transables y desistibles, quien convoca a la conciliación presenta una solicitud ante un centro de conciliación, o particular investido con esta facultad.
- El conciliador realiza la citación de las personas convocadas a la audiencia y a las que en su criterio estén estrechamente relacionadas con el conflicto.
- El día de la audiencia, se pueden presentar cualquiera de las siguientes dos alternativas:
    - Que todas las partes convocadas se presentan de forma personal y por ende se puede realizar la audiencia de conciliación.
    - Que alguna o todas las partes convocadas no se presenten a la audiencia.
- En caso de no realizarse la audiencia por ausencia de alguna de las partes se levanta una constancia de no comparecencia.
- La audiencia inicia con la identificación de las partes, del conciliador, seguido con la exposición del conflicto y la negociación del mismo.
- En el cierre se puede establecer un Acuerdo mediante un acta de conciliación, o en caso contrario una constancia de No acuerdo.
- Cualquiera que sea los resultados, deben someterse a un procedimiento de registro y expedición de copias, que en el caso del Acta tiene un procedimiento especialmente reglado.

- El acta de conciliación presta merito ejecutivo, y el conflicto hace tránsito a cosa juzgada.

Este procedimiento general, el Ministerio de Justicia y del Derecho, lo grafica de la siguiente manera:

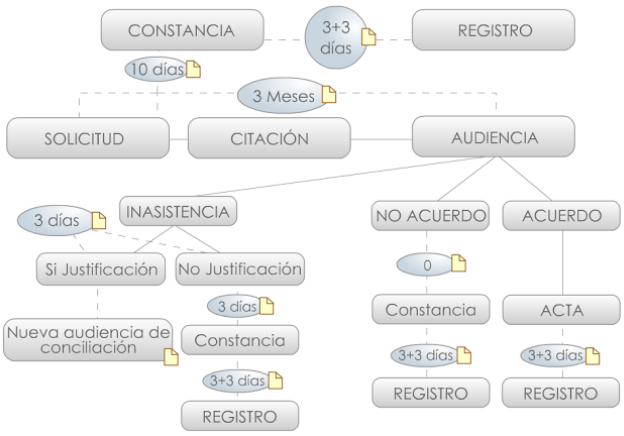


Figura2. Trámite Conciliatorio

Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho. www.conciliación.gov.co

Evidenciando a rasgos generales que al hablar de procedimiento conciliatorio, se hace referencia a una serie de actos secuenciados para la consecución de unos fines, por ello y con el ánimo de corroborar que de la lectura de la ley 640 de 2001, de las normas subsiguientes y la interpretación jurisprudencial, la conciliación extrajudicial en Colombia, aplica el Derecho procesal para la solución de conflictos, como se verá en el capítulo IV del este escrito.

CAPITULO II – Reflexiones Desde Las Diferentes Escuelas Y Teorías Del Derecho, Frente A La Conciliación Extrajudicial.

Dentro de aquellos institutos jurídicos que comprende el Derecho, se encuentra la Conciliación extrajudicial, la cual puede tomar connotaciones distintas, según la óptica en la

que se analice dependiendo la escuela del derecho, teoría, o interpretación jurisprudencial que se le pueda dar, que más que una definición, logra una pequeña transformación desde su concepción, siendo necesario atreverse a exponer de modo reflexivo, como sería la figura de la conciliación desde los conceptos básicos de algunas escuelas del Derecho y las distintas connotaciones particulares de cada una de ellas:

Se iniciará por aquella escuela del "iusnaturalismo" que pudiera indicar que la conciliación como parte del derecho natural, constituye un "conjunto de normas de conducta exterior impuesto por la naturaleza humana, que el hombre descubre mediante la razón y la conciencia, superior a la voluntad del legislador y común a todos los pueblos y en todos los tiempos." Siendo natural su nacimiento y desarrollo por la generación de conflictos dentro de una sociedad.

Desde la Escolástica de Santo Tomás de Aquino, se pudiera entender que de las cuatro clases de ley[15], la ideología de la conciliación se encuentra revelada en la ley natural, como facultad del hombre de distinguir mediante la razón el Bien y el Mal, procurando siempre evitar el mal y aquellos factores que lo generan (el conflicto), ya desde la óptica de la regulación de la conciliación extrajudicial, esta sería encasillada en la ley Humana, como ordenación positiva de la razón para lograr el Bien Común.

La escuela "Antiintelectualista" señalaría que la conciliación como medio de la justicia humana, solo es conocible y desarrollada por el derecho natural el cual es metafísico, emanado de Dios, cognoscible mediante la razón, por cuanto los principios que la sustentan, solo se pueden descubrir o reconocer en los derechos naturales, pero no constituir sus fundamentos.

[15] Santo Tomás de Aquino. Máximo representante de la Escolástica, distingue 4 clases de Ley: 1 ley Eterna, 2 ley Divina, 3, ley Natural y 4 Ley Humana. (Bodenheimer, 1932)

Posteriormente desde la "época contemporánea"(Stammler, 1929), la conciliación como derecho natural no sería de ideal absoluto, único y eterno, ya que contempla sus bases en un contenido variable y progresivo, llevándolo a establecer como un conjunto de reglas jurídicas aplicables para la solución de conflictos, concretando la conciliación en un conjunto de principios generales y flexibles.

Si se contemplara la conciliación desde la escuela "historicista" pudiera vislumbrarse como aquella institución que con el tiempo evoluciona sus leyes, progresando y acercándose cada vez más al Derecho natural, pero siguiendo las pautas trazadas por los cambios históricos de las circunstancias en las que se desarrolla la vida de un pueblo, que como opinaba Montesquieu en 1748, esas leyes son el reflejo del mismo pueblo que las tiene.

Desde esta concepción, según lo contemplado por Gustavo Hugo y Savigny, "cada pueblo crearía su Derecho de conformidad con su lenguaje", por lo cual, la Conciliación no podría ser creada arbitrariamente por el legislador, pues sus normas son producidas por las fuerzas internas, cuya fuente es la fe popular y la costumbre como manifestación del espíritu del pueblo, reforzadas por la doctrina y la jurisprudencia. Llevando a que el legislador solo materialice en las normas de esta figura, las reglas escritas consuetudinariamente; ideales que desde una concepción holística, aplicaría la Constitución Colombiana de 1991 como manifestación del pueblo, al reconocerle a la conciliación como Mecanismo de solución de Conflictos.

Quizás la escuela "positivista" será aquella que más pudiera definir el concepto de Conciliación como instituto jurídico, por cuanto señala que "solo será cognoscible mediante la investigación de las leyes que son una pura creación del Estado y la coexistencia de sucesión

de fenómenos, los cuales fácilmente se pueden asemejar a la coexistencia de los conflictos humanos", ratificando o validando la posición que el Legislativo asumió desde 1991 hasta la fecha, para regular la figura de la conciliación, bajo la concepción de "solucionar conflictos" aunque desconociendo si se ha logrado dicho propósito, o si se hubiera podido hacer más, ya que el Derecho debe basarse en el Derecho social y el derecho positivo requiere tener datos para regular esa realidad.

La teoría Pura del Derecho, enuncia "la norma o principio de clausura, lo que en realidad denota es que, dada la existencia de un orden jurídico con validez y vigencia en una sociedad determinada, se clasifica en dos grandes conductas definidas, las prohibidas y permitidas"(Remo F, 2002) en relación al manejo de los conflictos de pudiera indicar que "todo lo que no está prohibido por las normas del sistema se considera jurídicamente permitido" por ende también la aceptación que la regulación del Derecho solo sería capaz de regular lo prohibido, por cuanto desconoce cómo sería la regulación a lo permitido, ya que solo acepta lo que está en el Ordenamiento cerrado, dando así a la conciliación como institución la posibilidad solo de resolver los conflictos jurídicos. Desde esta óptica, la conciliación extrajudicial, buscará la seguridad colectiva, la validez y eficacia de sus resultados, desde el sistema de normas.

La escuela "marxista", nos permitiría afirmar que "la conciliación no se desprende de la ciencia del Derecho, sino de los fenómenos de la realidad social" entendiendo que la conciliación es mediante la cual se soluciona la realidad material de los conflictos.

Tomando el pensamiento de Roscoe Pound, desde la "escuela sociológica" se puede aportar al concepto de conciliación, "como uno entre varios medios para la satisfacción de los intereses, pero estos interés deben ser más amplios a los individuales y convertirse en intereses

sociales"; siendo la conciliación extrajudicial, una institución social para satisfacer necesidades sociales, las pretensiones y las demandas implícitas en la existencia de la sociedad civil civilizada, logrando el máximo posible con el mínimo de sacrificio, mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad política organizada". Siendo la tarea del Derecho la de reconciliar, armonizar y llegar a un compromiso, entre los intereses contrapuestos que se superponen recíprocamente.(Soriano, 2001), posición que puede ser un tanto utópica, pero que al hablar de transformación entorno al concepto de conciliación, ¿porque nos ha de limitar a soñar?

En el "Realismo moderado" desde la concepción de Ross, el concepto de conciliación, aceptaría que es un conjunto de normas que sirven para interpretar el fenómeno social. Por fenómeno social ha de entenderse el conflicto que se genera y al cual han de interpretarse unas normas para llegar a una solución.

Sin embargo; las normas no son normas si no son miradas desde las realidades sociales, Incluso desde la denominada Teoría Impura del Derecho, Expuesta por el profesor(Lopez Medina, 2004), pudiéramos aportar a la institución de la conciliación extrajudicial, al señalar que del concepto tradicional, debemos extraer los principios que permitan identificar los elementos del concepto para desarrollar el caso en conflicto, que variará desde el sitio de producción de la norma, pasando por la trasmisión de la teoría jurídica, la cual va a variar hasta llegar al lugar de recepción o de aplicación de las normas que resuelvan el conflicto, haciendo un poco más operativa el desarrollo de la teoría del Derecho.

En ese sentido, los movimientos "Antiformalistas" del maestro Geny, puede enseñarnos que el método de la libre investigación científica, para aportar al derecho, nos lleva a destruir y construir el derecho, y sumado al "Derecho vivo" expuesto por el profesor Ehrlich, "incluso se

puede llegar a encontrar justicia por fuera de la ley"(Robles Morchon, 2002), que para entender y aportar a la conciliación, inclusive tendremos que destruir los conceptos tradicionales establecidos en la ley, para luego reconstruir dichos conceptos que permitan transformar el derecho desde sus principios y finalidades con el objeto de resolver conflictos, incluso con soluciones que hoy en día estarían por fuera de la ley.

Preliminarmente se puede concluir, que la conciliación no podría manejar una única e inmutable definición, y volverla a definir no aportaría nada nuevo al Derecho, por ello basta decir que - su tratamiento y desarrollo será acorde a las circunstancias propias del ordenamiento jurídico y la realidad social que la rodea, por ende su regulación no debe estar sometidas solo a unas necesidades de descongestión judicial, sino a unas políticas de solución de conflictos; sin embargo, en estos momentos, el lector que tenga la idea que en la presente investigación tendrá el as bajo la manga, que le indicará los pasos, procedimientos y fórmulas mágicas para solucionar ipso facto la congestión judicial y dinamizar la conciliación extrajudicial, lamento informarle que esto no será posible; pero sí encontrara un análisis de la aplicación procesal actual de la figura y las bases jurídico constitucionales que sustentan la teoría transformadora de la conciliación extrajudicial, que dinamizará los conflictos, la efectividad de los derechos y contribuirá al cambio esquemático de descongestión judicial, congestión que con el tiempo o la necesidad, llevará al colapso del sistema judicial si no se toman las medidas adecuadas frente al crecimiento del conflicto desproporcionado.

Es que la razón para que exista conciliación, procesos y por ende congestión, es la existencia de un gran número de conflictos, el cual debe ser trabajado por todos los agentes, para su total eliminación, o al menos su atenuación y prevención futura; aunque todo conflicto no debe ser tomado como algo malo y dañino, también es la oportunidad para lograr progresar

en sociedad, porque saca necesariamente a relucir lo mejor de sí para salir avante de la adversidad.

La diversificación de acepciones que puede llegar a tomar la conciliación extrajudicial, bajo la influencia de una u otra escuela o teoría del derecho, permite identificar que lo realmente importante es determinar el origen o materia prima de la conciliación, y en este orden de ideas es importante revisar el conflicto y el caos como fuente originaria.

CAPITULO III – El Conflicto Y La Conciliación Extrajudicial

3.1 El conflicto y el caos.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra CONFLICTO procede de la voz latina CONFLICTUS que significa lo más recio de un combate. Punto en que aparece incierto el resultado de una pelea. Antagonismo, pugna, oposición, combate. Angustia de ánimo, apuro, situación desgraciada y de difícil salida. Desde una definición etimológica, la palabra “conflicto” está formado por el prefijo con – (convergencia, unión) y el participio de figere (golpe), lo que viene siendo un pleito.

El conflicto no puede ser el antagonista de la vida pacifica en sociedad, puesto que en sí mismo no adquiere la connotación de algo malo o indeseable, por el contrario, es algo connatural al desarrollo de todas las manifestaciones de vida, es neutro, simplemente sucede y es algo innato que en todas las épocas históricas, costumbres, países, razas, grupos y clases sociales han experimentado, experimentan y experimentaran en sus relaciones con el entorno, como generaciones espontáneas de situaciones de conflicto o de caos.

El pensador (Moreno, 2014)en el desarrollo de la teoría del caos social, nos señala que:

> "considerar el caos como desorden implica lógicamente también la existencia de un orden, que así mismo ha de ser absoluto. Y referido esto a las sociedades humanas, es una evidencia que en éstas ni se da el desorden total ni un orden perfecto… Y si en vez del orden social nos referimos al orden mental, hay que hacer una reflexión similar. Bergeret, desde la psiquiatría, advierte que ninguna personalidad está formada absolutamente en orden o absolutamente en desorden, pues el orden mental corresponde a una buena adaptabilidad a las condiciones que en cada momento corresponden a las realidades interiores y exteriores del sujeto."

Por lo cual ha de verse el conflicto como relaciones sociales antagónicas, donde predomina la pugna entre contrarios, ricos versus pobres, empresas versus trabajadores, derecha versus izquierda, entre otros, todo esto enmarcado dentro de las raíces propias de la cultura, la religión, la política, su etnia y su economía.

Paradójicamente este caos por la generación de conflictos, es lo que permite las transformaciones, por cuanto como lo reseña el profesor de teología sistemática y ecuménica Leonardo Boff Concórdia, "El caos es la base del nuevo orden... y es posible salir del conflicto estimulando los elementos positivos del desorden"

La desavenencia es uno de los elementos para que exista un conflicto, sin embargo; también se requiere de más de un participante, de intereses opuestos, de un objeto de discordia y la percepción mutua de oposición.

Entonces ha de entenderse al caos y al conflicto como algo positivo que permite las transformaciones sociales de los nuevos ordenes, es como señalar que el conflicto es la realidad molesta con la que nos acostumbramos a convivir, por cuanto nos permite cambiar,

mejorar, saca lo mejor de sí mismo, transforma el mundo social y a su vez el mundo jurídico; ejemplo de ello, sin el caos de las guerras mundiales, pese a lo reprochables y desastrosas que fueron, hoy no existieran los Derechos Humanos.

3.2 El conflicto que permite la transformación

El conflicto se convierte entonces en el reto a superar para mantener el crecimiento y desarrollo de los pueblos, por tanto si "el conflicto nos supera, nos domina y no acertamos a saber qué significa y cómo manejarlo, nosotros mismos nos transformaremos en generadores de violencia y destrucción". (EduardVinyamata)

Para asimilar el concepto de la oportunidad de transformación con él, podemos asimilar el siguiente ejemplo:

> "El conflicto es como la lluvia, puede ser agente de la destrucción o de progreso para el hombre. En grandes cantidades y sin tener mecanismos para dirigirlo y encausarlo puede destruirnos. Por el contrario, en pequeñas cantidades puede ser fuente de estancamiento e inhibidor de la creatividad. Así, la tarea del ser humano respecto del agua: es construir un sistema de control y distribución del agua, que evite inundaciones, que permita su flujo adecuado".(Fundación mediación para todos y todas, 2014)

Lo paradójico es, que en el Derecho el conflicto igualmente es agente de destrucción de la sociedad, pero también la tarea del ser humano es el de construir mecanismos que permita un sistema de control que permita dirigirlo y encausarlo en oportunidades sociales.

La teoría del conflicto expuesta por (Remo F, 2002) reconoce que el conflicto no solo se desarrolla desde lo prohibido, sino también desde el amplio universo de lo permitido, por cuanto "toda relación social está llena de enfrentamientos producidos por la incompatibilidad de pretensiones que el sistema jurídico ha dejado en libertad de confrontación" por tanto no es válido afirmar que "el conflicto se agota solo con la clasificación que ocupan los conflictos jurídicos" ya que en sí mismo abarcan los que están por fuera del ordenamiento, pero que igualmente están prontos de ser resueltos. La relación Derecho- Conflicto, es aceptada en el manejo de los conflictos jurídicos, pero en los que son universales no solo el Derecho se involucra, sino requiere la interdisciplinariedad de la Sociología, la Psicología, el Derecho, las matemáticas, la Administración, entre otros, para resolver los mismos.

3.3 La conflictividad y la comprensión del conflicto

Desde la conflictividad, ha de observarse al "ordenamiento jurídico como un método institucionalizado de administración de conflictos en sentido amplio (prevención y resolución)", no como un solucionador de conflictos porque dejaría por fuera aquellos que se generan desde lo no prohibido, es decir desde lo permitido. La dificultad se presentará cuando nos encontremos ante dos conductas que están permitidas "permitido vs. Permitido, como comprende que alguien que no tiene ninguna obligación respecto al otro, esté en conflicto con él", La conciencia sobre el conflicto, es un aspecto fundamental de comprender antes de entrar a determinar los métodos para su solución. Louis Kriesgerg contempla seis situaciones distintas entorno a la comprensión del conflicto frente a una situación objetiva que lo pueda llegar a generar de conformidad con el siguiente cuadro:

Tabla 2. Conciencia del conflicto

Situación objetiva	Ambas partes creen que existe un conflicto	Una de las partes cree que existe un conflicto y la otra no	Ninguna de las partes cree que existe un conflicto
Conflictiva	1	2	3
No conflictiva	4	5	6

Fuente: Conciencia del Conflicto (Kriesberg, 1975)

Desde las seis situaciones planteadas, la número 1 y 6 son las que más visualizan el grado de conciencia que pueden tener los actores al momento de reconocer o negar la existencia de un conflicto, desde las situaciones 2 y 3, aunque existiendo conflicto una o ambas partes no lo visualizan, y en las situaciones 4 y 5, aunque no existiendo conflicto una o ambas partes lo visualizan erróneamente como conflicto.

Estas situaciones de conflicto, son algunas de las variables que influyen en la solución, puesto que en la 6, ni siquiera la situación no conflictiva es contemplada por ninguno como conflicto, pero aun existiendo la situación 1, las partes sin darse cuenta llegar a un primer acuerdo con respecto del conflicto, ya que aceptan la existencia del mismo, independientemente si lo van a solucionar o no.

Los mecanismos de solución de conflictos extrajudiciales, o incluso los judiciales, deben en un primer momento, identificar y buscar entre los actores consenso sobre la existencia o inexistencia del mismo, manejando las situaciones 2, 3,4 y 5 y llevándolas a alguno de los grados externos (1 y 6), ya que al determinarlo, hará más fácil solucionar el conflicto o aprobar la inexistencia del mismo.

Las relaciones y el grado de comprensión de los actores en el conflicto es quizás el punto de partida para el juego de su solución, una mala interpretación los llevara a desarrollar un “conflicto puro” donde una de las partes gana y la otra pierde, o un “conflicto impuro” donde todos ganen.

El conflicto nos permitirá aprender, evolucionar, transformarnos y ganar, aunque la tarea de entenderlo y asimilarlo es un cuanto más complicada. Tanto así que la conflictología es la ciencia del conflicto, que se constituye en el compendio de conocimientos, métodos y técnicas para abordar los conflictos en forma no violenta, el profesional que la práctica se denomina conflictólogo.

La conflictología nos señala que debemos abordar el conflicto de forma holística, como un todo, alejándonos de la simplificación de las cosas, por cuanto el conflicto no se fragmenta, siendo necesario la implementación de métodos, técnicas y herramientas no violentas para la transformación del conflicto y de la transformación de las personas en sí mismos.

Se debe buscar la cooperación mutua entre los contrarios, y esto es posible cuando se negocia, y se cuenta con el otro, legitimando al otro y renunciando a una verdad absoluta sometida a discusión.

3.4 Sistemas de Resolución de Conflictos

La reclamación frente al surgimiento de conflictos, llevará a los sujetos involucrados a acudir a algún sistema o mecanismo que le permita solucionarlos, pues no será soportable convivir en conflicto, es por ello que tradicionalmente se ha aceptado tres sistemas de resolución de conflictos:

3.4.1 Autotutela o Autodefensa

Consiste en someter el conflicto a la voluntad del más fuerte, o “justicia por propia mano que excluye la concertación, en donde el más hábil impone por su destreza, inteligencia, fuerza o habilidad, la solución al contrario”(Rojas Gómez , 2013) produciéndose la solución de la controversia para al menos una de las partes, pero concadenando la creación de más conflictos para la parte más débil.

El profesor (Peláez Hernandez, 2013) describe a este sistema de autodefensa como “un estado de formación incipiente de la organización social, y donde la principal característica era el uso de la fuerza, de tal manera que la resolución de los conflictos se ceñía a la Ley del más fuerte”.

No podemos negar que los medios tradicionales (no aceptados) como la violencia, el engaño, la fuerza unilateral, la coerción ilegítima, han resultado ser medios que parecen ser exitosos para muchos desde la aparición de las primeras sociedades, sin embargo en algunas regulaciones, puede existir “autotutela licita, como es el caso de la legítima defensa en materia criminal”(Véscovi, 1984)en donde la imposición por la fuerza no resultaría contraria para la resolución de un conflicto o controversia.

3.4.2 Autocomposición

Este sistema busca solucionar el conflicto mediante el consenso de los involucrados, donde se lleva a restablecer el orden alterado; en la autocomposición, “al encontrar las propias partes

en conflicto la solución de éste, ya sea a través del pacto, de la renuncia o del reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria, resulta que aquéllas están ya ante una forma altruista, más humanizadora de solución de esos conflictos"(Gómez Lara, 2004), siendo un método pacifista sin ningún tipo de expresión violenta.

El profesor (Junco Vargas, 2002) manifiesta que "es una manera privada en la cual las mismas partes despliegan una actitud de buscar entre ellas una solución, sin necesidad de acudir al Estado o a un tercero para encontrar el arreglo"

Dentro de los sistemas autocompositivos encontramos figuras como la mediación, la amigable composición, la transacción, el contrato, la agencia oficiosa, la donación, la renuncia de derechos y la conciliación, esta última considerada por algunos autores[16]como un hibrido entre autocomposición y heterocomposición, sin embargo es aceptada debido a que en la conciliación son las partes las que adoptan la solución de su controversia, por ende se clasifica mejor en la Autocomposición.

3.4.3 Heterocomposición

Permite mediante la participación de un tercero extraño a la disputa, componer o dirimir mediante resolución la controversia. Siendo "el reconocimiento que hacen los intervinientes en el conflicto de un tercero facultado para resolver sus diferencias con fuerza vinculante, no solamente para ellos, sino para la colectividad en general"(Peláez Hernandez, 2013) este

[16] Junco Vargas. José Roberto. Clasifica a la conciliación dentro de un sistema intermedio de heterocomposición por cuanto "el Estado delega la potestad de intervención en un tercero que no tiene la calidad de autoridad, y que por razones prácticas y de interés para el Estado moderno, se permite su participación y en algunos casos se regula su intervención"

sistema se desarrolla bajo la administración de justicia permanente que realiza la Judicatura o excepcionalmente previo a la existencia de un pacto arbitral, los tribunales de Arbitramento.

También se considera que la heterocomposición "es la manera mediante la cual el Estado se manifiesta para mostrar el imperio de la justicia, el monopolio estatal en la solución de los conflictos"(Junco Vargas, 2002), siendo solo admisible la voluntad de las partes para acceder al sistema, pero la solución del mismo se reserva para el juez o árbitro, no obstante se permite la interrelación con el sistema autocompositivo para la terminación anticipada de la actuación judicial, ya sea por conciliación, transacción o desistimiento.

3.5 La Conciliación Activa y el conflicto en su contexto.

Roger Fisher, sostiene que "un elemento clave para comprender por qué suceden las cosas, es saber por qué las personas toman decisiones del modo que lo hacen"(Ledesma N, 2000). Allí la importancia de analizar un conflicto, pues de lo contrario no se dispone de información necesaria para su solución. Para ello debemos conocer a los protagonistas, su cultura para entenderlos mejor, los paradigmas que prevalecen, las causas que lo originaron, los problemas de comunicación subyacentes, las emociones, las percepciones de las partes, las expectativas, los valores y principios, formas de reaccionar, la influencia de los factores externos, y sobre todo, las posiciones, intereses y necesidades de los protagonistas, solo así se tendrá la concepción Holística del conflicto que permitirá abordarlo de forma asertiva.

Entonces, la forma de resolver o transformar un conflicto es cuando todos los involucrados participan en ello; cuando todos de alguna u otra manera satisfacen alguno o todos sus intereses.

Entregar a los particulares esta actividad de transformar los conflictos, no es más que el reconocimiento por parte del Estado para "garantizar a sus habitantes la libertad de expresión de sus conflictos" (Junco Vargas, 2002), pero así mismo darles el empoderamiento de solucionarlos sin violentar otras libertades.

Ese empoderamiento de las partes, se puede llegar a plantear en la negociación que se desarrolla al interior de la conciliación, por cuanto se busca establecer acuerdos que generen valor para ambas partes, o para alguna de ellas sin empeorar a la otra, a esto se le conoce como gestionar el conflicto, y se logra cuando se "buscan acuerdos que generen valor y que aprovechen las diferencias en las preferencias relativas, para minimizar los costes de la transacción y establecer relaciones de futuro… no se trata de una simple aplicación de técnicas, sino resolver problemas de la sociedad de la forma más eficaz y creativa posible"(Mnookin, Peppet, & Tulumello, 2003).

La conciliación de forma general involucra esos métodos y herramientas que permiten el manejo del conflicto, siendo función del conciliador como conflictólogo, la incorporación al conflicto de los involucrados para que sean ellos mismos los responsables de su transformación.

Este mecanismo de la conciliación, no puede ser aplicado sin tener en cuenta los problemas propios del sistema jurídico en el que se desarrolla, porque puede llegar a suceder que desdibujamos las bondades y beneficios del mismo, como ha sucedido en la incorporación de retazos normativos exitosos en otras latitudes, pero que llevan al fracaso en la nuestra, por ello debe ubicarse en la problemática:

> "Los estudiosos de conflictos desde el punto de vista sociológico, a través de estudios de casos, señalan que en Colombia existe una tradición litigiosa, es decir, que las personas involucradas en conflictos intersubjetivos, han preferido normalmente el uso del proceso judicial, sin pensar en otros mecanismos que atañen a obtener una convivencia armónica, olvidándose que históricamente han existido dentro de las comunidades prácticas de solución de conflictos cotidianos distintas al uso de la fuerza o vías de hecho, lo cual ha conllevado el desarrollo de normas no escritas para el tratamiento más adecuado de estos, tal es el caso de grupos indígenas que usan el palabrero para que maneje el conflicto, caso: grupos étnicos de la Guajira".(Restrepo Arredondo, 2011)

Las relaciones cotidianas que se presentan en las diferentes regiones del territorio nacional, pudiera permitir referenciar que "en Colombia, un país caracterizado por la complejidad de conflictos de diversa índole y por una violencia de mil caras, todos los conflictos pueden ser solucionados a través de mecanismos formales, sin embargo; estos deberían reservarse para los conflictos más graves de la sociedad, y los pequeños pero innumerables, deben ser resueltos a través de formas alternativas donde impera la mediación, la transacción, la conciliación y los fallos en equidad"(González Díaz, 1994), lo que resultaría complejo es determinar la efectividad de los mismos, y poder caracterizar cuales son los graves y cuales ortos son los pequeños, pero se permitiría experimentar un acceso a la justicia más directo.

En la práctica, el hecho de acudir a la conciliación Extrajudicial, no necesariamente lleva a la resolución de los conflictos, debido a que como bien lo Referencia (Preciado, 2010) Hart, en su Filosofía Analítica, señala que "el Hombre tiene una voluntad limitada, y esa misma

voluntad limitada es quien lo lleva al incumplimiento de sus compromisos, y por ello acude a la justicia tradicionalmente concebida como medida que mantiene o restablece un equilibrio o proporción social".

Recordemos que dentro de los fines de la conciliación encontramos "la reconciliación entre las personas" (Junco Vargas, 2002) por ello es necesario que los contrarios sientan que el conflicto les interesa, y que son responsables también de su solución, es empoderarlos del conflicto, el cual se logra mediante la conciliación, pero una conciliación activa en la participación del problema.

Por ello es una institución que se cimienta en la voluntad de las partes, en los acuerdos realizados, aunque siempre exista la posibilidad al incumplimiento de los mismos; y es ahí donde la institución de la conciliación, dejaría de cumplir su objetivo de solución alternativa de conflictos, y el acuerdo debe ser ejecutado por la vía judicial, pasando de ser un mecanismo alternativo y de descongestión judicial, a un mecanismo de demora judicial, cuando ello ocurre, los conflictos tiende por su naturaleza a la jurisdicción, toda vez que la institución de la conciliación carece de los mecanismos del JUS imperius, para el obedecimiento de los acuerdos por si solos, sin la indulgencia de la justicia común.

Dar solución a la conflictividad que se presenta por el incremento de las relaciones humanas, la complejidad de la organización territorial, la expansión poblacional, entre otros, han contribuido a que se generara en todos los países una congestión del sistema judicial, en detrimento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. "En esta línea, desde la década de los sesenta en los Estados Unidos y los noventa en España y Colombia, surgen los Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, como sistemas de regulación social encaminados a la gestión del conflicto, más que a la búsqueda de la justicia; se presentan

como medios más rápidos, menos costosos y que favorecen preservar la posible relación de futuro entre las partes”(Aviles Navarro, 2008).

Por ende, el análisis de mostrar que la aplicación de normas procesales en la Conciliación Extrajudicial, no son la solución de conflictos, será el tema central y objeto de la investigación, para reflexionar sobre un modelo teórico de ejecutoriedad desde la Constitucionalidad de los acuerdos, por parte del conciliador habilitado previamente por las partes, como un ejecutor del acta acordada libre y voluntariamente entre ellas; es decir darle dientes desde los ámbitos constitucionales para cumplir su cometido de resolución de conflictos definitivos, que conlleven a una real descongestión, y no seguir bajo el modelo de demora judicial.

No basta con que se le reconozca a Colombia a nivel internacional, por la regulación tan precisa y extensa de los MASC, cuando en la realidad “No se ha hecho ningún esfuerzo por entender la naturaleza de los conflictos en comunidades específicas ni los métodos que las personas locales usan para resolverlos”(Faundes & Angell, 2005), por ello aunque dentro de un mismo territorio exista la diversidad de culturas y mecanismos de solución de conflictos, será infructuoso la regulación concreta de un mecanismo que aunque “alterno”, en la actualidad se asemeja más a la naturaleza de un proceso.

“El conflicto no es en sí mismo un problema que vive el ciudadano, pues su preocupación principal está más bien en la forma como va a tramitar su solución”(Junco Vargas, 2002), preocupación que cobra vital importancia, como respuesta para tramitar los diversos conflictos en soluciones, y esto es posible mediante la Conciliación Extrajudicial.

La conciliación extrajudicial, como mecanismo del sistema de resolución de conflictos, debe estar acorde a unas etapas y procedimientos de desarrollo para lograr el objetivo de

solucionar eficazmente el conflicto, por ende, es necesario conocer la influencia del derecho procesal en su trámite, pero desde la teoría procesal y su filosofía de desarrollo.

Capitulo IV – Estudio Del Derecho Procesal: El Desarrollo De La Teoría Procesal En La Conciliación Extrajudicial.

La conciliación extrajudicial solo logrará ser transformada y por consiguiente generadora de una verdadera cultura de la paz mediante la resolución de conflictos, en la medida que se estudie desde una aptitud critica; no se trata entonces de batallar los señalamientos ya dados por otros autores, la jurisprudencia y/o la misma ley, se trata de pensar mediante la crítica reflexiva, como pudiera ser mejor.

"Conócete a ti mismo", frase que parece indicarnos que la mejor forma de sacar lo mejor de sí, es mediante el autoconocimiento, pues bien, resulta que no nos conocemos en la medida que la sociedad acepta todo lo que se dice, ya que el verdadero conocimiento implica unas jornadas de autodescubrimiento.

Lo mismo pasa en la conciliación extrajudicial, aparentemente conocemos de donde nace la figura, como se desarrolla, cuáles son sus etapas, resultados, alternativas, pero no criticamos si lo que se hace, se hace bien, o pudiera ser mejor.

Indudablemente la conciliación extrajudicial tiene muchos beneficios, pero a criterio del autor, se sustentan en concepciones erróneas y negaciones que con el tiempo se han de aceptar a la fuerza. Como por ejemplo, señalar que la conciliación extrajudicial es de naturaleza constitucional y no procesal, sin embargo las cosas son como son, y hay que llamarlas por su nombre.

La forma correcta de analizar la notada intervención del Derecho Procesal en la conciliación extrajudicial, es a través de un estudio de derecho procesal, en donde se analice su esencia, ontología y finalidades, para posteriormente asociarlo con el desarrollo dado en la conciliación extrajudicial en Colombia, mostrando la tendencia arraigada del procesalismo en una figura que aparentemente es de origen constitucional.

Para lograr la comparación entre Derecho Procesal y la Conciliación, se hace necesario analizar cuál es la filosofía del Derecho Procesal, su hermenéutica en su interpretación, la definición y sus características, para posteriormente determinar las principales instituciones aplicadas a la conciliación desde la teoría general del proceso, no entrando con ello a contradecir otras posiciones, sino más bien mostrándolas desde una visión diferente.

4.1 La filosofía del Derecho Procesal

Se puede definir a la filosofía jurídica como "una rama de la filosofía, no circunscrita a una de las parcelas de las ciencias jurídicas, que persigue una aproximación intelectual al fenómeno jurídico desde un horizonte omnicomprensivo" (Agudelo Ramírez, 2006) y que además cuestiona el conocimiento producido por el jurista y el derecho positivo. Abordando los problemas mediante un ejercicio crítico e integrativo de otras disciplinas afines a la dogmática jurídica.

El objeto formal de la filosofía del derecho "es indefinido por tratarse de la realidad jurídica en toda su extensión, ello no obsta para que el estudio filosófico jurídico sea de carácter concreto, ya que a través de éste es dable conciliar validez y eficacia normativas

con las otras dos dimensiones: justicia (dimensión valorativa) y legitimidad (dimensión fáctica)" (KAUFMANN, 2007).

Así las cosas, el punto básico que justifica la filosofía del derecho es la racionalidad práctica en un marco reflexivo entre las racionalidades formal y material, cuyo norte sea la teoría de la justicia; Kaufmann, aduce que la filosofía jurídica carece de un objeto material, dado el carácter general y omnicomprensivo, en contraposición Alf Ross, manifiesta que sí es posible identificar el objeto de la iusfilosofía, peo vinculando más a la filosofía como método que como teoría. Así la filosofía del derecho está por encima de la ciencia jurídica.

El profesor Martin Agudelo Ramírez, tomando la postura de Alf Ross, es uno de los precursores de la corriente de la filosofía del derecho procesal, al considerar que estableciendo su objeto se tiene una filosofía propia que se desprende de la filosofía del derecho mismo, afirmando que "la filosofía del Derecho Procesal suministra elementos amplios y críticos para comprender el desarrollo de los diversos procedimientos, teniendo en cuenta la importancia del pluralismo, de la igualdad y de la amplia participación que ha de garantizarse en aquellas relaciones procedimentales, tanto las tríadicas (procesos jurisdiccionales) como en aquellos procedimientos de orden lineal que deben observar respeto a los principios de orden procesal"(Agudelo Ramírez , 2006).

De acuerdo a lo planteado, la figura de la conciliación extrajudicial al encontrarse por fuera del proceso judicial (tríadica), se acogería que hace parte de aquellos procedimientos de orden lineal, en el cual basta con garantizar los principios propios de la figura, para entender que se está aplicando dogmática procesal.

Esta filosofía, aborda un juego dialectico de racionabilidad práctica, que conlleva a la aplicación adecuada de las normas en los casos concretos, permitiendo la renovación constante

de las teorías aplicadas en atención a los cambios de paradigmas. Toda vez que esta filosofía sobrepasa los límites normativos-positivos, reconstruyendo la doctrina procesal de forma permanente, ya que la relación jurídica procesal está en constante movimiento y avanza gradualmente, gracias a que "el proceso y los procedimientos son dos conceptos esencialmente dinámicos"[17]

La filosofía procesal, contempla que "los principios son auténticas normas creadoras del derecho instrumental y orientadoras de la política procesal, por tanto permiten crear, modificar y derogar normas procesales"(Agudelo Ramírez , 2006), interpretación que aplicada a la figura de la conciliación extrajudicial, llevaría a manifestar que solo con el reconocimiento de principios, bastaría para desarrollar todo el procedimiento conciliatorio, sin desconocer su arraigo al derecho procesal.

4.2 Los principios y su relación con la filosofía del Derecho Procesal

Los principios legitiman las reglas procesales, al prescribir mandatos deontológicos que según su grado de desarrollo y aplicación permiten que la función jurisdiccional se ejecute sin tropiezos, apuntando a la realización del derecho sustantivo.

Un principio es una orden con contenido filosófico-jurídico que prescribe la realización de algo en la mayor medida de lo posible, con fuerza normativa propia, atendiendo a las particularidades de cada situación concreta o en conflicto. Por el contrario la regla posee un mandato definitivo, que debe realizarse de la forma que ella prescribe. Obedecen a la

[17]Enrico Tulio Luberman.

configuración del “todo o nada”. En cambio, un principio se materializa en cuanto las situaciones de hecho y de derecho lo permitan.

“En virtud de que cada principio tiene un peso relativo, la tensión entre principios se soluciona determinando cuál es el más importante o sólido. Sin embargo, la inaplicación del principio vencido no traduce su exclusión del ordenamiento, lo cual si sucede en tratándose de reglas jurídicas” (Agudelo Ramírez , 2006).

“Concretamente, en el tema procesal los principios son normas con capacidad de creación de reglas procedimentales y que a su vez determina la política procesal estatal. Igualmente, orientan la actividad legislativa procesal. Son cánones iluminadores de la función jurisdiccional, aplicados mediante la intermediación de una norma positiva, reforzándose así la seguridad jurídica”(Agudelo Ramírez , 2006).

4.3 La realidad de la filosofía del Derecho Procesal

Dentro de la filosofía del Derecho Procesal, no hay lugar a la tradicional discusión de la autonomía del derecho procesal del sustancial, por cuanto de no se concibe la supremacía del derecho sustantivo, pues la relación entre ambas ramas no debe ser antagónica o excluyente, ni vertical, sino de mutua cooperación y horizontalidad.

Es solo bajo estos supuestos que se logrará: “una correcta administración de justicia; una idónea materialización de las políticas estatales; y por último, y más trascendental, la concreción de la cláusula social de nuestro Estado de derecho” (Agudelo Ramírez , 2006).

En atención a la sustancia de la norma procesal, se advierte en primer lugar su instrumentalidad, toda vez que en ellas se consagran los medios y mecanismos que permitirán la superación del conflicto, actualizando así el derecho objetivo. En este mismo orden de ideas, las normas procesales indican que autoridad u órgano específico habrá de conocer determinado asunto, es decir, atribuyen competencia. Las normas procesales estipulan también los límites de la decisión final y el comportamiento de las partes procesales y terceros dentro del procedimiento.

No obstante a lo anterior, la horizontalidad entre el derecho sustancial y el procesal es indudable, más aun cuando el ordenamiento jurídico y el desarrollo jurisprudencial evidencia la posibilidad de incurrir en una "vía de hecho" cuando se apartan del procedimiento establecido para la solución de los conflictos, por ello pronunciamientos de la Corte Constitucional en las sentencias T-424/93, T-433/93, T-576/93., T-135/94. T-175/94 y T-231/94, ratifican que "se puede constituir "vía de hecho" cuando una actuación, procede en abierta contradicción o violación de la ley, como cuando obra prescindiendo de las normas de procedimiento, y, entre ellas, las relativas a las pruebas. En pocas palabras, la vía de hecho supone la arbitrariedad, lo cual ocurre cuando el juez la adopta contrariando ostensiblemente el contenido y voluntad de la ley o desconociendo ritualidades cuya observancia consagran una garantía del derecho de defensa de las partes en el proceso. En este orden de ideas, la vía de hecho judicial, en la forma y en el fondo, equivale a la más patente violación del derecho a la jurisdicción", siendo un ejemplo del estrecho vínculo entre el derecho sustancial y el procesal.

4.4 La Ontología de la filosofía del Derecho Procesal

En la construcción ontológica de la filosofía del derecho procesal, es importante precisar que el profesor Martin Agudelo, siguiendo el pensamiento del profesor Norberto Bobbio , concibe los subtemas de la ontología jurídica, al precisar que al cumplirse los preceptos de: i)Concepto de norma y clasificación; ii) Fuentes del derecho; iii)Validez y norma fundamental; iv)Plenitud del orden jurídico: lagunas y métodos de integración; v)Coherencia (solución de antinomias); y vi) La norma en el espacio y tiempo y en relación con otros órdenes materiales, se está en presencia de una verdadera estructura propia y autónoma de la Filosofía del Derecho Procesal.

Frente a estos preceptos, es importante precisar la necesidad de distinguir entre normas de conducta y normas de competencia. “En las primeras se prescriben parámetros de conducta humana. En cambio, las segundas indican cómo se crean las normas de conducta, estableciendo para ello un poder o autoridad. En este grupo se encuentran las normas procesales, merced a que éstas consagran el discernimiento de los diferentes medios para la actualización del derecho objetivo, y sería la norma jurisdiccional contenida en la norma jurisdiccional contenida en la parte resolutiva del fallo la disposición producto de ese poder de juzgar, dada al aparato jurisdiccional del Estado” (Agudelo Ramírez , 2006)

A pesar de lo anterior, “Ross deja la puerta abierta para la mezcla e indeterminación de las normas de un sistema, pues asevera que las normas de competencia pueden transformarse en normas de conducta, pues pueden contener directrices que el aplicador de justicia debe considerar. Ha de recalcarse para evitar esta situación, que las normas procesales no regulan conductas objetivas sino procedimientos y trámites para la obtención de una decisión en

derecho, por lo que no es dable bajo ninguna circunstancia la confusión en la que incurre este pensador".

Para Piero Calamandrei, "la norma procesal regla lo atinente a la forma externa del fallo y los presupuestos para su validez. No tocan nada relativo al tema de decisión, pues éste está contenido en normas sustantivas y sancionatorias". Por su parte Francesco Carnelutti "indica que los supuestos de hecho de las normas procesales son más complejos, habida cuenta de los requisitos y condicionamientos que consagran."

4.5 La Hermenéutica en la filosofía del Derecho Procesal.

A través de la hermenéutica jurídica se logra la concreción del derecho, marcando el vínculo entre hombre y normatividad, y el derecho procesal no es la excepción, por cuanto se requiere del hombre para determinar el sentido de las normas jurídicas, siendo ello conducente a la justicia y al derecho correcto. La (Corte Constitucional T-406, 1992) afirma que "la relación entre derechos fundamentales e interpretación debe ser realizada por el juez. Con lo anterior se irá construyendo un esquema hermenéutico de los derechos adecuado a la realidad del subdesarrollo latinoamericano, y se avanza en el vínculo Constitución-hecho social", en este orden de ideas, es propicio afirmar que desde el Derecho al Debido Proceso, la hermenéutica ayuda a construir derechos que tengan el carácter de fundamental en la medida que se reúnan los requisitos esenciales de 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.

Para la existencia de una hermenéutica en la filosofía del Derecho procesal, el profesor Agudelo señala que se pueden establecer unas reglas orientadoras dentro de la labor interpretativa en derecho procesal:

- Más eiségesis (buscar lo oculto en los textos), que exégesis;
- Acudir siempre a la kénosis, es decir, tener en cuenta las particularidades del caso concreto y no tanto las generalidades de la ley;
- Recordar constantemente el carácter instrumental de la norma procesal: ella es un medio y no un fin;
- Aplicar los principios de la normatividad principal y darle más importancia a la ponderación;
- Interpretar de manera extensiva, restrictiva, declarativa o sistemática;
- El juez es también creador de derecho; y
- "Omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria."

4.6 Definición de Derecho Procesal.

Comprendiendo lo que involucra la filosofía del derecho procesal, se requiere definir qué se entiende por Derecho procesal, por ello los estudios de esta rama lo definen como:

> "El conjunto de normas que reglamentan la forma como la rama jurisdiccional actúa en el cumplimiento de su función de administrar justicia"(Azula Camacho, 2010).

"El conjunto de normas jurídicas dictadas por el Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional"(Morales Molina, 1965)

"Es un cúmulo de actos que por su orden temporal, su dinámica, la forma de desenvolverse como una secuencia progresiva con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión" (Couture, 1979)

"El concebido como instrumento de realización del Derecho sustancial" (Rojas Gómez , 2013)

"El que desarrolla los elementos a través de los cuales se resuelven conflictos en sociedad, para hacer efectivo el derecho sustancial mediante la regulación sistemática las diversas instituciones para obtener una pronta, cumplida y eficaz justicia"(Peláez Hernandez, 2013)

Si se analizan detenidamente estas dos últimas definiciones, comparadas con el concepto de conciliación no estaría en discordia afirmar que: efectivamente la Conciliación Extrajudicial forma parte del Derecho Procesal, puesto que es un instrumento para la realización del derecho sustancial mediante la resolución de conflictos.

4.6.1 Características del Derecho Procesal

La evolución legislativa ha planteado que las características del derecho procesal son su autonomía, instrumentalidad y su formalidad, las cuales distinguen al derecho sustancial del procesal, de acuerdo a los siguientes criterios:

Autónomo: No se encuentra supeditado a ninguna otra rama del derecho para hacer efectiva su aplicabilidad, pues conserva una autonomía respecto del derecho sustancial, que hasta la misma jurisprudencia le reconoce al Derecho Procesal. (Corte Constitucional C-918 , 2001)

Instrumental: Son los elementos o herramientas indispensables para la satisfacción de las necesidades, mediante el cumplimiento de los requisitos de los actos y el cumplimiento de las reglas de conducta al interior de un proceso, encaminados a solucionar el conflicto de intereses. (Corte Constitucional C-029, 1995)

Formal: Tiene formalidades propias que se deben cumplir por parte de los sujetos que intervienen, los actos que se desarrollan en cada una de las etapas y las actuaciones de los funcionarios jurisdiccionales. (Corte Constitucional C-918 , 2001)

Estableciendo que de estas características se derivan las funciones del derecho procesal, en procura de la satisfacción del interés individual en la problemática concreta; la garantía de la defensa adecuada de los intereses en juego; y eficacia del régimen jurídico.

De la misma forma si se analiza a la conciliación extrajudicial con las características del Derecho Procesal, no se encuentran puntos de discordias, pudiendo afirmar que la conciliación también tiene por característica ser autónomo, ser instrumento para la realización del derecho sustancial, y tener unas formas propias dentro de los procedimientos establecidos.

4.7 La Teoría General del Proceso en la Conciliación Extrajudicial

Para lograr convencer de la permeabilidad del derecho procesal en la Conciliación, es necesario mostrar desde la Teoría General del Proceso, como la idea Constitucional de

independencia y principios, ha sido transformada en una institución reglada que se asemeja más a un procedimiento que a un mecanismo alternativo.

Este mecanismo a pesar de tener amplias bondades para la gestión y solución de conflictos, no se le ha reconocido su verdadera autonomía como instituto jurídico, por cuanto algunos aún la conciben como un "mecanismo de Descongestión"[18] del aparato judicial, o como un "presupuesto procesal de la Demanda"[19], también como "acto jurídico"[20], o una "etapa previa al proceso", incluso algunos la señalan como "una regla técnica del procedimiento"[21], la ley también la reconoce como una "forma anormal de terminación del proceso", o en su forma más peyorativa como un mero "requisito".

Cualquiera que fuera su denominación, evidencia que no se ha concretado la naturaleza jurídica de la conciliación, por cuanto se puede clasificar dentro de la teoría procesalista, o en la teoría jurisdiccional, o en la teoría negocial, o por aquella tendencia que la clasificaría como teoría mixta o eclíptica, esta última particular teoría es aceptada por aquellos que no se atreven o no quieren tomar partido y ser encasillado como defensor de alguna de las anteriores, aunque en ocasiones se está frente a una realidad evidente.

Ningún proceso de transformación ideológico de los institutos jurídicos, puede hacerse realidad si desconocemos la inicial naturaleza jurídica del mismo, por ello a continuación , se procederá a evidenciar que la Conciliación Extrajudicial colombiana, está arraigada a la teoría procesal tradicional, y aunque esta afirmación pueda ser contradictoria al pensamiento de quienes la contemplan como un mecanismo autónomo naciente del orden constitucional, se

[18] Ley 640 de 2001. Denominación de la ley
[19] Articulo 36 Ley 640/2001.
[20] Así la considera el profesor José Roberto Junco.
[21] Clasificada y denominada de esta manera por autores como Miguel Enrique Rojas y Hernán Fabio López.

pretende demostrar que mediante la aceptación de esta realidad podemos estructurar una naciente naturaleza jurídica desde la teoría procesal constitucional.

La aceptación de la procesabilización en la conciliación, permitirá analizar si su desarrollo normativo ha sido efectivo en la realidad colombiana, si la carga de descongestión judicial se cumple cabalmente sin ningún sacrifico, si se cumplen los fines de la conciliación, y si la figura no ha sido desnaturalizada desde el mandato constitucional.

4.8 Perspectivas de la naturaleza jurídica de la conciliación.

La naturaleza jurídica como origen o sustento de desarrollo de las figuras e instituciones del ordenamiento jurídico, permite conocer la teleología y desarrollo de las mismas; frente a la Conciliación Extrajudicial, a lo largo de la historia, desde las diferentes fuentes del derecho, se han diversificado diferentes perspectivas, que se apropian de la naturaleza jurídica de la Conciliación, no importando que algunas de ellas mesclen características propias de cada una, para fundar una nueva, siendo las más recocidas:

4.8.1 Perspectiva Procesalista:

Define la conciliación como “un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o

determinado como conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes”[22].

“Los defensores de esta corriente sostienen que la conciliación es de naturaleza procesal, por corresponder a una etapa del proceso, aunque se desarrolle previamente”(Gil Echeverry, 2007), así mismo la jurisprudencia ha declarado la existencia de algunos elementos propios del Derecho Procesal en la conciliación, al hacer referencia “al principio del debido proceso”(Corte constitucional T-197, 1995), o también llamado “debido proceso conciliatorio” (Corte Constitucional C-592, 1992), y al analizar la constitucionalidad de la ley 640 de 2001, se pronuncia manifestando que en la conciliación “existe un verdadero procedimiento”(Corte Constitucional C- 1195, 2001), por cuanto se deben sujetar a formalidades en el trámite, en los resultados y en su posterior registro.

Confirmando que no solo desde la óptica legislativa sino también desde la jurisdiccional, ven en el mecanismo un procedimiento, más no una figura individualmente efectiva.

Como acto Procesal, se ha sostenido que el resultado de “la conciliación es equivalente a una sentencia, y no constitutiva como la considera la mayoría a un negocio jurídico, por tanto es improcedente su anulación por vicios del consentimiento”[23], y desde la teoría de los Actos procesales, se muestra que la conciliación comparte muchas de las características propias a un proceso judicial (actos procesales de la conciliación), que como se analizará más adelante, afianzan la ideología que independientemente de su origen, el mecanismo se ha constituido y desarrollado en base a conceptos procesales.

---

[22]Línea Institucional Ministerio de Justicia y del Derecho, Definición Conciliación, Consultada en el portal web, www.conciliacion.gov.co, el día 01 de Noviembre de 2012.
[23]Salvamento de voto a la sentencia de la sala laboral de 6 de julio de 1992, ex 4624.

4.8.2 Perspectiva Negocial:

Siguiendo a Rousseau, se puede decir que "todos los individuos que hacen parte de un Estado acuerdan sus derechos y obligaciones, los cuales están consignados en un gran documento jurídico político llamado Constitución, el cual consagra los procedimientos para alcanzar la justicia". Por ende reconoce el principio de la autonomía de la voluntad, en donde son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas. Consideraba al contrato como fuente de toda justicia y como realización de las libertades individuales. "La tesis es conciliable enteramente con las doctrinas económicas que sostienen que la armonía y el progreso resulta del libre juego de las conductas individuales y del libre cruce de la oferta y la demanda."

La conciliación además de ser un procedimiento "es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes"(MinJusticia, 2012)

Desde la óptica del acuerdo contenido en el acta final, está "sí constituye un verdadero negocio jurídico, pues contiene manifestaciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos"(Gil Echeverry, 2007), sin embargo; a esta perspectiva se le contradice en el sentido que tiene una visión sustancial de la conciliación, dejando de lado el proceso conciliatorio, no siendo equiparable que el acta de conciliación se asemeje a un contrato por cuanto los medios escogidos para llegar a este resultado son distintos.

4.8.3 Perspectiva Jurisdiccional

Al ser la conciliación un mecanismo que asume función jurisdiccional de manera temporal para el caso en cuestión, cumple la función de administrador alterno de justicia, otorgada directamente por el constituyente en el artículo 116 de la C.N, función que pudiera ser equiparable con la función que realiza la jurisdicción de forma permanente.

La jurisprudencia ha expuesto que la conciliación es "un acto jurisdiccional, porque la decisión final que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial y presta mérito ejecutivo"(Sentencia Corte Constitucional C-893, 2001), sin embargo; esta perspectiva es incompleta, ya que solo asocia a la conciliación con la función jurisdiccional, y no obstante la doctrina ha negado dicha función, "puesto que no es el conciliador quien define la controversia, sino que lo hacen las partes"(Gil Echeverry, 2007) por ello el conciliador no cuenta con el Poder de decisión que lo equipararía con el poder de decisión que si tienen los jueces, y solo se le permite que el conciliador realice un control de legalidad del mismo, más no impone a las partes la solución de un conflicto.

4.8.4 Perspectiva Mixta o ecléctica

El profesor Hernán Gil Echeverry, manifiesta que es aquella "que se constituye le la unión de la teoría procesal y la del negocio, pues comparten elementos indisolubles", por ello el procedimiento desarrollado en la audiencia es de índole procesal, pero el contenido de los acuerdos son de naturaleza sustancial.

Se puede concluir que hasta el momento, la doctrina y el desarrollo de la línea institucional del Ministerio de Justicia y del Derecho, tienen claro la existencia de estas cuatro posibles fuentes de la naturaleza jurídica de la conciliación, sin embargo ninguna engloba a la conciliación en su totalidad, y tomando en cuenta que la "adecuación de su naturaleza jurídica" se encuentra contemplada como una labor a desarrollar para Colombia 2019, será permitido reflexionar sobre la necesidad de transformación y proposición de una naciente teoría que pudiera abarcar todas las características de la conciliación sin desnaturalizar la figura[24].

4.9 Generalidades de la conciliación en las distintas áreas del Derecho, desde el ámbito procesal.

En el capítulo I se estudió la evolución historia y comparativa que la conciliación ha desarrollado incluso desde antes de la Constitución de 1991, pero se hace necesario analizar la ideología en la que se encuentra dentro de nuestro ordenamiento jurídico colombiano desde las diversas áreas del derecho, con la finalidad de vislumbrar los efectos jurídicos y sociales que generan las normas sustanciales – procesales referentes a la Institución, estableciendo como criterios de comparación, los elementos de ideología, aplicabilidad y efectos del incumplimiento.

[24]Esta será la reflexión teórica, entorno a la necesidad de aceptar que la naturaleza jurídica de la Conciliación Extrajudicial, yace de las teorías propias del Derecho Procesal Constitucional, situación que se analizará en el capítulo V, del presente escrito.

Es innegable resaltar que la doctrina procesal ha venido permeando el desarrollo de la Conciliación, si bien no de forma directa, si se acepta que el legislador acoge reflexiones de autores como Azula Camacho, Carlos Betancour y Urzan Bautista, quienes no desconocen que el proceso y los procedimientos son aquellos que dinamizan el Derecho, siendo quizás la conciliación, el móvil que el legislativo pueda utilizar para la descongestión judicial.

A continuación desde la las Teorías Procesales del Derecho Positivo, se analizará brevemente la conciliación extrajudicial desde las diferentes áreas del Derecho:

Desde el área penal, la institución de la conciliación está establecida, como una figura que tiene por ideología la reparación de derechos, pues está sometida al criterio de procesabilidad en los delitos de naturaleza de Querellables, donde se concilia los derechos lesionados, mas no el hecho del delito.

La conciliación en el ámbito penal responde más a la función de la retribución justa de la pena, que a la sanción penal del típico antijurídico. Aunque la aplicabilidad de la conciliación está restringida a aquellos asuntos que la ley penal taxativamente señala como susceptibles de conciliación. Y en este ámbito, la institución de la conciliación es tan fuerte, que los efectos que se generan, logra cambian un asunto que originalmente es de naturaleza penal, a un asunto netamente civil; ejemplo claro de la influencia de la aplicación de la teoría procesal positiva.

Sin embargo; el ejercicio profesional de aquellos que se desenvuelven en aquella área, o la experiencia generada en los procesos de conciliación[25] adelantados en los consultorios

[25]Durante los años 2010-2013, en el cargo de Monitor adscrito al Consultorio jurídico y Centro de Conciliación de la Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga, se desarrollaron acompañamientos por parte de los estudiantes y monitores, a las audiencias de conciliación o jornadas masivas de conciliación, en donde era constante encontrar que en los acuerdos que eran sometidos a plazos, generalmente son incumplidos por el obligado, y al haber migrado la naturaleza del asunto a ser Civil, no había lugar a iniciar el proceso respectivo para el cumplimiento del acta. Estas actuaciones podrían llegar a ser consideradas como actuaciones que revictimización del sujeto pasivo de la acción penal.

jurídicos, hacen denotar que el cambio de naturaleza penal a civil, conlleva una falla en la aplicación del IUS IMPERIUS de los acuerdos, convirtiéndose en algunos casos la conciliación, en un generador de impunidad de los delitos, ejemplo de ello ocurre cuando existe el incumplimiento de un acuerdo penal mediante acta de conciliación, y se torna difícil de explicar, como el hecho del delito queda impune, cuando creyendo en la buena fe de las partes, se suscribe un acta de conciliación, cesa la acción penal y por consiguiente se archiva la investigación del delito, porque existe cosa juzgada, pero cuando no se cumple el acuerdo, ya no interesa el delito, sino el acuerdo debe someterse a la jurisdicción civil por el efecto de mérito ejecutivo que presta el acta.

Claro ejemplo de la inconsistencia que la actual dogmática procesal somete a la conciliación como método de acceso a la justica y descongestión judicial; donde no interesa la investigación y/o castigo del delito y por consiguiente la efectivización de los derechos de la víctima, sino llanamente contar con una herramienta que permita cerrar las investigaciones penales que adelanta la fiscalía.

No con ello se quiere decir que se esté en contra de la conciliación en asuntos penales, pero si se debe estar en contra de la utilización del mecanismo como una salida fácil al cumulo de procesos, en donde en muchas ocasiones no se toman el tiempo suficiente para estudiar el caso y gestionar el conflicto para que se produzcan acuerdos realizables.

En el área de derecho Comercial y Civil, la ideología de la conciliación va más allá de contemplarse como un mecanismo alterno se solución de conflictos, busca una verdadera pacificación de la sociedad, de tal manera que sea ella misma quien intente y solucione sus propias controversias.

Sin embargo; la aplicabilidad va ligada en muchos casos a un requisito de procedibilidad, en los asuntos que la ley civil y comercial han determinado, este requisito en ocasiones conlleva a que las partes no puedan expresar su voluntariedad de acudir a la institución, sino más allá de manifestar que les toca acudir, siendo este requisito en mi criterio una barrera en la solución el conflicto de forma real, bien sea porque quien acude no plantea fórmulas de solución, o porque las plantean pero posteriormente no las cumple; en cualquiera de los casos la conciliación en estas áreas siempre mantendrá los efectos de cosa juzgada y de mérito ejecutivo.

En cuanto a los efectos por el incumplimiento de las actas en estas áreas, estadísticamente el seguimiento a los acuerdos realizados por los centros de conciliación y registrados en el SIC[26], muestran que para las conciliaciones realizadas en el año 2013, en el 26.77% de los casos existió reincidencia en el conflicto, y solo en el 17,80% de los casos las partes acudieron a la jurisdicción para ejecutar el acuerdo, quedando un 82,20% de los casos incumplidos y sin ejecución de ninguna índole.

En el área de Derecho Público y Derecho Laboral, la institución de la conciliación, está restringida a que él tercero conciliador debe contar con una característica especial adicional, y es que haga parte del ministerio público (procurador) o del Ministerio de Trabajo (inspector del trabajo). Sin embargo la ideología que se maneja más allá de transar derechos, es la de preservar un interés legítimo, ya sea por el patrimonio del Estado como bien público, o en lo laboral con los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

La aplicabilidad y los efectos del incumplimiento de los acuerdos, aunque es un poco más restringida en el ámbito de lo público que en lo laboral, también muestra una falta de

[26]Sistema de Información de la Conciliación – Estadísticas año 2013 – seguimiento a acuerdos. Disponible en internet en :http://conciliacion.gov.co/portal/Portals/0/Evaluaci%C3%B3n%20del%20seguimiento%202013.pdf

concreción de los principios generales de la conciliación como Institución, ya que el Estado está como Conciliador (procurador) y como Parte, y en caso de incumplimiento del acuerdo, también sería el Estado quien representado en los jueces lo haría cumplir, siendo esta una falencia atribuible a la ritualidad de la teoría procesal a la figura. Ya en el área Laboral, el incumplimiento de la Conciliación no impide acudir ante la jurisdicción para la efectividad de los acuerdos.

En el Derecho de Familia, "la conciliación se aleja de los esquemas tradicionales sobre disponibilidad de derechos propios y de contenido patrimonial, ya que existen normas de orden público que son de carácter irrenunciable, incluso abarcando muchos asuntos que no son de contenido patrimonial"(Gil Echeverry, 2007), en esta área los asuntos conciliables están establecidos en el artículo 40 de la ley 640 de 2001 como se anotó anteriormente, siendo acordes a las disposiciones de la ley 1098 de 2006[27], constituyéndose también como requisito de procedibilidad en asuntos de familia.

Lo trascendental en esta área del derecho, es que tratándose de asuntos de familia, la ley le otorga al conciliador poder de decisión para ordenar medidas cautelares de forma provisional, consagradas en el artículo 32 de la ley 640/01, estas medidas se pueden ejecutar, siempre y cuando se traten de Derechos cuya existencia aparece demostrada. Esta facultad no es extensible a otras áreas, sin embargo el ordenamiento empieza a reconocer que el conciliador excepcionalmente puede tener facultades para garantizar la materialización de los Derechos.

Sin embargo; para aplicar para a la solución de controversias sobre los distintos asuntos y características propias en las áreas del derecho, es necesario entrelazarlos con las fuentes y actos desarrollados desde el derecho procesal en la conciliación extrajudicial.

[27]Ley 1098 de 2006- Código de la Infancia y la adolescencia, articulo 82.

4.9.1 Fuentes del Derecho Procesal en la Conciliación

Se le reconoce al derecho procesal, tener dos sistemas de fuentes, "uno de producción y otro de conocimiento"[28], que permiten conocer su origen y la dinámica dentro del contexto social.

Las fuentes de producción: De ellas se desprenden todos los principios y normas aplicables al Derecho Procesal, producidas por *i*. Las fuentes Naturales, o *ii*. Las fuentes positivas. En donde las primeras están por encima de las segundas, por encontrarse intrínseca en la naturaleza humana, y las segundas forman parte del sistema de producción normativo Directas (la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del Derecho, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la doctrina) e Indirectas (Derecho histórico propio y el Derecho Extranjero)

Las fuentes de Conocimiento: Es la concreción de las fuentes de producción, mediante la materialización que operador judicial realice de la ley, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho, como actividad de aplicación e interpretación.

Estas mismas fuentes, pueden ser acogidas para el desarrollo de la Conciliación Extrajudicial sin confrontación alguna, afianzando con otro argumento, que la conciliación es de naturaleza procesal.

4.9.2 La acción en la Conciliación

[28](Azula Camacho, 2010) y (Peláez Hernandez, 2013)

La teoría de la acción que el derecho procesal acoge para la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional del Estado como ejercicio inicial de acceso a la justicia para dirimir un conflicto, puede acogerse a la conciliación como una teoría propia de la acción, si bien no para accionar el aparato jurisdiccional sino el mecanismo alternativo, busca en últimas una forma de acceso a la justicia que le garantice resolver sus conflictos, por ello tiene en su interior unas características[29] innatas que se desarrollan así:

Contenido: Presupone la existencia de un conflicto, que puede ser solucionado con arreglo del sistema normativo vigente.

Sujetos: Requiere que dentro del conflicto se encuentren en los extremos sujetos sobre los cuales recaigan titularidad de Derechos, bien a su favor o a su cargo, o como la doctrina tradicional los clasificaría en sujeto activo y sujeto pasivo, que dentro de una cultura alternativa se pudieran denominar convocante y convocado.

Objeto: El Estado garantiza la solución jurídica del conflicto mediante el ejercicio de derecho de acción ante los conciliadores extrajudiciales, como ejercicio de la función jurisdiccional.

Causa: La necesidad de acceder a los medios adecuados para la solución de la controversia, con la colaboración de un tercero neutral y calificado.

El ejercicio del derecho de acción, como facultad de acceder a la administración de justicia, se puede materializar mediante la solicitud de conciliación que se presenta de manera individual o por mutuo acuerdo ante el conciliador o centro de conciliación. Y aunque el Derecho de Acción es ampliamente desarrollado por la doctrina procesal, podemos observar

[29]Se realiza la analogía con las características del Derecho Procesal, que expone el profesor (Rojas Gómez , 2013).

que también puede ser desarrollada por la Conciliación extrajudicial, sin desnaturalizar la figura.

4.9.3 La pretensión en la Conciliación

La pretensión como institución propia del derecho procesal, también se desarrolla en la Conciliación extrajudicial, exteriorizada mediante la manifestación de voluntad que emana del solicitante expresando lo que quiere, y el efecto jurídico que se espera del convocado.

Esta pretensión de conciliación, se soporta en los elementos de causa, objeto y sujeto:

Elemento Causa: Conjunto específico de hechos serios y concretos, que desencadenan un problema, el cual es planteado bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, siendo susceptible de reconstruir mediante la negociación de las partes en una audiencia de conciliación.

Elemento Objetivo: Se manifiesta como la actividad de reconstrucción mediante la solución jurídica de la causa o problema mediante la gestión del conflicto.

Elemento subjetivo: Toda pretensión se encuentra dirigida por un sujeto o pluralidad de sujetos, que reclaman algo, a cargo de otro sujeto o pluralidad de sujetos.

Estos elementos que se pudieran atribuir a las pretensiones incoadas en la solicitud de conciliación y permite concluir que la institución de la pretensión también se adecua a la figura de la conciliación extrajudicial, sin hacerle ningún daño.

4.9.4 El conciliador y sus poderes

La normativa sobre conciliación, no define que se entiende por conciliador, sin embargo si hace la referencia a que es un tercero calificado, y esa calificación se la da el título de abogado[30] y la aprobación del curso de formación como conciliador en Derecho[31]. Ello no implica que el conciliador solo sea un título, siendo necesario definir quién es el conciliador.

"El conciliador es un tercero distinto a las partes en conflicto, conocedor amplio de la situación controvertida, dotado de las calidades y cualidades que le permiten proponer fórmulas de acuerdo, que es el fin primordial de sus funciones"(Junco Vargas, 2002)

Este conciliador se destaca por tener unas características y comportamientos que sigue durante las diligencias, como la escucha activa, la capacidad investigativa, la paciencia, la capacidad de generar confianza, la imparcialidad, la transparencia, la creatividad, generador de un ambiente propicio de dialogo, conocedor del conflicto, orientador y diligente, con ello podrá ser un gestor del conflicto para alcanzar acuerdos entre las partes en desavenencia.

En principio, nada tendría que ver el conciliador con el derecho procesal, sin embargo; la constitución le otorga la función transitoria de administrador de justicia mediante la gestión del conflicto y el control de legalidad, y la ley 640 de 2001 le impone unas obligaciones que en su trasfondo son de contenido procesal, propias de un administrador de justicia.

Obligaciones procesales del conciliador

- Citar a las partes de conformidad a la ley.
- Hacer concurrir – convocar a quien en su criterio deban comparecer a la audiencia.
- Ilustrar sobre el objeto, alcance, límites de la conciliación.

---

[30] Le ley 640 de 2001, en el artículo 5, señala que excepcionalmente se puede obviar el título de abogado 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

[31] Con esta denominación, no se está desconociendo la existencia de los conciliadores en Equidad, sin embargo; para el desarrollo del presente estudio de Derecho Procesal solo se tomará la clasificación de conciliador en Derecho.

- Proponer formula de arreglo
- Levantar acta = acto conciliatorio solemne
- Registrar acta de la audiencia de conformidad con la ley.
- Velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.
- Expedición de constancia
- Ordenar Medidas cautelares provisionales en algunos asuntos de familia.
- Realizar el control de legalidad del acuerdo.

Obligaciones que se traducen en cargas procesales que debe cumplir el conciliador durante todo el trámite, asemejando la figura con la de un juez, con la excepción que este no toma la decisión final. Por ello se puede reconocer que al igual que los jueces, los conciliadores también tienen unos poderes, que aunque más limitados, garantizan el desarrollo de las diligencias.

Poderes del Conciliador

- Poder de instrucción: También reconocido como el poder de investigación asociado a la actividad de recaudo de la información alrededor del conflicto, ya que el conciliador previo a la audiencia, debe conocer y preparar el desarrollo de la misma, y ya en audiencia, dentro de la etapa de exploración del conflicto y de negociación, deberá utilizar todas las técnicas y reglas que le sean posible para instruirse sobre la verdadera realidad del conflicto, ya que así le permitirá tener un mejor panorama para encausar los acuerdos.
- Poder de Decisión: No se puede concebir como un poder Puro, por cuanto el conciliación promueve la solución del conflicto más no la toma de una decisión, sin embargo; cumple el ejercicio de la función jurisdiccional y el acta que levanta tiene los mismos efectos

que una sentencia judicial. Se puede decir entonces que tiene un poder de Decisión atenuado, y en los asuntos de familia por las facultades que la ley le otorga al Defensor de familia o comisario de familia cuando actúa como conciliador, le confiere la facultad de imposición de medidas cautelares preventivas, y en ocasiones ante la falta de acuerdo entre las partes, y con la finalidad de preservar los derechos de los menores y adolescentes, el conciliador puede proferir un acta de conciliación con obligaciones provisionales[32] para las partes, mientras acuden ante la autoridad que les dirima el conflicto.

- Poder Disciplinario: Sopesando que las partes son uno de los elementos esenciales de la conciliación, el Conciliador como director del mismo, tiene las facultades para garantizar el orden del procedimiento, esto lo logra mediante el acuerdo de unas reglas de juego para el desarrollo de la audiencia, que unas vez acordadas, el conciliador debe ser el garante de que las mismas se cumplan, para lograr resolver los conflictos.

Lamentablemente a criterio de este investigador, el conciliador carece de dos poderes que serían importantes para garantizar la efectividad del acuerdo, como lo son el Poder de Coerción y el Poder de Ejecución, que aunque atenuados, podrían impulsar el iusimperius de las actas de conciliación, sin necesidad de acudir ante las autoridades jurisdiccionales para su ejecución.

Otra alternativa para retomar los orígenes de la conciliación, sin las obligaciones procesales, podría ser, considerar nuevamente al conciliador como director del procedimiento de forma libre, disposición que antes de ser derogada por lay 640/01, disponía en el artículo 73 de la ley 23 de 1991, que “la labor del conciliador era dirigir libremente el trámite de la conciliación, guiado por los principios de imparcialidad, equidad y justicia.”, así autores como

[32] Ejemplo: Fijación del Alimentos Provisionales.

(Gil Echeverry, 2007) consideran que la guía de estos principios como única regla posible, "da libertad absoluta de formas, desligado de todo tipo de ataduras de procedimiento y formalismos".

4.9.5 Los sujetos procesales en la Conciliación

En la audiencia de conciliación, existe la posibilidad que intervengan un sin número de sujetos, siempre y cuando tengan una relación jurídico sustancial con el conflicto, por lo anterior es necesario la clasificación de los sujetos desde la teoría general del proceso, ya que en para el tramite conciliatorio, la ley no acoge uno propio.

En este aparte, es importante mencionar que la legislación procesal se encuentra en un proceso de transformación normativa hacia el establecimiento de códigos únicos de procedimiento, por ello para presentar la siguiente clasificación, se tomará en cuenta la estructura que desarrolla la ley 1564 de 2012 (C.G.P[33]) entorno a los sujetos procesales:

4.9.5.1 Las partes

Son los directamente involucrados en un conflicto originado de una relación jurídico-sustancial, por consiguiente son los sujetos más importante para que exista conciliación, ya que son ellos quienes realizan manifestaciones de voluntad para acudir al mecanismo, se sientan en la negociación, proponen fórmulas de solución, establecen los acuerdos y suscriben las actas de conciliación.

[33]Código General del Proceso (C.G.P)

Establecer estas relaciones jurídico-sustanciales alrededor del conflicto, no solo debe ser identificada por el solicitante, sino de acuerdo a una de las cargas procesales del conciliador, él debe citar a las partes de conformidad con la ley. Y ¿Quiénes son consideradas como partes?

Las partes, de conformidad con el artículo 53 del C.G.P pueden ser constituidas por:

- Las personas naturales
- Las personas Jurídicas
- Los patrimonios autónomos
- El concebido para la defensa de sus derechos,
- Y los demás que determine la ley.

Los anteriores gozan de capacidad de ser parte en el proceso conciliatorio, sin embargo el conciliador debe tener especial cuidado en cuanto a la capacidad para comparecer al trámite conciliatorio, así las cosas:

- Las personas naturales deben tener plena disposición para el ejercicio de sus derechos y no encontrarse inmersos en ningún tipo de incapacidad, en caso contrario deberán comparecer por intermedio de sus representantes.
- Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos, deberán comparecer a la audiencia, por medio de sus representantes legales (persona natural) reconocidos como tal, y registrados con facultades especiales para Conciliar, de acuerdo a las disposiciones constitucionales, legales y estatutarias. Las personas jurídicas que se encuentren en liquidación, deberán ser representadas por su liquidador.
- El concebido que está por nacer, comparecerá por medio de quien ejercerá su representación, una vez nazca.

Estos aspectos que implican un verdadero estudio y conocimiento de derecho procesal para el conciliación, debe ser contrastada con medios de prueba, por ello cobra vital importancia que el conciliador conozca, maneje e interprete los registros civiles de nacimiento, los certificados de existencia y representación legal, los estatutos de las empresas y/o sociedades, las sentencias de interdicción, entre otros, que le permitirá establecer quienes deben ser citados, y si requiere que comparezcan por intermedio de otra persona.

También se aplica en conciliación el concepto de partes únicas, y el de pluralidad de partes o mejor conocidos como litisconsorcios, los cuales pueden existir en cualquiera de los extremos de la relación jurídica de conflicto, ya sea como solicitante y/o convocado.

El conciliador debe velar (otra carga procesal) por la debida conformación del litisconsorcio Necesario, y advertir cuando se presenta un litisconsorcio facultativo, por cuanto frente a la existencia del primero, no podrá continuar si no están todos presentes, y frente al segundo permitirá manifestar una situación que se desprende de las relaciones jurídico-sustanciales del conflicto, pero que no le impide continuar con el trámite por cuanto los acuerdos pueden constituirse de forma fraccionada, mas sin embargo esta disposición de poner en conocimiento la situación, muestra imparcialidad y experticia en el manejo del mecanismo, ya que es propio de su conocimiento como abogado.

4.9.5.2 Las otras partes

La reciente estructura del C.G.P clasifica como otras partes a la intervención excluyente, al llamado en garantía y al llamado como verdadero poseedor o tenedor, desligándolos del

tradicional tratamiento como terceros, y reconociéndoles que sus actuaciones son verdaderas actuaciones de parte, por ello pueden intervenir incluso dentro del trámite conciliatorio extrajudicial.

Correspondiéndole al conciliador (otra carga procesal) llegado el caso, "definir la situación concreta con su sano criterio profesional, dado que no hay norma específica a aplicar. El conciliador examinará el caso en concreto en su aspecto sustancial, la relación motivo de controversia, y procederá a determinar si procede que intervengan"(Junco Vargas, 2002) , teniendo presente las particularidades de cada uno de ellos.

Intervención Excluyente: Solo en los casos en donde se pretenda la declaración de un derecho, podrá intervenir, aquel que pretenda en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, pues formulará una pretensión propia dentro del trámite conciliatorio frente al solicitante y el convocado.

Llamamiento en garantía: Cuando previamente a la existencia del conflicto, alguna de las partes tenga o suscriba una obligación legal o contractual con otro, para garantizar el cubrimiento del riesgo por indemnización del perjuicio o de saneamiento por evicción, podrá vincularse al trámite conciliatorio con el ánimo que participé dentro del mismo presentando fórmulas de arreglo que solución el conflicto y las consecuencias del riesgo cubierto. En la conciliación en asuntos de tránsito y de responsabilidad civil, es donde más se presenta la intervención del llamado en garantía durante el trámite.

Llamamiento al verdadero poseedor o tenedor: Cuando una persona sea convocado en calidad de poseedor o tenedor, pero en realidad no lo es, deberá expresarlo indicando quien sí tiene esa calidad para que sea citado al trámite conciliatorio. En la práctica, este llamamiento

aparece frecuentemente en la conciliación en asuntos policivos por perturbación a la posesión, y en las conciliaciones civiles sobre bienes muebles e inmuebles.

Con todo, la participación de otras partes en el trámite conciliatorio en muchas ocasiones ayuda a dinamizar la negociación, y analizar el conflicto desde ópticas diferentes, permitiendo tener una mejor gestión del conflicto, pero es una carga procesal de gran responsabilidad para el conciliador, convocar o dejar comparecer a quienes tengan estas cualidades.

4.9.5.3 Los terceros

Bajo la vigencia de la Ley 640 de 2001, "al conciliador se le considera como un operador judicial más, que administra justicia *pro tempore,* para el caso en concreto, de tal manera que debe definir la situación de si procede o no la intervención del tercero"(Junco Vargas, 2002).

En este orden de ideas y de acuerdo a la clasificación del C.G.P el único tercero que puede llegar a intervenir es el coadyuvante, como aquel que no teniendo relación directa con el conflicto, tiene algún nexo contractual o jurídico con alguna de las partes, al cual puede afectar el acuerdo al que lleguen las partes, siendo procedente en solicitudes con pretensiones de naturaleza netamente declarativas.

4.9.5.4 El conciliador

El conciliador hace parte de los sujetos procesales, y al igual que las partes, su presencia es fundamental para que pueda existir conciliación, este conciliador debe cumplir un perfil y

poseer ciertas características para conducir las audiencias de forma exitosa, las cuales se anotaron anteriormente.

4.9.5.5 El apoderado

Si bien no se acepta que el apoderado sea considerado como un sujeto procesal, por cuanto no tiene facultad conciliadora extrajudicial, si puede a llegar a tener tal condición de acuerdo a los casos establecidos en la ley, si una de las partes le otorga poder para ello por encontrarse por fuera del municipio[34] o del territorio nacional y no puede comparecer directamente a la diligencia. Aunque por la esencia de la negociación directa entre las partes de conflicto, esta situación es la menos deseable, sin embargo ha sido habilitada esta posibilidad por la ley e incluso reformada recientemente por el C.G.P.

4.9.6 Los Actos Procesales de la Conciliación

La teoría general del proceso desarrolla la clasificación de los actos procesales, como método de agrupación de las principales actuaciones que se realizan al interior de un proceso judicial, representados de la siguiente manera:

[34]Ley 1564 de 2012, que modifica el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 640 de 2001.

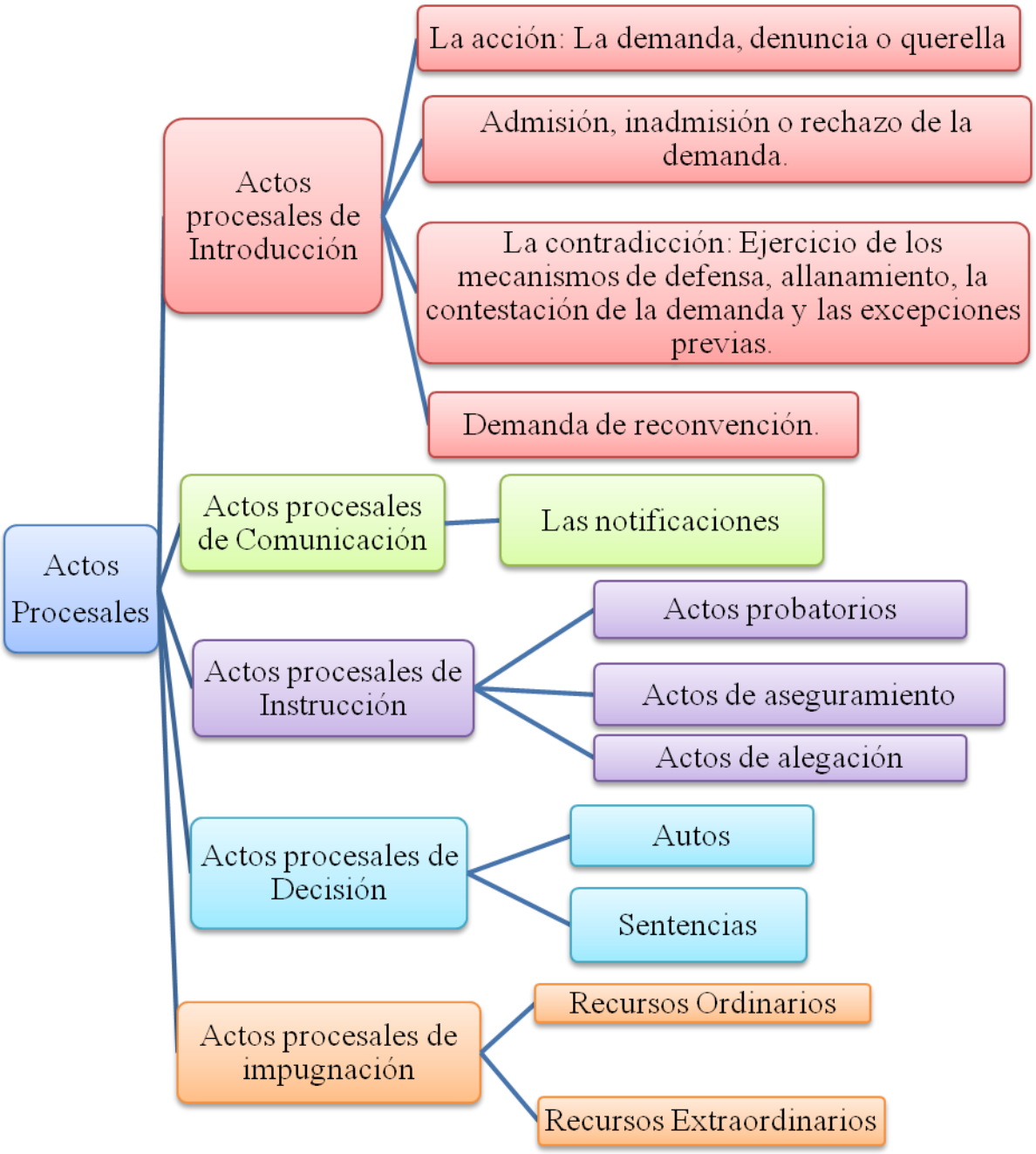


Figura 3. Los Actos Procesales

Cuando se habla de proceso conciliatorio, se hace referencia a “un conjunto de actos ejercidos por las partes y por el conciliador, tendientes a llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto”(Junco Vargas, 2002)

Ahora bien, lo que se pretende describir a continuación, es como la teoría de los actos procesales, también se desarrolla en alguna medida y con la misma rigidez y formalismos en la conciliación extrajudicial, aunque algunos actos se excluyen por la misma naturaleza de la figura en donde son las partes quienes resuelven el conflicto.

4.9.6.1 Actos procesales de Introducción en la Conciliación

La conciliación extrajudicial desarrolla el derecho de acción como aquella que le permite acceder a la administración alternativa de justicia, con la presentación de la solicitud de conciliación, que en caso de reunir los requisitos exigidos legalmente, es aceptada por parte del conciliador y se procederá a comunicarle al convocado a fin que pueda controvertir las pretensiones y lograr acuerdos en la audiencia, por ende los actos de introducción se desarrollan de la siguiente manera:

- ***Solicitud de conciliación:*** Con la actual legislación pareciera indicar que la solicitud de conciliación, no tiene establecidos requisitos para su formulación, sin embargo los reglamentos internos de los Centros de Conciliación, han venido estableciendo unos contenidos mínimos de la misma, a efectos de determinar competencia, y si el asunto es o no conciliable, y aunque un artículo especifico no establezca los mismos, por el análisis sistemático de necesidad frente a otras normas permite establecer unos requisitos intrínsecos :

- Nombres y domicilios del convocante y convocado (requisito indispensable para determinar los sujetos y las direcciones para remitir la citación.)

- Información general en torno al asunto en conflicto que se someterá a conciliación. Narración de los hechos que originan el conflicto. (Determina si se encuentra catalogado el conflicto como conciliable)
- La relación de las pruebas que se pretendan hacer valer (La Ley 1395 de 2010 modifico el parágrafo 2º del artículo 35 de la ley 640 de 2001, y dispuso que "En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación". Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-598 de 2011.Sin embargo esa misma jurisprudencia declaro inexequible el aparte que señalaba que "las pruebas que no se aportaran a la diligencia, no serían admisibles dentro del proceso" en la actualidad no conlleva consecuencias la no presentación de las pruebas, pero si se mantiene el aparte que señala que la solicitud "deberá" acompañarse informalmente de las pruebas, por ende es un requisito que se mantiene.

Nota: Este requisito procesal impuesto por la ley 1395 de 2010, trajo consigo unas consecuencias a los trámites conciliatorios que se adelantaban en el territorio nacional, se describirá más adelante en el análisis de fiabilidad de las normas de descongestión.

- Las pretensiones o solicitudes a realizar. (determinan la naturaleza del asunto y si el mismo es susceptible de conciliación.)

La práctica, la costumbre y hasta los mismos formatos que el Ministerio, o los diferentes centros de conciliación ponen a disposición de los usuarios para la presentación de las solicitudes, nos muestras que está cada vez más se asemeja a las formalidades que se encuentran contenidas en una demanda, pues de identifican las partes, los apoderados, narran

los hechos, formulan pretensiones, indican el lugar de notificaciones, y relacionan las pruebas, hasta tal punto que en ocasiones presentan fundamentos de Derecho. Demostrando que la solicitud de conciliación, como aquel documento que inicia el trámite, está siendo cada día más permeado por la teoría procesal, y prueba de ello es la solicitud tan formalizada en asuntos contenciosos administrativo[35].

- ***Admisión de la solicitud, o trámite inicial:*** Al igual que en un proceso judicial, en la conciliación, una vez presentada la solicitud ante el Centro de Conciliación, la misma es designada a un Conciliador, quien deberá pronunciarse con referente a si tiene algún impedimento para continuar con el trámite, y adicional a ello manifestar si el asunto es susceptible de conciliación, esta aceptación se entiende establecida en el momento que el conciliador fija fecha y hora para desarrollar la audiencia, en caso contrario deberá expedir la respectiva constancia de asunto no conciliable.

- ***Derecho de contradicción:*** El trámite conciliatorio no se desarrolla ante un juez, por tanto en garantía del debido proceso conciliatorio, la contradicción se surte en el primer encuentro que tengan las partes, sin formalidad alguna, ya que la audiencia no es escenario de un juicio sino de una negociación constructiva, sin embargo; el convocado puede realizar manifestaciones previas por fuera de audiencia en relación a su defensa, como por ejemplo

---

[35] Fuente:Procuraduría General de la Nación : Guía para la presentación y trámite de la conciliaciones extrajudiciales en asuntos de lo contencioso administrativo solicitud deberá contener los siguientes requisitos:

a. La designación del funcionario a quien se dirige; b. La individualización de las partes y de sus representantes si fuere el caso; c. Las diferencias que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan; d. La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso; e La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, a través del acto expreso o presunto, cuando ello fuere necesario; f. La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones; g. La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos; h. La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, y i. La firma del solicitante o solicitantes. j. La copia llevada a la convocada con el sello de recibido.

cuando le llega una citación a conciliación sobre un asunto no conciliable, o cuando existe una indebida representación.

4.9.6.2 Actos procesales de Comunicación en la Conciliación.

Las notificaciones en la Conciliación extrajudicial desde el punto de vista procesal, se reducen a las desarrolladas en la citación de convocatoria a audiencia, y la notificación del acuerdo a las partes, las cuales se pueden clasificar de la siguiente manera:

Notificación de la citación de convocatoria a audiencia: El artículo 20 de la ley 640 de 2001, señala que "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." Además se debe cumplir la obligación que tiene el conciliador de "Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley." Por ende es similar el contenido de la citación, con el contenido que tiene la citación que se realiza para la notificación personal, con la diferencia que en la notificación personal se surte cuando el notificado comparece al juzgado, y en la conciliación se podría completar cuando el convocado se presenta en la fecha y hora establecida, o se tiene constancia que se le comunicó la realización de la audiencia. Aunque la norma deja en libertad al conciliador de buscar el medio más rápido y eficaz para comunicar, lo importante será dejar constancia de ello, pues la notificación de la citación, hace parte del debido proceso conciliatorio.

Notificación por Estrados: Se puede señalar, que efectivamente existe una verdadera notificación por estrados en la Conciliación extrajudicial, no porque emane de la decisión de

un juez, pero sí es la forma de notificación de las decisiones de las partes, como cuando deciden suspender la audiencia, posponerla o terminarla, todas estas actuaciones quedan notificadas a las partes y al conciliador en ese mismo momento, así mismo ocurre con la notificación del acuerdo final, quedando establecido en el mismo momento en el que se llega a un acuerdo, y en constancia de ello se dejan plasmada las firmas de las partes en el Acta.

4.9.6.3 Actos procesales de Instrucción en la Conciliación

Asociado a todas aquellas actuaciones que realizaría el conciliador para instruirse sobre el asunto, pero en la conciliación no se debaten, interpretan o se valoran las pruebas por parte del conciliador, sin embargo en caso de estar presentes, pueden servir como actos procesales de instrucción para las partes, que les permita desarrollar una mejor argumentación y alcanzar los acuerdos. Estos actos se clasifican en:

Actos de descubrimiento probatorios: La única actuación probatoria realizada en la conciliación, llega hasta el descubrimiento de las pruebas que se realice en la solicitud o las que el convocado presente en la audiencia, realizar estas actuaciones es beneficioso para la gestión del conflicto, pues imprime seriedad y veracidad a los hechos narrados en la etapa exploratoria de la audiencia, y así mismo sirve como estrategia de evaluación que permite presionar al contrario a proponer fórmulas de arreglo. Estos medios probatorios pueden ser revisados conjuntamente por las partes, pero sobre los mismos el conciliador no debe hacer ningún tipo de comentario o valoración, ya que pondría en riesgo el éxito, la imparcialidad y la esencia misma de la conciliación entre partes.

Actos de Argumentación: Más que hablar de actos de alegación, se puede establecer que se desarrollan actos de argumentación, en atención del principio de oralidad de la audiencia, donde las partes presentan sus argumentos sobre los hechos y pretensiones debatidas, para construir premisas que les permitan alcanzar acuerdos. "En la argumentación, lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o conveniente, sino cuál es la opinión de aquellos a quienes va dirigida la argumentación" citando apartes del tratado de la argumentación de ChainPerelman, en el texto de los profesores (García Obando, Aguirre Román, & Pabón Mantilla, 2013)

En la conciliación las alegaciones se desarrollan a través de diálogos argumentativos y propositivos de las partes, cumpliendo su propósito de instruir una mejor gestión del conflicto.

Actos de aseguramiento: En asuntos susceptibles de conciliación, estos actos solo serán admisibles en asuntos de Familia, donde el conciliador tiene facultades para proferir medidas cautelares previas con el cumplimiento de los requisitos legales. También se discute si se debe entender que hacen parte de los actos de aseguramiento, cuando en la conciliación de asuntos contenciosos administrativos, el conciliador (procurador) verifica la disponibilidad presupuestal o concepto previo del comité de conciliación de la entidad, antes de cerrarse un acuerdo.

4.9.6.4 Actos procesales de Decisión en la Conciliación

Estos actos procesales se desarrollan desde dos perspectivas, la primera desde la decisión del conciliador frente al acuerdo, y la segunda en relación a los efectos propios del acuerdo en el acta de conciliación.

Actos de decisión del conciliador: El conciliador como garante del control de legalidad de los acuerdos, una vez las partes consideren que han logrado solucionar su conflicto, el Conciliador debe determinar o convalidar que dicho acuerdo este acorde a las normas del ordenamiento jurídico.

Así mismo en asuntos de familia, frente a la imposibilidad de acuerdo entre las partes, se ha facultado al conciliador (comisario de familia) para que formule una decisión provisional que proteja los derechos del menor, dando como resultado una constancia de no acuerdo, pero con fijación de decisiones provisionales.

Actos de decisión respecto del acta: La decisión proviene del acuerdo de voluntades de las partes que deciden solucionar su conflicto, por medio de unos acuerdos, los cuales son plasmados en un Acta de conciliación, y una vez sea convalidado por la firma de las partes y del conciliador, y se realice el procedimiento de registro, surgen los efectos de Cosa Juzgada y el acuerdo presta merito ejecutivo.

4.9.6.5 Actos procesales de Impugnación en la Conciliación.

No es propio en la conciliación extrajudicial que proceda la impugnación de los acuerdos, por cuanto son las mismas partes las quelos establecen y el conciliador revisa la legalidad de los mismos, y al ser equiparable el Acta con la Sentencia y producir los efectos de cosa juzgada, no se seria procedente la interposición de recurso alguno. Sin embargo si es posible que por vía de la jurisdicción ordinaria se impugne el acta cuando contenga vicios o defectos propios del fallo como se hace con las sentencias, más no del conflicto o del consentimiento,

ya que lo ha dicho la sala laboral de la Corte Suprema de justicia “es improcedente su anulación por vicios de consentimiento” (Corte Suprema de Justicia, 1992).

Por su parte la Corte Constitucional, ha aclarado que excepcionalmente por vía de ***acción de tutela*** es posible la nulidad de los acuerdos conciliatorios, cuando expone que “contra las actas de conciliación procede la acción de tutela si han ocurrido vías de hecho”(Corte Constitucional C- 1195, 2001), así mismo expande la posibilidad, cuando ocurre violación al debido proceso y la afectación de derechos a terceros.

El panorama de los actos procesales de la conciliación se representa de la siguiente manera:

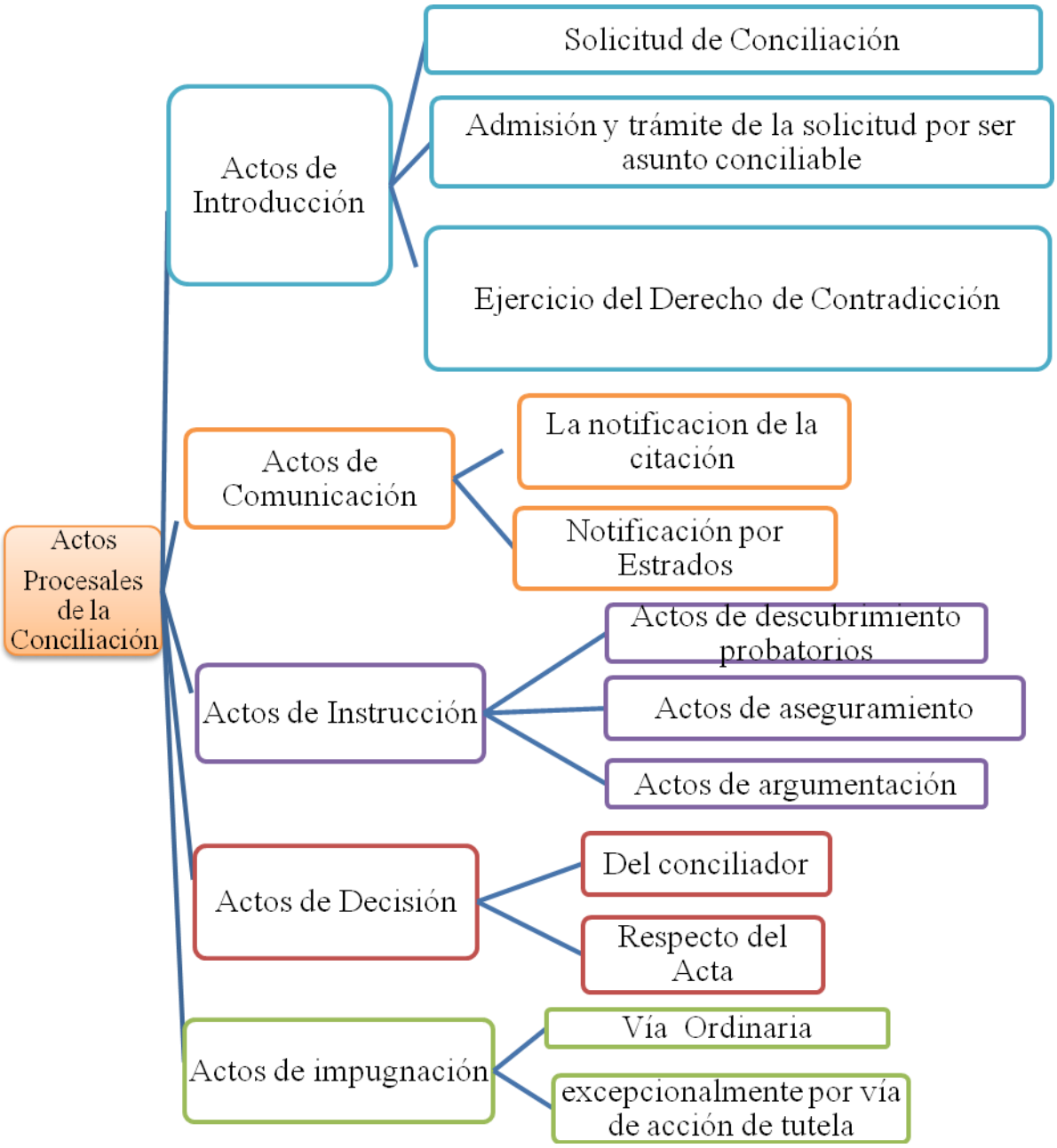


Figura 4. Los Actos Procesales de la Conciliación

Todo lo anterior desarrollado en el presente capitulo, puede llevar a concluir, que la naturaleza jurídica actual en la conciliación extrajudicial es de índole de Derecho Procesal, ratificado en su filosofía propia, por su ontología, principialistica, hermenéutica,

características, fuentes, y su estrecha relación con la teoría general del proceso, que sin temor a equivocaciones, las otras teorías de la naturaleza jurídica solo aportan pequeños elementos a la figura, pero el eje central se encuentra en el Derecho Procesal.

Capitulo V – La Incidencia De Las Normas De Descongestión En El Desarrollo Del Instituto.

Para explicar la incidencia de las normas de descongestión en la conciliación, es importante recordar cómo se anotó anteriormente, que la figura posee en si misma unas características y principios propios, que irradian una teleología desde sus fuentes, siendo estos un referente de ideal, que al relacionarse con la filosofía, ontología y hermenéutica procesal, brindan una figura potencialmente efectiva, sin embargo; han existido factores que atentan contra esta relación armónica, como lo son las normas de descongestión judicial, que como se mostrará a continuación desnaturalizan la naturaleza jurídica de la institución de la conciliación extrajudicial.

5.1 Desarrollo Procesal de la descongestión judicial

La tendencia legislativa se dirige a encontrar en esta figura, la solución al acceso a la administración de Justicia y la descongestión judicial; no obstante no es precavido que con ello está desnaturalizando el mecanismo, que por años se han diferenciado por ser ágil, eficiente, económico, representativos de la voluntad de las partes, y eficaces con plenos efectos legales.

Prueba de ello es que con posterioridad de la Constitución de 1991, donde se forja el concepto principal de la Conciliación, se han generado una serie de normas procesales que aunquedentro del marco de la legalidad, atentan contra la esencia de los pilares y principios fundamentales de los MASC, como se puede analizar en la siguiente línea del tiempo desde las normas de descongestión judicial:

• Ley 23 de 1.991 (***Creó mecanismos para descongestión de Despachos Judiciales*** y dictó otras disposiciones, dentro de ellas aspectos sobre conciliación)

•Ley 80 de 1.993 (Artículos 68, 69, 70 y 71) (Establece que las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la Ley, arbitraje, conciliación, amigable composición y transacción.)

• Ley 270 de 1996 (Art. 8 y 13). (Principios de Administración de Justicia, Acceso a la justicia - Alternatividad: La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar conflictos.)

•Ley 446 de 1.998. (***Normas relativas a descongestión*** y eficacia en la justicia).

•Decreto 1818 de 1998. (Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos).

•Ley 497 de 1.999. (La creación de los Jueces de Paz)

•Ley 640 de 2001. (***Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación***)

•Ley 1285 de 2009 (Reforma a la Ley 270 de 1996). (***Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa***. cuando los asuntos sean conciliables, siempre

constituirá ***requisito de procedibilidad*** de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87* del Código Contencioso Administrativo).

•Ley 1328 del 15 de julio de 2009. (Figura del Defensor Financiero como mediador).

•Ley 1395 de 2010. ***(Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*** e impone cargas procesales a la Conciliación Extrajudicial).

•Ley 1563 de 2012. (Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones).

•Ley 1564 de 2012. (Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, ***entre ellas algunas que modifican la ley 640 de 2001***).

Con esta tendencia legislativa, se evidencia que no hay una política Estatal clara con respecto a la regulación y desarrollo del mecanismo como agente de acceso a la administración de justicia, pues siendo un mecanismo "libre" como aparece en la ley 23 de 1991, termina siendo para el año 2016, un mecanismo forzoso en asuntos civiles, comerciales, de familia, penales (requisito de procesabilidad) y contenciosos administrativos, también se han establecido consecuencias probatorias, sanciones pecuniarias y formalidades quedan ritualidad al trámite conciliatorio, que como bien dicen algunos autores, ya solo puede ser "manejado por expertos", por la multiplicidad de términos, requisitos y procedimientos propios del mecanismo.

Adicional a lo anterior, no se debe perder de vista el control que ha venido tomando el Ministerio de Justicia y del Derecho, ya que impulsó el desarrollo de la Norma Técnica Colombiana (NTC) 5906 de 2012, que imponen a los centros de conciliación la obligación de certificar los procesos de prestación de servicios. Objetivo el cual se cumplió y la sociedad aplaude por un servicio más organizado y de calidad, pero trajo consigo la implementación de

procedimientos en cuanto al trámite, manuales de funcionamiento, formatos para la gestión del conflicto, guías y protocolos para el desarrollo de la audiencia, los cuales deben ser manejados por los conciliadores, que sumados a los requisitos normativos ya descritos, la conciliación extrajudicial cada día más pasa a ser de control y desarrollo Estatal.

Las regulaciones dadas en materia de MASC, se han convertido en "Un factor clave para la percepción sobre la intervención estatal, con el establecimiento de carácter obligatorio como etapa prejudicial forzosa (…) Esto para muchos sectores atenta contra la voluntariedad, elemento base de estos mecanismos.(CEJA, 2014)"Percepciones que han venido creciendo en los diferentes informes presentados a nivel internacional.

En esta línea del tiempo normativo se han realizado múltiples reformas que afectan directamente a la conciliación extrajudicial durante los últimos 20 años, con el pretexto de la implementación de mecanismos de descongestión judicial, en ese sentido, se comparte la opinión de la profesora Ana Giacomette, al afirmar que "la validez social de los llamados MASC, va más allá de concebirlos únicamente como herramientas para descongestionar despachos judiciales.", pues la percepción del ciudadano del común, es que lo ven como alternativas a las judiciales, más no como mecanismos de descongestión.

Se pensó que con la imposición de requisitos de procedibilidad en las diferentes áreas del derecho, se podría solucionar el asunto, sin embargo las estadísticas de conciliación no han tenido un aumento significativo, y en cambio las de los procesos judiciales se han mantenido, como se presenta a continuación:

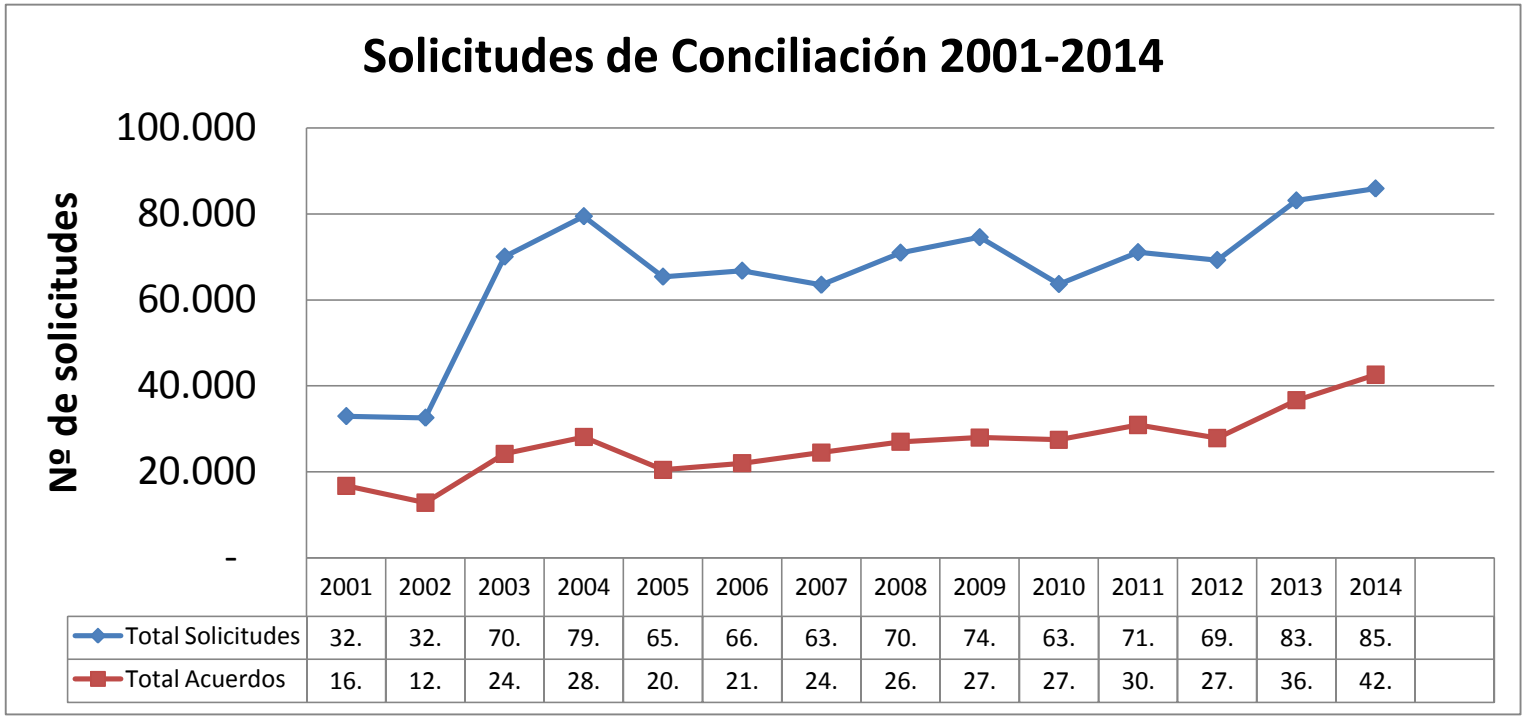


Figura 5. Solicitudes de Conciliación 2001-2014,Fuente: Estadísticas Sistema nacional de conciliación: www.conciliacion.gov.co

De esta estadística se pueden destacar dos aspectos: el primero en relación al acceso a la administración de justicia representado en el total de solicitudes de conciliación, y el segundo en relación a la resolución de conflictos representados en el número de acuerdos. Evidenciando que los mismos fluctúan año a año, el primero con tendencia variable, y el segundo con tendencia al aumento. Sin embargo se sigue presentado una baja demanda del mecanismo, en comparación con el número de procesos judiciales, como a continuación se presenta:

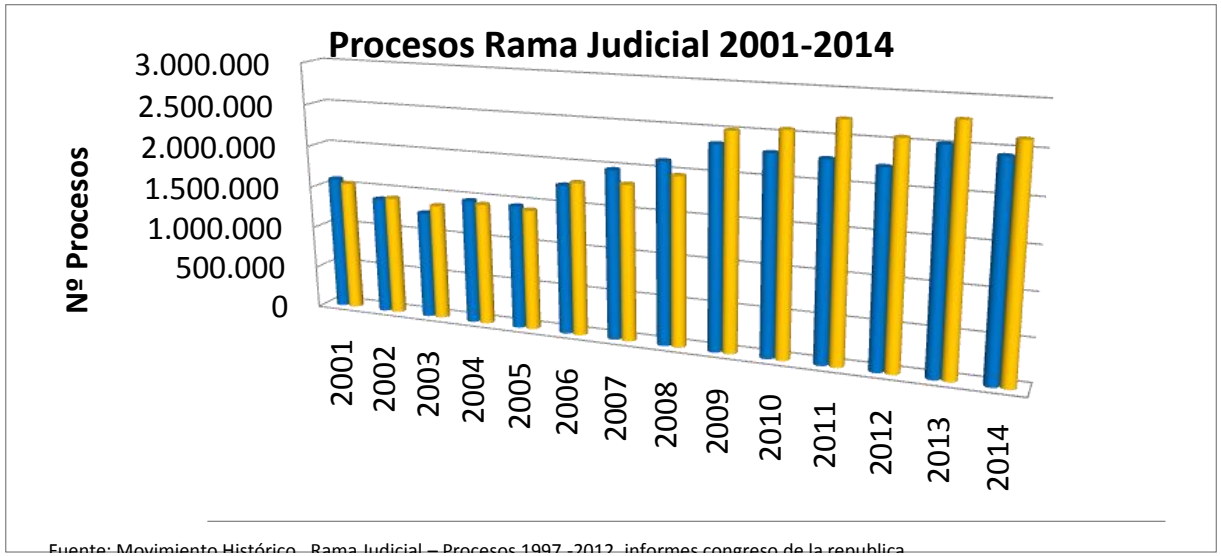
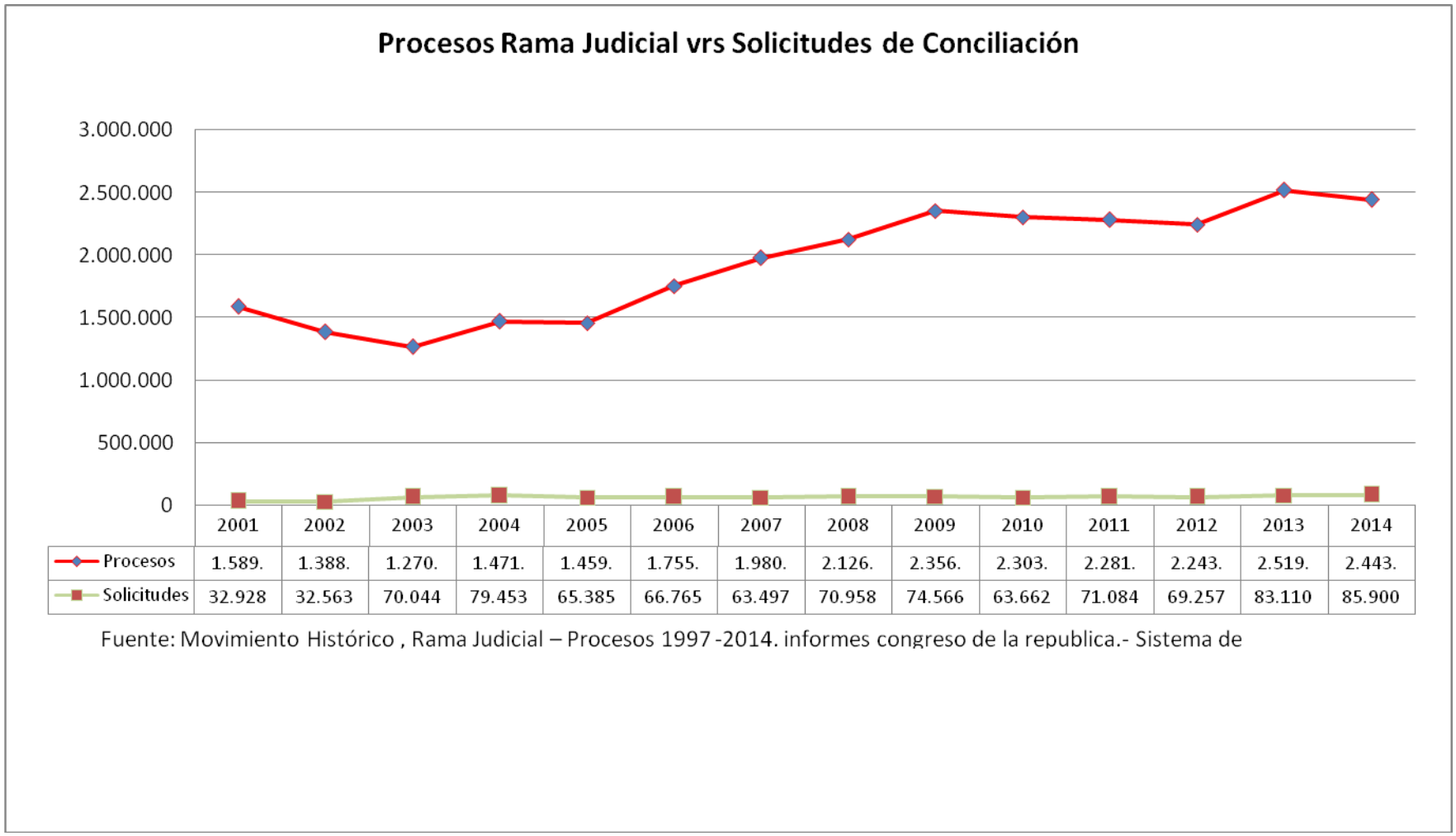


Figura 6. Procesos Rama Judicial 2001-2014

Las estadísticas de la rama judicial muestran que en relación al número de procesos, los mismos tienen tendencia de aumento, aunque mostrando que en los últimos 4 años se evacuan más procesos de los que se reciben. Si se analizara solo este cuadro, nos indicaría que los mecanismos alternativos están siendo efectivos para la descongestión judicial, y para despejar este indicativo es viable compararlos a continuación:



	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Procesos	1.589.	1.388.	1.270.	1.471.	1.459.	1.755.	1.980.	2.126.	2.356.	2.303.	2.281.	2.243.	2.519.	2.443.
Solicitudes	32.928	32.563	70.044	79.453	65.385	66.765	63.497	70.958	74.566	63.662	71.084	69.257	83.110	85.900

Figura 7. Comparativo procesos rama judicial, frente a solicitudes de Conciliación 2001-2014

Este cuadro muestra la racha distante entre número de procesos y número de solicitudes de conciliación, también evidencia la desproporcionalidad entre disminución de procesos y aumento de conciliaciones.

Con todo, siempre se han impuesto normas y cargas procesales a la conciliación, so pretexto de descongestión, no bastando que la figura por si sola ya contempla una naturaleza jurídica propia del Derecho Procesal, que como se analizará a continuación, no se ha podido determinar si han tenido algún efecto positivo.

5.2 Análisis de fiabilidad de las normas procesales frente a la descongestión.

Dentro de este desarrollo normativo que atañe a la Conciliación Extrajudicial, la implementación de la Dogmática Procesal, desdibuja la esencia de la figura, pasando de ser un mecanismo de solución de controversias de forma ágil eficiente y eficaz con plenos efectos legales, a constituirse en un mecanismo de Descongestión Judicial, en gracia a la falta de diligencia y previsión de la Justicia Ordinaria, llevando a que el legislador en aras de Garantizar el Acceso a la Administración de Justicia; ha regulado todas estas medidas de descongestión sin medir sus efectos en los mecanismos alternos, los derechos de los ciudadanos, la constitucionalidad de las normas y la convivencia pacífica de los Colombianos.

Pareciera ser, que el desarrollo de la figura de la Conciliación, tomara dos caminos diferentes; uno, el que él constituyente le dio en el artículo 116 de la C.N, y otro el que él legislador le ha dado por años, atendiendo a una dogmática positiva desde el aspecto procesal. De otro modo no se entendería el porqué se han restringido principios constitucionales de la conciliación, como el de la habilitación de las partes, donde faculta a los directamente inmersos en el conflicto para que libremente decidan a que tercero autorizar para que participe en la negociación, contrario a regulaciones procesales que el legislador ha desarrollado en la

figura, con las sanciones por la inasistencia a la audiencia, o el requisito de procedibilidad, siendo pertinente realizar el siguiente cuestionamiento, ¿Qué persona es libre de habilitar a un tercero (conciliador), cuando la ley le imponen el deber de asistir a una diligencia de conciliación, coaccionado por sanciones legales, probatorias y económicas?, pareciera ser que no estamos frente a una habilitación libre garantizada por la constitución, sino por una habilitación "forzosa" desarrollada por el espíritu del legislador procesalista. Siendo este un ejemplo más de la imposición de cargas procesales.

Sobre el particular, una reciente investigación del Consorcio Justicia Viva sobre carga procesal en el sistema judicial peruano en el periodo 1996-2005, concluyó que "… cuando se decide crear más dependencias judiciales a sabiendas de que replican las ineficiencias que dan forma al funcionamiento del sistema en su conjunto, ocasiona que un juzgado tienda en el mediano plazo a la sobrecarga procesal. Tal fue el caso de un grupo de juzgados creados en 1997 y que al año siguiente ya la mayoría contaba con una carga procesal promedio a la del resto de juzgados"(Organización de los Estados Americanos, 2007) situación similar se presenta en Colombia con los juzgados de descongestión. Pero este indicativo muestra que obligar a los ciudadanos a acudir a la conciliación, no descongestionará la justicia, pues quienes acuden al aparato jurisdiccional es porque no consideran tener otra solución posible para su controversia, mientras que forzados, lo único que ocasionan es un proceso de demora judicial donde las intenciones de iniciar procesos se estancan por periodos aproximados de uno a tres meses mientras agotan un requisito de procedibilidad, que en la mayoría de los casos llegarán hasta los estrados judiciales.

Mientras en algunos países como el nuestro se declaran modificaciones a la conciliación como mecanismos de descongestión, en otros países se declaran modificaciones con el

objetivo de favorecer el Acceso a la Justicia. Las implicaciones de las denominaciones, epistemológicamente son relevantes, pues en la segunda, le dan relevancia por su alternatividad y buenos beneficios para el fortalecimiento de la justicia, mientras que en la primera queda la figura subsumida como remedio a un sistema judicial que no ha podido con el funcionamiento de la administración de justicia.

En la práctica, lo que en criterio del autor, serviría para producir la descongestión judicial, es que paralelamente a la implementación de mecanismos de descongestión, se logrará "la transparencia en la gestión judicial –que comprende los procesos de selección y nombramiento de jueces y fiscales- y el acceso público a la jurisprudencia de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales, resultan, así, dos presupuestos o condiciones esenciales para el éxito y sostenibilidad de toda política de acceso a la justicia y de mejoramiento del sistema judicial en general.(Organización de los Estados Americanos, 2007)

Queda pendiente analizar si las medidas de descongestión en la conciliación extrajudicial han efectivamente mejorado la percepción respecto a la congestión judicial:

A continuación se presenta un cuadro comparativo entre los procesos judiciales, las solicitudes de conciliación, y las variaciones normativas con carga procesal, con la finalidad de establecer las diferentes variables.

Explicación de indicadores: En los procesos judiciales será positiva la variación, cuando se disminuyan los procesos de un año a otro. Y en las Solicitudes de Conciliación será positivo el aumento de solicitudes de un año a otro. Siendo el escenario ideal de descongestión, cuando se disminuyan los procesos y aumenten las solicitudes.

Tabla 3. Cuadro Comparativo procesos judiciales y solicitudes de conciliación, frente a la variación normativa. 2001-2014 – Elaboración del Autor

	Procesos	**Solicitudes**	**Variación Normativa**
2001	1.589.885	32.928	• Ley 640/01 (MASC) • C-1195/01 (Inexequible el requisito de procedibilidad)
2002	1.388.504 ↓	32.563 ↓	Decreto 30 de 2002 (reglamento de registro y/o archivo de actas de conciliación.)
2003	1.270.563 ↓	70.044 ↑	• Res. 2768/03 Facultades de Derecho.
2004	1.471.707 ↑	79.453 ↑	• Res. 1342/ Requisitos creación de Centros (establece como unode los requisitos para la creación de centros de conciliación la lista de conciliadores que acrediten capacitación.)
2005	1.459.749 ↓	65.385 ↓	
2006	1.755.426 ↑	66.765 ↑	
2007	1.980.333 ↑	63.497 ↓	• Decreto 3756/07 (Aval Formación de conciliadores)
2008	2.126.396 ↑	70.958 ↑	
2009	2.356.828 ↑	74.566 ↑	• Decreto 1716/09 (conciliación administrativa- formalidad de la solicitud, casi como una Demanda) • Ley 1285 de 2009 (Admón. de justicia) • Ley 1328 del 15 de julio de 2009. (defensoría al consumidor financiero)
2010	2.303.378 ↓	63.662 ↓	• Ley 1395/10 (se adoptan medidas de descongestión)
2011	2.281.402 ↓	71.084 ↑	• C- 589/11 (se elimina la carga procesal-probatoria establecida en la ley 1395)
2012	2.243.689 ↓	69.257 ↓	• Ley 1563/12 (Estatuto del arbitraje) • Ley 1564/12 (Código General del Proceso)

Así las cosas, se puede ver que frente a cada año de implementación de medidas de descongestión han tenido una consecuencia adversa a la descongestión judicial, en contrario, cuando estas cargas son eliminadas, el mecanismo por sí solo, contribuye a la descongestión de conflictos, como lo muestra el escenario del año 2011.

También se destaca la gran incidencia que han tenido los centros de conciliación de las facultades de Derecho, pues contribuyen de forma gratuita a facilitar el acceso a la justicia, y así mismo a la descongestión judicial, como ocurre en el escenario del año 2003.

Contrario a ello, vemos como en los años 2002, 2007, 2010 y 2012, las regulaciones han traído consecuencias adversas al escenario de descongestión. Permitiendo concluir que no hay periodo superior a dos años sin que se modifiquen disposiciones sobre conciliación extrajudicial, y cuando la tendencia en el mecanismo es al aumento, la implementación de normas de este tipo hace caer las estadísticas de acceso, convirtiéndose en una forma de demora y a su vez de desincentivo para acceder a la justicia, como se analizará más adelante.

Con todo, las normas de descongestión sobre la conciliación no han sido viables para lograr el escenario adecuado, o aun teniendo una buena intención, no se ha permitido tener un largo periodo de tiempo para determinar su efectividad, pues constantemente se producen más implicaciones de descongestión judicial en otras normas futuras, y los requisitos de procedibilidad, se han convertido en demora para el acceso a la justicia, así los pronunciamientos jurisprudenciales reconozcan su constitucionalidad.

Por tanto, “poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.”(XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008)

En muchos casos, las iniciativas desarrolladas por los Estados, en donde declaran como objetivo descongestionar el sistema judicial y favorecer el Acceso a la Justicia, “van a generar una serie de dificultades a la hora de diseñar políticas públicas, algo que se ha constituido en el principal obstáculo para que estas iniciativas se consoliden(Vargas Vianco, 2002) siendo esta

una de las causales para que las normas de descongestión, no se hayan consolidado de manera efectiva en Colombia.

También hay otro aspecto de división en cuanto a la intervención estatal, y se refiere a si estos mecanismos deben ser sustitutivos o adicionales a la acción judicial. Y en el caso de excluir a esta, surge también el tema del financiamiento, ya que existe una diferencia entre sí se debería cobrar o no tasas judiciales a quienes hagan uso de estos mecanismos pudiéndolos pagar (CEJA, 2014)

Para muchos de los expertos en el tema, con la implementación de Mapas Alternativos al Proceso Judicial (MAPJ) se corre el riesgo de crear una "justicia de segunda categoría" ya que mientras los MAPJ se destinan a la población carente de recursos, los órganos de justicia formal siguen reservados a quienes puedan asumir los elevados costos del proceso[36], y en consecuencia estos no se constituyen como una opción sino como una única vía para determinados grupos de la población. La implementación de MAPJ puede entenderse como una forma de saciar las demandas más alarmantes de acceso a la justicia mientras se aplaza constantemente la reforma del sistema de justicia ordinario.

5.3 La demora al acceso a la justicia, por la conciliación extrajudicial.

El profesor de Derecho procesal Gabriel Hernández Villareal, en su artículo publicado en la Revista de Estudios Socio- Jurídicos, analiza los aspectos procesales de la conciliación extrajudicial en derecho en el área civil a la luz de lo previsto en la ley 640 de 2001, en este estudio reconoce la existencia y aplicación del derecho procesal en la figura, que pese a ser

[36]Se hace referencia a los costos de soportar un proceso judicial en un sistema congestionado.

llamada de origen constitucional, tiene su fuente y desarrollo en el Derecho procesal, conllevando con ello implicaciones que desnaturalizan sus propios orígenes, aunque si bien no aborda la teoría constitucional más allá de los pronunciamientos de la corte constitucional, si enfatiza que el establecimientos de requisitos producen en la figura un retardo en el acceso a la administración de justicia, y en otros casos desincentiva la solución de sus conflictos por medio de estos mecanismos.

Los Doctrinantes Escobar y Álzate, manejan como estándares de actualidad y efectividad, la misión y visión de los mecanismos, desde la independencia, imparcialidad, la incidencia en la solución del conflicto y los principios que de ello se desprende.

Se establece que es clara la aplicación procesal en una figura que es de "origen constitucional", por ello es un reto establecer la incidencia que esta situación acarrea.

Gran parte del debate sobre el acceso a la justicia se centra, en el mal o buen funcionamiento de los sistemas nacionales de justicia. A su vez, parte del debate sobre el mal funcionamiento y las crisis de legitimidad de los sistemas judiciales en América Latina se centra en la necesidad de más recursos por parte de los presupuestos públicos nacionales. En el caso de las altas autoridades judiciales y fiscales, con frecuencia suelen identificar la ineficiencia del sistema de justicia con un insuficiente número de órganos jurisdiccionales en relación al total de la población de un país determinado.

Al respecto, durante los últimos años ha habido un incremento apreciable de los presupuestos judiciales en muchos de los Estados miembros de la OEA y, sin embargo, no ha habido un incremento proporcional de su legitimidad ante la ciudadanía ni del acceso a la justicia; por el contrario, los índices de desconfianza en los Poderes Judiciales del continente

se ha incrementado según las mediciones del Latinobarómetro.(Organización de los Estados Americanos, 2007)

“La hipótesis es que la justicia alternativa requiere determinadas dosis de coerción estatal para hacer más eficaz y extendida su labor en la región andina.”. (Instituto de Defensa Legal, 2005), pero esta coerción Estatal, no puede sobrepasar los límites que la misión de la conciliación extrajudicial se ha fijado como objetivo.

Entonces, ¿porque estas políticas de coerción estatal por medio de mecanismos alternativos de solución de conflictos, no han funcionado?, para entenderlo, se desarrollará un caso presentado en la realidad colombiana durante el año 2010 y 2011.

5.3.1 Análisis de caso, sobre la demora en el acceso a la justicia, por la procesabilización de la conciliación extrajudicial.

Durante el año 2010, en el mes de julio, se expide la ley 1395 de 2010, una norma de descongestión judicial que tenía implicaciones sobre la conciliación extrajudicial, le impuso la carga de acompañar a la solicitud todas las pruebas que pretendiera hacer valer en un eventual proceso judicial, y aquellas que no se presentaran en la solicitud no serían admisibles en un eventual proceso judicial.

Esta normatividad, conllevó inmediatamente a que las estadísticas de conciliación, cayeran con respecto del año 2009, con una diferencia de 10.000 solicitudes recibidas.

Tabla 3 . Apartes

	Procesos		Solicitudes		Variación Normativa
2008	2.126.396	↑	70.958	↑	
2009	2.356.828	↑	74.566	↑	
2010	2.303.378	↓	63.662	↓	• Ley 1395/10 (se adoptan medidas de descongestión)

Contrario a ello, si se analiza también el número de procesos judiciales, pareciera evidenciar que el objetivo de descongestión si se lograra, pues al finalizar ese mismo año, el número de procesos disminuye en alrededor de 50.000 casos.

La realidad de la época, mostraba que la implementación de la ley 1395/10, genero un temor general, por cuanto la consecuencia procesal de no presentar adecuadamente la solicitud, era la inadmisibilidad posterior de los medios de prueba, por ello desde el periodo de Octubre de 2010, hasta agosto de 2011, las solicitudes de conciliación disminuyeron, pues las partes, se tomaban más tiempo para solicitar las audiencias.

Y aunque siendo evidente la inconstitucionalidad de la carga probatoria impuesta a la conciliación, esta se mantuvo por 10 meses, hasta que por sentencia C- 589/11 se elimina las consecuencias procesales, e inmediatamente se produce el aumento al final del 2011 en alrededor de 8.000 solicitudes de conciliación como se aprecia en el siguiente cuadro:

	Procesos		Solicitudes		Variación Normativa
2009	2.356.828	↑	74.566	↑	
2010	2.303.378	↓	63.662	↓	• Ley 1395/10 (se adoptan medidas de descongestión)
2011	2.281.402	↓	71.084	↑	• C- 589/11 (se elimina la carga procesal-probatoria establecida en la ley 1395)

Apreciándose también que los procesos judiciales disminuyeron con respecto del año anterior, produciéndose una leve disminución de la congestión judicial, paradójicamente este fenómeno se presenta cuando se declara la inconstitucionalidad de la norma que le impuso cargas de descongestión.

En realidad lo que se produjo durante el lapso de 10 meses, fue el fenómeno de la demora en el acceso a la justicia, no era que se estuviera conciliando más, lo que ocurría es que las solicitudes se demoraban más en ser radicadas ante los centros de conciliación, pero al cumplirse la audiencia, inmediatamente acudían a la jurisdicción.

Esto suele ocurrir con algunas normas de descongestión, cuando no se implementan mecanismos de seguimiento, normas que en realidad no miden el aumento de la oferta de justicia, pero sí demoran el acceso a ella; no es un hecho aislado, que en muchos casos se acude a la conciliación porque "tienen" que agotar el requisito de procedibilidad, perdiendo la oportunidad de experimentar sus bondades, y este caso muestra como esos requisitos procesales limitan el acceso a la administración de justicia, por cuanto inciden con mucha rigidez en la naturaleza de la figura, hasta el punto de considerar que se está desnaturalizando la figura al generar más barreras, y que el camino pudiera cimentarse en otras recomendaciones diferentes a la descongestión por medio de los MASC.

5.4 Recomendaciones respecto al acceso a la justicia y los MASC.

Durante los últimos años, se han conocido diferentes informes y proyecciones, respecto a las políticas que deben acoger los MASC para consolidarse como gestores del acceso a la administración de justicia, resaltando los siguientes comentarios:

La Organización de Estados Americanos, en el informe presentado en el año 2007, se planteó como objetivo la promoción del acceso pleno y efectivo a la justicia en América Latina. “Para ello, nos propusimos llevar a cabo un ejercicio de identificación y análisis de los principales obstáculos que impiden este acceso, así como de las mejores prácticas que los Estados Miembros de la OEA han desarrollado para superarlos”(Organización de los Estados Americanos, 2007).

El informe ratifica que los sistemas nacionales de justicia –salvo excepciones- aún no responden satisfactoriamente a la creciente demanda de acceso a la justicia (crisis de eficacia) y, en consecuencia, padecen de una creciente desaprobación y desconfianza ciudadanas (crisis de legitimidad).(Organización de los Estados Americanos, 2007)

Destacan que hay determinados problemas o retos específicos que sí les compete afrontar a las políticas de acceso a la justicia o de reforma judicial: la lentitud y corrupción judicial, la falta de transparencia y el acceso a la jurisprudencia, la necesidad de mayor predictibilidad de las decisiones judiciales. (Organización de los Estados Americanos, 2007)

Otras medidas que permitirían disminuir la carga procesal y con ello mejorar la eficacia del gasto judicial se vinculan al uso intensivo de las tecnologías de la información y conocimiento que podrían simplificar procesos, abaratar costos y hacer más transparente al aparato jurisdiccional a través de la publicación de información relevante para los usuarios, jurisprudencia, legislación, etc.(Organización de los Estados Americanos, 2007)

Por ello, el experto (Pásara, 2004) afirma que en América Latina se ejerce una “ciudadanía de baja intensidad”, que “En América Latina las condiciones de vida imposibilitan que hombres y mujeres puedan reconocerse iguales ante la ley” y que “Mientras en los países de desarrollo avanzado los sectores que sufren “pobreza legal” son minoritarios, en el caso de los

países de América Latina –según sugieren las cifras sobre pobreza y pobreza extrema- constituyen una buena parte de la población, cuando no la mayoría de ella”.

En la actualidad, hay relativo consenso en los Gobiernos, organizaciones de sociedad civil, la academia y la cooperación internacional en torno a la importancia de que los Estados promuevan y extiendan el uso de los MARC por parte de los ciudadanos y ciudadanas del continente. No sólo porque constituyen una alternativa potencialmente exitosa para hacerle frente a la creciente “demanda” de justicia que soportan los sistemas judiciales, sino también porque en determinados ámbitos de la vida pública o privada, los MARC pueden resolver mejor los conflictos, restaurando las relaciones interpersonales, tomando en cuenta los verdaderos intereses de las personas y recurriendo a criterios de equidad.(Organización de los Estados Americanos, 2007)

La Cuarta Reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas sobre Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los Países Americanos, organizada por la OEA en Trinidad y Tobago en marzo de 2002, sintetiza cuáles serían los objetivos principales que se han perseguido mediante la implementación de los MAPJ en la región:

- La descongestión de los tribunales.
- La mayor celeridad en el conocimiento y resolución de las contiendas.
- El necesario mejoramiento del acceso a la justicia para la población.

Por su parte la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en Enero de 2015, emite unas recomendaciones al Estado Colombiano, respecto de la importancia de fortalecer el sistema judicial para enfrentar los "elevados niveles de impunidad" que se registran actualmente, y recuperar la confianza en el poder público; esto se puede lograr, en la

medida que los ciudadanos puedan participar públicamente en la toma de decisiones, que permita el respeto de la autonomía de la voluntad, garantizado por el Estado en las formas de acceso a la justicia, que incremente los negocios y la seguridad judicial generada por el respeto a los sistemas de resolución de conflictos, cuyos indicadores serán incrementados en la productividad, los indicadores económicos mejorarán y la confianza en los sistemas judiciales mejoraran.

En particular, "para el año 2019 Colombia debe haber racionalizado la oferta del servicio de justicia, de acuerdo con las necesidades reales de la población colombiana. Los MASC estarán enmarcados en una metodología de mejoramiento continuo, bajo el enfoque de sistema de gestión de calidad, planeación, verificación y acción que permita tomar decisiones de política frente al comportamiento de cada mecanismo y su coherencia con la problemática que buscan resolver. Los principios que orientan esta visión son la eliminación de las barreras de acceso a la administración de justicia.

Meta 1: Racionalizar el servicio de justicia y mejorar el acceso;

Aumento de la cobertura de la conciliación extrajudicial en derecho

Para el año 2019, se espera que al menos la mitad de las causas tramitadas mediante conciliación lleguen a acuerdos efectivos, para evitar así su paso por el sector jurisdiccional. Además de la articulación de esa iniciativa con los demás proyectos presentados en esta meta y de una efectiva recolección de la información para hacer el seguimiento correspondiente, se requiere facilitar la generación de incentivos para la creación de centros de conciliación

Consolidación normativa de las figuras

Con el fin de lograr un desarrollo armónico de los MASC, una reducción de la incertidumbre acerca de aspectos procesales y una articulación completa entre los diferentes

tipos de mecanismos y el servicio ofrecido por la Rama Judicial, se necesita acometer la revisión, el ajuste y la unificación de la normativa vigente en la materia.

En este contexto, las labores de compilación y reglamentación, además de estar determinadas por principios rectores como la seguridad jurídica, la integralidad, la coherencia y la pertinencia, deberán acometer tres labores principales: (1) llenar los vacíos actuales en la regulación de las diferentes figuras y operadores; (2) establecer las condiciones para el fortalecimiento de las funciones de coordinación de la oferta por parte del Estado colombiano; y, (3) adecuar la naturaleza jurídica de las figuras y sus funciones a las necesidades actuales en materia de justicia".(DPN , 2008)

Esta tercera labor, reconoce la necesidad de adecuación de la naturaleza jurídica de la figura de los MASC, por cuanto son conscientes de la prolongación de las teorías procesales y/o mixtas como fuentes originarias. Esta labor fue la que inspiró la realización de la presente investigación, a fin de reflexionar sobre la viabilidad de la teoría procesal constitucional como naturaleza jurídica de la Conciliación extrajudicial, de acuerdo a los parámetros que se expondrán en el siguiente capítulo.

Capítulo VI- Reflexión Teorica Entorno A La Naturaleza Juridica De La Conciliación Extrajudicial, Hacia La Teoría Procesal Constitucional. (Conclusiones)

El derecho no es una ciencia donde podamos aplicar fórmulas matemáticas que conlleve a un único resultado sin posibilidad del error, si así fuera el asunto, no tendría sentido analizar el comportamiento de las relaciones sociales de los seres humanos, ya que es en el error donde podemos reconocer la propia humanidad, y a partir de allí se evoluciona el Derecho.

Desde la aparición de la figura de la conciliación en Colombia, se ha implementado bajo el modelo procesal tradicional, teoría que en sus inicios no implicaba ningún agravio por cuanto su desarrollo estaba acorde a los mandatos legales, pero con el reconocimiento constitucional

que se le hiciera a la figura en 1991 en el artículo 116 C.N, necesariamente su naturaleza jurídica tendría que cambiar. Sin embargo; el legislador e incluso la jurisprudencia reconocían a la Constitución como fuente de la figura por cuanto desarrollaba los principios y fines constitucionales, no encontrando impedimentos para continuar con el desarrollo procesal tradicional.

Este quizás fue un primer pecado, el no haber cambiado el desarrollo de la figura mediante la adecuación de su naturaleza jurídica, pero este error se debió quizás a que no fueron secuenciales la expedición normativa de la conciliación, ya que lo deseable hubiera sido que posterior a la expedición de la constitución, se hubiera regulado esta institución alternativa, pero en la práctica ocurrió todo lo contrario, primero con la ley 23 del 21 de marzo de 1991 se reguló la conciliación, y posteriormente el 4 de julio de 1991 se promulga la constitución, siendo naturalmente claro que algunas de las disposiciones de la ley no iban a desarrollar a plenitud el espíritu del Constituyente.

Se esperaba entonces que se adecuara la naturaleza jurídica de la conciliación mediante la flexibilización y efectividad de los mandatos constitucional, pero la ley 446/98 y la ley 640/01, siguieron manejando el anterior concepto de un procesalismo tradicional, en donde el error no radicaba en su desarrollo, sino que aprovechando el origen constitucional de la figura en el artículo 116 C.N, se disfrazó la naturaleza jurídica como Constitucional puro, cuando en el fondo era procesal y siguió con un desarrollo tradicional.

Era natural prever que al seguir bajo la doctrina procesal, la figura sufriría cambios en sus procedimientos y requisitos, que con el tiempo desnaturalizarían el mecanismo, conllevándolo a la limitación de cargas procesales que atentan contra el acceso a la administración de justicia, y ponen en duda la autonomía de la figura como quedo probado en el capítulo IV y V del presente escrito, estas regulaciones puras de derecho procesal, atentan contra la autonomía de la figura, afectando el desarrollo de la misma y desnaturalizando su teleología.

Por ello al acudir a la doctrina, se encuentra que la naturaleza jurídica de la conciliación se le atribuye a la teoría procesal, a la jurisdiccional, a la negocial, o incluso a la teoría ecléctica, pero los autores no reconocen una autónoma teoría constitucional, o almenos una teoría procesal atenuada por los mandatos constitucionales.

Negar la aplicación de teorías procesales, no justifica por sí mismo el reconocimiento de la atenuación constitucional, sino más bien deslegitima su propio origen. Por ende para

evolucionar en el Derecho, se hace necesario el reconocimiento de los desaciertos, es por ello que en los capítulos anteriores, se justificó por qué se está bajo la aplicación de las teorías procesales, (como el requisito de procedibilidad o las normas de descongestión judicial ley 1395/10), con la finalidad de aprender de ellos, y evolucionar hacia una adecuación de su naturaleza jurídica atendiendo a criterios procesales-constitucionales, que la hagan más efectiva, sencilla, eficiente, autónoma y facilitadora del acceso a la administración de justicia.

El Constitucionalismo del Derecho, se ha proyectado como aquel que se da en el marco de un Estado Social y democrático de Derecho, en donde la práctica del Derecho se vuelve real a través de una carta fundamental con la materialización de los derechos, que a su vez van ligados a un marco de deberes en la administración de justicia.

En este Estado constitucional, la prevalencia de los principios y de los derechos están establecidos como pilares fundamentales de la razón de ser de la constitución, y la "manera de garantizarlos es a partir de los operadores de justicia", como medio de concreción de la norma de normas.

"El constitucionalismo, como teoría del derecho que rebasa los ordenamientos jurídicos actuales, postula la necesidad de considerar la ciencia jurídica normativa como aquella que no sólo prescribe derechos y deberes, sino también los relaciona con su sentido axiológico-valorativo desde la propia Constitución; así mismo, como una ideología que es decididamente proclive a entender la coexistencia de una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes, conforme con los postulados axio-constitucionales y, también, como una metodología, pues "el constitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral" (Parra, 2012), en donde la efectivización de los derechos y deberes sea la máxima expresión de nuestro ordenamiento jurídico.

Como ideología, parte de la compatibilidad de derechos, principios y deberes, los cuales se encuentran armonizados con la moral constitucional, como aquel desarrollo que se obedece, sin que sea imperante una coerción como garantía de efectividad; esto aunque pueda parecer una utopía, es necesario establecerlo como una ideología a seguir, con el fin de no perder el rumbo, en el momento de desarrollar una adecuación a la figura de la conciliación.

Como metodología, se concibe mediante el establecimiento de principios constitucionales y derechos fundamentales dentro de la figura de la conciliación extrajudicial, en la concreción

de la moral en el derecho, como aquel desarrollo flexible a través de sus procesos de transformaciones.

Aunque la Institución de la conciliación sea de rango Constitucional, no por ello su desarrollo tiene que estar contenido en su articulado, puesto que basta con descubrir su ideología y metodología aplicable, para conocer su modo de desarrollarse.

"La ciencia procesal constitucional se explica a partir de la relación que existe entre el proceso y la constitución"(Gozaíni, 2006), y partiendo que la conciliación desarrolla el proceso, permitirá construir "Puentes"[37] que desde las diferentes latitudes de lo Constitucional, legal, cultural y jurisdiccional, entrelacen la conciliación con la Constitución, y de esta manera no será necesario desechar el desarrollo procesal adelantado, sino transformarlo mediante el reconocimiento de su construcción armónica.

Así, las reformas judiciales exitosas sólo pueden darse en contextos institucionales democráticos y de respeto del Estado de Derecho, y que por ende, fortalecen la independencia judicial y mejora el acceso a la justicia y latutela de los derechos fundamentales: "… las reformas exitosas son aquéllas que incrementan la independencia judicial y promueven el acceso efectivo y equitativo a la justicia".(Uprimy, Rodriguez , & Garcia, 2006), adecuar la conciliación, se convierte entonces en un reto hacia el acceso efectivo y equitativo a la justicia como reforma exitosa.

La CIDH y la Corte Interamericana, consagra el derecho de toda persona a "un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes" (Organización de los Estados Americanos, 2007), y este puede ser uno de los propósitos de la Conciliación Extrajudicial. Pero esta efectividad se logrará en la medida que se encuentre el Derecho fundamental que logre desarrollar las bases de la conciliación desde lo Procesal y desde lo Constitucional.

La ideología de la conciliación se reconoce como aquella voluntad que tienen las partes de acudir ante un tercero colaborador, para la solución de sus controversias mediante acuerdos construidos en conjunto, estas partes ven en el mecanismo la herramienta de solución rápida

[37]El profesor Sergio García Ramírez, describe los hemisferios de comunicación entre el sistema normativos, como si se entrelazaran puentes entre lo constitucional, lo legal, cultural y jurisdiccional, que permite un dialogo para la construcción de un nuevo derecho. (García Ramirez, 2014)

de sus conflictos, por ello no es concebible que formalismos extremos disminuyan la eficiencia.

Si bien las cargas procesales en un eventual caso solo deben estar establecidas en cabeza del conciliador, por ser el garante de la legalidad y la adecuación al Ordenamiento jurídico, esta debe ser más flexible frente a los ritos impuestos. Y enfocarse más en un verdadero reconocimiento de la autonomía y determinación de las partes con un mecanismo pronto y expedito, para una real materialización de solución de conflictos y tutela judicial efectiva.

Los actos procesales, seguirán vigentes, por cuanto el proceso constitucional no solo se asocia a las acciones constitucionales o la magistratura constitucional, sino también al desarrollo de la principialistica procesal[38], concibiendo al procesal constitucional, "como un conjunto de actos jurídicos coordinados entre sí, proveniente de los órganos jurisdiccionales u órganos no jurisdiccionales, o de las partes[39], cuyo objeto es la defensa de la supremacía de la Constitución y la protección procesal de los derechos humanos, a fin de resolver conflictos de intereses"(Rey Cantor, 2010)

La conciliación extrajudicial, para adecuarse a la naturaleza jurídica de la teoría procesal constitucional, deberá desarrollar todas sus actuaciones, bajo el concepto del Debido Proceso como garantía fundamental, por tanto, "el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, "con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación,

[38]Enfoque expuesto por el Profesor de derecho Procesal (Nisimblat, Derecho Procesal Constitucional, Principialistica procesal y tutela, 2013)

[39] Aplicada a la figura de la Conciliación Extrajudicial.

modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción".(Corte Constitucional C-980, 2010)

Analógicamente la Conciliación también forma parte de esos procedimientos establecidos en la ley, para la creación, modificación o extinción de Derechos, por ende realiza funciones jurisdiccionales[40], las cuales se deben garantizar con actuaciones integradas a otros principios:

Figura 8. El debido proceso y su relación con los principios de la conciliación

La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos es la voluntariedad de las partes para llegar a la solución de sus controversias, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias.

Es indicado señalar, que "los núcleos duros y rectores que conforman los derechos fundamentales de las partes en conflicto es el debido proceso"(Eto Cruz, 2011) ya que su buen desarrollo permite la conciencia sobre la existencia de un conflicto, la cual es transformada en legitimaciones mutuas, generando una conciliación activa, que permite conocer a los protagonistas del conflicto, su cultura, la comunicación fluida, las expectativas y los valores y principios propios.

[40]Ver capítulo IV del presente escrito.

La relación de Debido Proceso y Voluntariedad, deslegitimaría la existencia de los requisitos de procedibilidad, por cuanto, bajo una concepción general de la teoría procesal constitucional, la conciliación es un proceso netamente voluntario que parte de la habilitación que realicen las partes.

Al eliminar el requisito de procedibilidad, llegaran a la conciliación, aquellos casos que efectivamente desean arreglar sus diferencias por el mecanismo, produciendo un aumento en la efectividad de los acuerdos, que como se anotó en el capítulo anterior, existe una marcada diferencia entre las solicitudes y los acuerdos, de esta forma se respetaría al mecanismo como forma alterna de administración de justicia, y no como un trámite procesal previo. En este sentido parece ser que el legislador actual apunta, cuando el 23 de Abril de 2016, inicia el trámite de proyecto de ley que pretende la reforma de las leyes 640 del 2001 y 270 de 1996, en cuanto la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos fue establecida mediante el artículo 37 de la Ley 640 del 2001. Esta exigencia para acudir ante la jurisdicción contenciosa representa un factor para adquirir competencia por parte de los jueces, sin embargo en esta materia Contenciosa administrativa, las cifras revela en la exposición de motivos del proyecto de ley se cita un estudio realizado en el año 2015 por el Departamento Nacional de Planeación con base en cifras de la Procuraduría General, que concluye que en materia contencioso administrativa se presentaron durante los últimos cinco años 56.189 solicitudes de conciliación extrajudicial, y en promedio, solamente el 9 % de las solicitudes admitidas resultaron en acuerdos totales, esto equivale a 5.182 casos. Por último, las solicitudes que resultaron en acuerdos parciales fueron 245, es decir, el 0,4 %, el motivo según los autores de la iniciativa radica en que en materia administrativa se han encontrado diferentes factores que han dificultado que los ciudadanos encuentren un mecanismo apropiado para resolver sus diferencias.

En primer lugar, los funcionarios que representan al Estado en los pleitos que se surten en su contra, por regla general, optan por no conciliar. Las razones de los funcionarios son, entre otras, el temor que les despiertan futuras investigaciones disciplinarias o fiscales que podrían adelantarse en su contra por haber ordenado el pago de obligaciones conciliadas sin que medie la intervención de un juez.

Otro de los motivos planteados dentro de la propuesta es que las entidades o instituciones demandadas no cuentan con los recursos suficientes, prefiriendo posponer el momento del pago. La conclusión de los creadores de la iniciativa es que el modelo de conciliación contencioso administrativa, tal y como funciona en la actualidad, contrario a incentivar la solución pacífica de conflictos y a propender porque los jueces conozcan los casos que ameriten su estudio está representando una verdadera traba para que los ciudadanos puedan acceder a la administración de justicia. Por ende este parece ser el primer paso para iniciar el desmonte del requisito de procedibilidad.

Otro aspecto gira entorno a la Argumentación que realicen las partes dentro de la audiencia, debe ser estructurada, expuesta bajo la oralidad y con capacidad de persuasión que permita avances entorno a los acuerdos, serán argumentos que comparados a los procesos judiciales, se pueden asemejar a los alegatos de conclusión, o a la teoría del caso en materia penal, permitiendo que el acuerdo se construya en base a argumentos válidos de las partes, que restrinjan la posibilidad de consolidarlos en mentiras o creencias, pues en esta naturaleza jurídica del procesal- constitucional, se sigue solo con el descubrimiento probatorio y será la argumentación de las partes las que logren gestionar el conflicto.

Esta teoría procesal constitucional, también debe contemplar la eliminación de cargas probatorias y/o disciplinarias como sanciones, más bien debe propender por un procedimiento lleno de estímulos a aquellos que acuden al mecanismo, porque no pensar que quien acuda a conciliación extrajudicial se tomara en cuenta su comparecencia como un indicio a favor en un eventual proceso judicial, o en la reducción de las eventuales costas procesales, o en incentivos económicos en cuanto a descuentos en las tarifas cuando se acude por mutuo acuerdo, entre otras.

El reconocimiento de esta transformación, traería consigo que el legislador cambiara su tendencia de modificar el mecanismo cuando dicte normas de descongestión judicial, pues reconoce su autonomía como mecanismo de acceso a la administración de justicia, y no como mecanismo de rescate judicial ante la congestión, pues dicho propósito no se logró ni se logrará si se continua con la tendencia.

La meta de la transformación o adecuación de la naturaleza jurídica de la conciliación, no se logrará hasta tanto el Estado, no asuma una política pública de efectivización de la justicia, donde independientemente a los sistemas tradicionales, busque la promoción y acceso de los

mismos, siendo activados no por una coerción estatal, sino por el reconocimiento que los ciudadanos realicen atendiendo a los beneficios de mecanismos agiles, económicos y eficientes para la solución de conflictos.

El otro aspecto necesario de transformación para adecuar la naturaleza jurídica de la conciliación, es dejar de ver a la conciliación como mecanismo de "acceso a la Justicia", y empezar al manejar y aplicar el concepto de la conciliación como mecanismo de ***"Tutela Judicial Efectiva",*** que si bien la jurisprudencia y la doctrina en ocasiones los equipara, tiene contenidos diferentes; La tutela judicial efectiva en la conciliación puede ser vista como:

- ***Administración de justicia como un servicio público***, en desarrollo del artículo 29, 228 y 229 de la Constitución Política de Colombia.
- ***Recurso Sencillo y Efectivo***, en desarrollo y cumplimiento de lo contemplado en el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos humanos.
- ***Derecho Fundamental***, al impartir justicia con el cumplimiento de las garantías fundamentales, sentencias C-1195/01, C-426/02.
- ***Sistema de reforzamiento de la justicia***, comprender a la conciliación, no solo como sinónimo de acceso a la justicia, sino como el generador de espacios propicios para actuar en el entramado de derechos subjetivos, como mecanismo de reforzamiento de la justicia.
- ***El procedimiento para obtener un acuerdo justo***, como presupuesto básico de la efectividad de los acuerdos.
- ***Derecho omnicomprensivo***, aquel que no solo da cumplimiento a las garantías procedimentales, sino va hasta el cumplimiento de las garantías sustanciales.
- ***Garantista***, acogiendo el concepto de la Corte Internacional de Derechos Humanos, donde pide que en los mecanismos, lo importante es el Desarrollo de las Garantías.
- ***Ejecutabilidad del acuerdo***, Necesariamente, la tutela judicial efectiva implica una exigencia de que el acuerdo conciliatorio se cumpla, o existan los mecanismos agiles e igualmente efectivos para que frente a su inobservancia el actor pueda acudir a la protección de su derecho.
- ***Acceso a la justicia activa***, comenzando con el derecho a participar adecuadamente del procedimiento conciliatorio, mediante la presentación de la solicitud, la adecuación del procedimiento conciliatorio, el plazo racional de las audiencias, y la ejecutabilidad del acuerdo.

- ***Núcleo esencial del Debido Proceso***, “este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata”.(Corte Constitucional C-279 , 2013)
- ***Reglas procesales abiertas como consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva***, “Esas normas derivan de la aceptación de la idea de que la ley no puede diseñar tantos procedimientos especiales cuantos supuestos sean necesarios a la tutela jurisdiccional de los derechos. La ley procesal no puede prever las verdaderas necesidades del derecho material, toda vez que ésas no sólo se transforman diariamente, sino también asumen características diversas conforme a los casos concretos”(Marinon, 2015). Y en la conciliación los procedimientos deben ser abiertos, solo bajo el cumplimiento de los principios que la filosofía del derecho procesal demanda.

Sumado a todo lo anterior, se debe promocionar la conciliación virtual con ayuda de las TIC, la cuales amplían el marco de acceso a la administración de justicia, mediante la implementación de programas y planes de modernización,asemejando la conciliación virtual, al plan de justicia digital que contempla la jurisdicción ordinaria, en donde tendrá como principios rectores la “universalidad, adaptabilidad del procedimiento, funcionabilidad, economía procesal, celeridad, la eficiencia, la buena fe, confiabilidad, entre otros, que permitirá agilizar las comunicaciones, la realización de las citaciones y la realización de las audiencias”(Nisimblat & Chen Stanziola, Nuevas Tecnologías en la administación de justicia y derechos fundamentales, 2014)

Esta adecuación de la naturaleza jurídica, no desconoce la existencia de una dogmática procesal en la figura, por ende la regulación existente se mantendría sin más modificaciones, salvo reformas estructurales de los mecanismos proyectados para el 2019, y siendo reconocida la teoría general del proceso en la conciliación, es importante entonces que el C.G.P se pueda aplicar en su totalidad, ya que le serviría al Conciliador, como herramienta de interpretación analógica para los procedimientos, sujetos, terceros, notificaciones, pruebas, pretensiones, entre otros.

Si se propende por un reconocimiento de autonomía, es importante reflexionar en torno a la ejecutabilidad de los acuerdos de conciliación, en la actualidad, cuando un acuerdo es incumplido, la única solución es acudir ante la justicia Ordinaria, sin embargo queda la sensación en el aire de que el mecanismo “no sirvió para solucionar el conflicto”, ya que el

común de la gente, no encuentra beneficio alguno en haberse ahorrado el trámite de un proceso ordinario para la declaratoria de un derecho, si el conflicto se prolonga por el incumplimiento, quedando la percepción que hubiera sido más efectivo acudir directamente a la justicia ordinaria.

En este orden de ideas, si el acuerdo llega rápido en la Conciliación, debería entonces la ejecutabilidad del acuerdo en caso de incumplimiento llegar rápido, de lo contrario sería someter al conflicto al sistema de demora judicial, ya no desde el proceso ordinario, sino desde el proceso ejecutivo. Este avance, se puede establecer, en la medida que se diseñe un trámite especial y preferente, ya sea ante la justicia ordinaria, o con el otorgamiento del poder de ejecución al conciliador para hacer cumplir el acuerdo al que llegaron las partes, pues con ello se garantizaría la confidencialidad del conflicto y su efectiva solución. Implicando para el conciliador, una mejor cualificación, y un seguimiento institucional del centro en las medidas de ejecución.

Esta alternativa bajo una teoría procesal- constitucional, no puede ser considerada como improcedente, por cuanto desde que se garantice el cumplimiento y protección del debido proceso y los principios de la conciliación, no sería más que una extensión de un procedimiento que no acaba con el acuerdo. En la actualidad el conciliador y los centros, lo máximo que se hacen es un seguimiento en cuanto al cumplimiento de los acuerdos, pero esto solo sirve para engrosar las estadísticas de conciliación que maneja el Ministerio de Justicia y del Derecho.

En cuanto a la descongestión judicial, gran parte de la congestión se presenta por el gran número de procesos ejecutivos, los cuales parten de la existencia de obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles. Por ello una extensión del acuerdo para la ejecutabilidad especial y preferente, dinamizaría la solución de controversias, y reduciría la remisión de procesos judiciales, aunque se tiene claro, que dicha adecuación se logrará en la medida que se consolide el mecanismos de la conciliación con una política pública de acceso a la justicia.

La salvedad que se contemplaría para la ejecutabilidad de los acuerdos, seria en los asuntos penales, ya que desde la teoría procesal-constitucional, el debido proceso no debe permitir que los acuerdos muten la investigación del delito al área civil, lo que se produciría es la suspensión en el desarrollo de la investigación por el acuerdo de voluntades de las partes, sin que se presenten los fenómenos de caducidad ni prescripción de la acción penal, hasta tanto no

se verifique el cumplimiento del mismo, y en caso contrario la investigación debe continuar y la aptitud de incumplir el acuerdo, debe constituirse como indicio grave en contra del investigado, pero a la vez el acuerdo establecido podrá ser tenido en cuenta en el incidente de reparación integral y no podrá tasarse valores por debajo de los establecidos en la conciliación, salvo que durante el proceso penal, se probaran atenuantes de responsabilidad.

Con la adecuación de la naturaleza jurídica de la Conciliación Extrajudicial, cambiar el modo de ver el origen de la conciliación, de la siguiente manera:

Figura 9. La naturaleza jurídica tradicional, frente a la adecuación de la naturaleza jurídica procesal-constitucional.

Todo lo anterior tendrá resultado, en la medida que la visión de los abogados también cambie entorno a la concepción del mecanismo, “Está claro que el perfil del abogado acorde con el sistema democrático de gobierno, el afianzamiento del estado de derecho, las demandas de la sociedad y del sistema de administración de justicia, requiere que se incluya en su formación los marcos teóricos que permitan analizar el conflicto, sus elementos constitutivos,

- personas, problema, proceso - y sus formas de resolución alternativas al litigio. La mediación debe ser estudiada como un mecanismo que debe conocer el abogado para aconsejar a su cliente, pero también como una nueva dimensión profesional. Conocer los marcos teóricos de estas temáticas no es suficiente. Es necesario cambiar la actitud del abogado frente al conflicto y sólo operando en el plano de las valoraciones puede lograrse un cambio de perfil en el abogado y un nuevo paradigma de resolución de conflictos que puede ser formulado como un desafío: Pasar de una cultura adversarial a una cultura de solución cooperativa y pacífica de los conflictos.”(Alvarez, 2014), así mismo le implica desarrollar habilidades que le permitan crear valor en los acuerdos que logre alcanzar en la conciliación como ventaja comparativa por el simple hecho que es un mejor negociador.

Con todo, una adecuación a la figura no solo cumpliría con la labor propuesta como meta para Colombia al 2019, sino contribuiría a dinamizar la conciliación, frenar la influencia de la teoría procesal, quitar las limitaciones a la autonomía de la voluntad privada y por consiguiente hacer efectivo el acceso a la justicia mediante actuaciones que restablezcan la paz y la armonía social entre las comunidades, de una manera rápida, eficiente y oportuna.

Bibliografía

Agudelo Ramírez , M. (2006). *Filosofía del Derecho Procesal.* Bogotá: Leyer.

Alvarez, G. S. (10 de 11 de 2014). *La visión del conflicto y el nuevo perfil del Abogado.* Obtenido de Fundación Libra.

Aviles Navarro, M. (2008). La conciliación civil preprocesal. *Redalyc*, 41.

Azula Camacho, J. (2010). *Manual de Derecho Procesal Tomo I.* Bogotá: Temis S.A.

Bodenheimer, E. (1932). *Teoría del Derecho.* México: Fondo Cultura Económica.

Capeletti, M., & Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia.* México: Derecho virtual.

CEJA. (15 de mayo de 2014). *Mecanismos Alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia en america latina.* Obtenido de Centro de Estudios de Justicia de las Americas: www.cejamericas.org

Corte Constitucional C- 1195, expediente D-3519 (M.P Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA 15 de Noviembre de 2001).

Corte Constitucional C-029, Expediente D-668 (M.P Dr. Jorge Arango Mejía. 2 de Febrero de 1995).

Corte Constitucional C-204, expediente D-4222 (M.P Dr. ALVARO TAFUR GALVIS 11 de marzo de 2003).

Corte Constitucional C-279 , expediente D - 9324 (M.P JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB 15 de mayo de 2013).

Corte Constitucional C-592, Expedientes Nos. D-070, (M.P Dr. FABIO MORON DIAZ 7 de Diciembre de 1992).

Corte Constitucional C-918 , expediente D-3417 (M.P Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA 29 de Agosto de 2001).

Corte Constitucional C-980, expediente D-8104 (M.P GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO 1 de Diciembre de 2010).

Corte constitucional T-197, Expediente T-56418 (M.P Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA 5 de mayo de 1995).

Corte Constitucional T-406, Expediente T-778 (M.P Dr. CIRO ANGARITA BARON 5 de junio de 1992).

Corte Constitucional T-942, expediente T-1130253 (M.P CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. 8 de Septiembre de 2005).

Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral M.P Hugo Suescún Pujols 6 de Julio de 1992).

DPN . (2008). *Garantizar una Justicia Eficiente.* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Escudero Alzate, C. (2013). *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.* Bogotá: Leyer.

Eto Cruz, G. (2011). *El Derecho Procesal Constitucional.* Bogotá: Temis S.A.

Faundes, J., & Angell, A. (2005). Reforma judicial en américa latina. *Sistemas Judiciales*.

Fundación mediación para todos y todas. (16 de mayo de 2014). *Solución de Conflictos (conflictológos).* Obtenido de www.soluciondeconflictos.com.mx/portal/

García Obando, P. A., Aguirre Román, J. O., & Pabón Mantilla, A. P. (2013). *Ensayos sobre argumentación jurídica.* Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

García Ramirez, S. (2014). Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. *Breves consideraciones sobre el diálogo jurisprudencial y el control de convencionalidad en el sistema interamericano* (págs. 743-760). Bogotá: ICDP - Universidad Libre.

Giacometto, Ferrer, A. (2007). Jurisprudencia constitucional en materia de conciliación prejudicial obligatoria. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, ISSN 1870-8390, Nº. 7*, 255-278.

Gil Echeverry, J. H. (2007). *La conciliacion extrajudicial y la amigable composición.* Bogotá: Temís.

Gómez Lara, C. (2004). *Teoría General del Proceso.* México: Oxford University Press.

González Díaz, A. (1994). La Conciliación en equidad: una alternativa para la administración de justicia. En M. d. Derecho, *Comunidad, conflicto y Conciliación en Equidad* (págs. 11-22). Bogotá: Unidad de Justicia PNR.

González Ramirez, A. (2010). *Introducción al Derecho.* Bogotá: Ediciones libreria del profesional.

Gozaíni, O. A. (2006). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional.* Buenos Aires: Editorial Rubinzal-culsoni.

Instituto de Defensa Legal. (2005). *La justicia de paz en los andes. Estudio Regional.* Lima: Red andina de justicia de paz y comunitaria.

Junco Vargas, J. R. (2002). *La conciliación (Aspectos Sustanciales y Procesales).* Bogotá: Temis S.A.

Kant, I. (1788). *Crítica de la razón Práctica* . Alemania .

Kriesberg, L. (1975). *Sociología de los conflictos sociales.* Madrid: Trillas.

La Rosa Calle, J., & citado por Lovatón Palaciós, D. (2007). Acceso a la Justicia: Llave para la gobernabilidad democrática. *Organización de los Estados Americanos - Consorcio Justicia Viva.*, 27.

Ledesma N, M. (2000). *El procedimiento conciliatorio, un enfoque teórico - normativo.* Gaceta jurídica.

León Duguit, P. M. (2001). *Las Transformaciones del Derecho (público y Privado) (pg91).* Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Ley 1564, .. (12 de Julio de 2012). Ley 1564. *por medio de la cual se expide el Código General del Proceso*. Bogotá: Congreso de la Republica de Colombia.

López Blanco, H. F. (2005). *Procedimiento Civil - Tomo I.* Bogotá: Dupre Editores.

Lopez Medina, D. E. (2004). *Teoría Impura del Derecho.* Bogotá: Legis.

Marinon, L. G. (10 de 04 de 2015). *Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva.* Obtenido de Academia.edu: https://www.academia.edu/1595825/DERECHO_FUNDAMENTAL_A_LA_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA

Mera, A. (2013). Mecanismos Alternativos de solución de conflictos en América latina. Diagnostico y debate en un contexto de reformas. *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América latina*, 375-433.

Mnookin, R. H., Peppet, S. R., & Tulumello, A. S. (2003). *Resolver Conflictos y alcanzar acuerdos: cómo plantear la negociación para general beneficios.* Barcelona: editorial gedisa S.A.

Monroy Cabra, M. G. (2001). *Introducción al Derecho.* Bogotá: Temis.

Morales Molina, H. (1965). *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General.* Bogotá: Lerner.

Moreno, A. S. (2014). *Ensayo Teoria del Caos Social crisis, conflictos y caos social.* Obtenido de Un Proceso de Transformación para una psicologia de la consciencia : http://www.oxigeme.com/index.php

Nisimblat, N. (2013). *Derecho Procesal Constitucional, Principialistica procesal y tutela.* Bogotá: Ediciones doctrina y ley.

Nisimblat, N., & Chen Stanziola, M. C. (2014). *Nuevas Tecnologías en la administación de justicia y derechos fundamentales.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Organización de los Estados Americanos. (2007). *Acceso a la Justicia: lineamientos y buenas practicas para un adecuado acceso a la justicia en las américas.* Washington D.C: OEA.

Pásara, L. (2004). *Lecciones aprendidas o por aprender: En busqueda de una justicia distinta.* Lima: Consorcio Justicia Viva.

Peláez Hernandez, R. A. (2013). *Elementos Teóricos del Proceso Tomo I Parte General.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Preciado, R. (2010). *Reflexiones sobre el criterio de justicia.* México: Universidad Autónoma de México.

Remo F, E. (2002). *Teoría de Conflictos - Hacia un nuevo paradigma.* Barcelona - España: Gedisa .

Restrepo Arredondo, B. d. (9 de noviembre de 2011). *La conciliación como solución de conflictos - UCC.* Obtenido de Aprende en Linea: http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/11383/10397

Rey Cantor, E. (2010). *El Derecho Procesal Cosntitucional.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Robles Morchon, G. (2002). *LEY Y DERECHO VIVO: METODO JURIDICO Y SOCIOLOGIA DEL DERECHO DE E UGEN EHRLICH.* Centro de Estudios Constitucionales.

Rojas Gómez , M. E. (2013). *Lecciones de Derecho Procesal Tomo I Teoría del Proceso.* Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica.

Sentencia Corte Constitucional C-893, expediente D-3399 (M.P CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ 22 de Agosto de 2001).

Soriano, R. (2001). *Sociología del Derecho.* Barcelona: Ariel Derecho.

Stammler, R. (1929). *Economía y Derecho; segùn la concepción materialista de la historia.* Madrid: Ed, Cast.

Uprimy, R., Rodriguez , C., & Garcia, M. (2006). *¿Justicia para todos?* Bogotá: Norma.

Vargas Vianco, J. E. (2002). Problemas de los sistemas alternativos de resolución de conflictos como alternativa de politica publica en el sector judicial. *Sistemas Judiciales CEJA.*

Véscovi, E. (1984). *Teoría General del Proceso.* Bogotá: Temis.

Weor, S. A. (1950). *Gnosis - El Matrimonio perfecto.* Obtenido de https://es.wikisource.org/wiki/El_Matrimonio_Perfecto_o_Puerta_de_Entrada_a_la_Iniciaci%C3%B3n

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (4 al 6 de marzo de 2008). Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Brasilia.