

La conciliación extrajudicial en derecho en Colombia. Con la garantía de la tutela judicial efectiva

Autor:
Edilsa Torres Osorio

Título:

La conciliación extrajudicial en derecho en Colombia

Subtítulo Obra Independiente:

Con la garantía de la tutela judicial efectiva

Sello editorial:

Corporación Universidad de Investigación y Desarrollo (978-958-8796)

Colaboradores:

Torres Osorio, Edilsa del Socorro

Universidad de Investigación y desarrollo UDI

Facultad de Ciencias Sociales y Humanas

Grupo de Investigación

Jurídicas Jeremy Bentham

Calle 9 # 23 -55 Bucaramanga, Santander, Colombia

Tel: (+57-7) 6352525

Correo electrónico:

investigaciones@udi.edu.co

Sitio web:

www.udi.edu.co/investigaciones/142-publicaciones

ISBN:

978-958-8796-22-2

Primera Edición

Julio de 2022

**La Conciliación extrajudicial en derecho en
Colombia: con la garantía de la
Tutela Judicial Efectiva**

Edilsa Torres Osorio
2022

Nota de la autora

Este trabajo de investigación realizado por la autora, parte del conocimiento de su tesis doctoral, en la cual comprobó a través de una metodología creada por ella, si las leyes de mediación de España contenían la rigurosidad de la tutela judicial efectiva [TJE], razón por la cual decidió verificar tal método en las Leyes de conciliación en Colombia, para lograr demostrar que la conciliación al ser una institución de la justicia alternativa debe respetar en todo su contenido la TJE. Así las cosas, el texto del España, es modificado y actualizado en la legislación colombiana.

Tabla de Abreviaturas

Palabra	Abreviatura
Adjudicación en materia de construcción - <i>Adjudication in Construction</i>	AC
<i>Alternative dispute resolution</i>	ADR
Arbitraje-Mediación	Arb-Med
Artículo/artículos	Art./art./arts.
Asociación Latinoamericana de Integración	ALADI
Cámara de Comercio Internacional	CCI
Código Civil	C.C.
Código Federal de Procedimientos Civiles	CFPC
Código General del Proceso	C.G.P.
Código Procesal Penal	CPP
Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional	CNUDMI
Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial	CIAC
Comunidad Europea	CE
Constitución política	CP
Determinación por experto – <i>Expert Determination</i>	DE
<i>Early Neutral Evaluation</i>	ENE
Estados Unidos	EEUU
Evaluación neutral anticipada	ENA
Fondo Multilateral de inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo	BID-FOMIN
Juzgamiento privado - <i>Private Judging</i>	JP
Mediación y Arbitraje Última Oferta (<i>Mediation and Last Offer Arbitration</i>)	MEDALOA
Mediación-Arbitraje	Med-Arb
Métodos alternos de solución de controversias	M.A.S.C.
Obra citada	Op. cit.
<i>Online Dispute Resolution</i>	ODR
Organización de Estados Americanos	OEA
Página/páginas	p./pp.
Real Academia Española	RAE
Red de Métodos Alternos de Solución de Controversias	RED ADR

Palabra	Abreviatura
Salario mínimo mensual igente	SMMV
Salario mínimo mensual legal vigente	SMMLV
Siguientes	ss.
<i>Summary Jury Trial</i>	SJT
Tecnología de la comunicación y la información	TIC
Tutela Judicial Efectiva	TJE

INDICE

NOTA DE LA AUTORA	1
TABLA DE ABREVIATURAS	2
LISTA DE FIGURAS.....	5
LISTADO DE TABLAS.....	6
INTRODUCCIÓN	7
1. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION.....	13
1.1. LA TRANSACCIÓN	14
1.1.1. <i>Características del contrato de transacción</i>	14
1.1.2. <i>Requisitos del contrato de transacción</i>	15
1.1.3. <i>Lo que no se puede transar</i>	15
1.2. LA NEGOCIACIÓN	16
1.2.1. <i>Los intereses en la negociación</i>	16
1.3. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN	21
1.4. LA MEDIACIÓN	23
1.5. LA CONCILIACIÓN	25
1.6. EL ARBITRAJE.....	30
1.7. ADJUDICACIÓN EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN - ADJUDICATION IN CONSTRUCTION (AC)	40
1.8. EVALUACIÓN NEUTRAL ANTICIPADA (ENA) - <i>EARLY NEUTRAL EVALUATION</i> (ENE)	41
1.9. DETERMINACIÓN POR EXPERTO – <i>EXPERT DETERMINATION</i> (DE)	42
1.10. MEDIACIÓN-ARBITRAJE (MED-ARB) – ARBITRAJE-MEDIACIÓN (ARB-MED) – MEDIACIÓN Y ARBITRAJE ÚLTIMA OFERTA (<i>MEDIATION AND LAST OFFER ARBITRATION</i> , MEDALOA)	43
1.11. MINI JUICIO – <i>MINI TRIAL</i>	46
1.12. DEFENSOR DEL PUEBLO (<i>OMBUDSMAN</i>).....	47
1.13. JUZGAMIENTO PRIVADO - <i>PRIVATE JUDGING</i> (JP)	48
1.14. JUICIO SUMARIO CON JURADO – <i>SUMMARY JURY TRIAL</i> (SJT)	49
1.15. CÍRCULOS DE SENTENCIAS - <i>SENTENCING CIRCLES</i>	50
1.16. AUDIENCIAS DE NEGOCIACIÓN - <i>SETTLEMENT CONFERENCES</i>	52
1.17. <i>NEGOTIATED RULEMAKING</i>	54
1.18. OTRAS FORMAS DE COLABORACIÓN DE TERCEROS CON LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA (INTEGRADOS EN PROGRAMAS JUDICIALES EN EE.UU.).....	55
1.19. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA - <i>ONLINE DISPUTE RESOLUTION</i> (ODR)	55
1.20. TRIBUNAL DE MÚLTIPLES PUERTAS – <i>MULTI-DOOR COURTHOUSE</i>	58
1.21. CASA DE JUSTICIA	59
2. LA CONCILIACIÓN/MEDIACIÓN EN EL PANORAMA MUNDIAL	63
2.1. NORTE AMÉRICA.....	65
2.1.1. <i>Estados Unidos</i>	65
2.1.2. <i>Canadá</i>	67
2.2. CENTRO AMÉRICA.....	71
2.2.1. <i>Costa Rica</i>	71
2.2.1. <i>El Salvador</i>	73
2.2.2. <i>Honduras</i>	74
2.2.3. <i>México</i>	75
2.2.4. <i>Nicaragua</i>	76
2.2.5. <i>Panamá</i>	78
2.2.6. <i>Puerto Rico</i>	79
2.3. AMÉRICA DEL SUR	81
2.3.1. <i>Argentina</i>	82
2.3.2. <i>Bolivia</i>	84
2.3.3. <i>Colombia</i>	86
2.3.4. <i>Chile</i>	92
2.3.5. <i>Ecuador</i>	93
2.3.6. <i>Paraguay</i>	94
2.3.7. <i>Perú</i>	95

2.3.8.	<i>Uruguay</i>	97
2.3.9.	<i>Venezuela</i>	98
2.4.	EUROPA.....	99
2.4.1.	<i>Alemania</i>	100
2.4.2.	<i>Austria</i>	102
2.4.3.	<i>España</i>	103
2.4.4.	<i>Francia</i>	110
2.4.5.	<i>Italia</i>	110
2.4.6.	<i>Portugal</i>	113
3.	TÉCNICAS DE CONCILIACIÓN	117
3.1.	MODELO TRADICIONAL-LINEAL DE HARVARD.....	117
3.2.	MODELO TRANSFORMATIVO.....	122
3.3.	EL MODELO CIRCULAR-NARRATIVO DE SARA COBB.....	125
4.	LA CONCILIACIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	128
4.1.	EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN.....	132
4.1.1.	<i>Que, el órgano que va a desarrollar la conciliación como ADR haya sido creado previamente por ley</i>	134
4.1.2.	<i>Que, las leyes de conciliación hayan investido de competencia al conciliador, con anterioridad al hecho motivador de la actuación</i>	136
4.1.3.	<i>Que, no sean especiales ni excepcionales sus regímenes orgánico y procedimental, pero sí puede tratarse de conciliador y procedimientos especiales por razón de la materia u objeto de la conciliación</i>	140
4.1.4.	<i>Que, la forma de designar conciliador venga establecida primero por la voluntad de las partes, o, en su defecto, por la ley</i>	141
4.2.	EL DERECHO A UN PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN FUNDADO EN DERECHO OBJETIVO, QUE OBSERVARÁ LA VOLUNTAD DE LOS INTERVINIENTES Y LA CONGRUENCIA LEGAL.....	145
4.3.	EL DERECHO A LOS RECURSOS ESTABLECIDOS EN LA LEY.....	150
4.4.	EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO LOGRADO EN CONCILIACIÓN.....	153
4.5.	EL DERECHO A LA INMODIFICABILIDAD EN LOS ACUERDOS LOGRADOS EN CONCILIACIÓN.....	156
4.6.	EL DERECHO A NO SUFRIR INDEFENSIÓN EN LA CONCILIACIÓN.....	157
4.6.1.	<i>Derecho a no padecer indefensión y obligación judicial de impedir indefensión</i>	157
4.6.2.	<i>Del régimen sancionador</i>	174
5.	SUJETOS DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA CONCILIACIÓN	179
5.1.	LOS INTERVINIENTES.....	179
5.2.	EL CONCILIADOR.....	186
5.2.1.	<i>Consideraciones sobre la conciliación como actividad profesional</i>	189
5.2.2.	<i>Relación jurídica entre el conciliador y los intervinientes</i>	190
5.2.3.	<i>Condiciones para la existencia del contrato de conciliación</i>	202
5.2.4.	<i>Principios de la conciliación que debe desarrollar el conciliador</i>	208
5.3.	LOS ABOGADOS DE LOS INTERVINIENTES.....	215
5.4.	SUPUESTOS EN LOS QUE EL JUEZ EJERCE FUNCIONES RESPECTO DE LA CONCILIACIÓN.....	217
6.	LA EFICACIA DE LAS LEYES DE CONCILIACIÓN	219
6.1.	LA EFICACIA POR CORRESPONDENCIA.....	221
6.1.1.	<i>Eficacia por correspondencia y a su vez, por cumplimiento de la norma</i>	224
6.2.	EFICACIA COMO APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....	228
6.3.	LA EFICACIA COMO ÉXITO.....	241
6.3.1.	<i>Los propósitos del legislador en las leyes de conciliación</i>	241
	CONCLUSIONES	244
	ANEXOS	247
	REFERENCIAS	273

Lista de Figuras

Figura 1. Jerarquía de las necesidades	20
Figura 2. Instituciones que se encuentran en una casa de justicia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Casas de Justicia.....	60
Figura 3. Modelo de administración de justicia integral.....	128
Figura 4. Esquema de la conciliación en Colombia.....	136
Figura 5. Designación del conciliador	145
Figura 6. Procedimiento de Conciliación.....	149
Figura 7. Pirámide de los principios de la conciliación	160
Figura 8. Acceso a la conciliación gratuita.....	172
Figura 9. Propuesta de procedimiento sancionatorio para conciliadores.....	176
Figura 10. Contrato de delegación entre Centro de Conciliación, conciliador y partes intervinientes.....	194
Figura 11. La Eficacia de una norma jurídica.....	220
Figura 12. Solicitudes de conciliación recibidas por año en todos los CAC de Colombia....	222
Figura 13. Procesos de familia ingresados en 2018 y 2019 a nivel nacional.....	222
Figura 14. Solicitudes de conciliación vs. constancias de no conciliación.....	225
Figura 15. Entidades que componen el sistema nacional de conciliación	229
Figura 16. Duración promedio del trámite de conciliación	230
Figura 17. Solicitudes de conciliación vs. Acuerdos totales desde de año 2002 hasta el 2019	231
Figura 18. Solicitudes de conciliación vs. Acuerdos parciales desde el año 2002 hasta el 2019	234
Figura 19. Solicitudes de conciliación vs. Constancias de no conciliación desde el año 2002 hasta el 2019	236
Figura 20. Solicitudes de conciliación vs. Constancias de inasistencia desde el año 2002 hasta el 2019.....	238

Listado de Tablas

Tabla 1. Solicitudes de conciliación Vs. constancias y procesos (2018/2019).....	223
Tabla 2. Solicitudes de conciliación vs. Acuerdos totales desde el año 2002 al 2019..	231
Tabla 3. Solicitudes de Conciliación, constancias de conciliación y porcentaje de inasistencia de concilaicionaciones desde el año 2002 al 2019	232
Tabla 4. Solicitudes de conciliación vs. Acuerdos totales desde el año 2002 al 2019.....	234
Tabla 5. Solicitudes de conciliación vs. Constancias de no conciliación desde el año 2002 hasta el 2019.....	236
Tabla 6. Solicitudes de conciliación vs. Constancias de inasistencia desde el año 2002 hasta el 2019.....	238
Tabla 7. Eficacia e ineficacia en la conciliación.....	240
Tabla 8. Resumen de la conciliación/mediación en al panorama mundial	247
Tabla 9. Resumen de la Conciliación y la TJE	257
Tabla 10. Movimiento de conciliaciones en Colombia del 2002 al 2019.....	260
Tabla 11. Leyes de arbitraje de los países Latinoamericanos	263
Tabla 12. Proveedores de servicios de ODR	267
Tabla 13. Resumen de los sujetos de la conciliación.....	272

INTRODUCCIÓN

El ser humano siempre está en busca de unos objetivos o premisas básicas en esta realidad de vida como lo son la felicidad y la justicia; piensa que la vida debe ser justa, por lo tanto, la aplicación del derecho y su procedimiento debe tener justicia. Como lo expresa Couture (1978), el ser humano “por lo general quiere obtener justicia por mano propia, pensando en la mayoría de los casos que la justicia del Estado no logrará un resultado justo y una sanción equivalente al dolor y a los daños causados” (p.17).

En Colombia como en la mayoría de los países a los abogados y a los estudiantes de derecho se les ha enseñado a resolver los conflictos sólo a través del proceso judicial pese a tener desde 1991 la conciliación extrajudicial en derecho, en equidad, jueces de paz, la amigable composición y el arbitraje como otras alternativas para resolver los conflictos.

Olvida el abogado que el proceso es riguroso, inflexible, contundente y que en la mayoría de los casos no se obtiene en una sentencia judicial el verdadero sentido altruista de la justicia, por diferentes motivos como, por ejemplo: corrupción en la rama judicial, retrasos en los términos judiciales, falta de consecución efectiva de pruebas, entre otros; dejando de lado que el proceso lleva consigo una carga de sacrificios, de dolor, que ninguna sentencia puede reparar.

Los métodos heterocompositivos en algunos casos solucionan el conflicto, pero no los resuelven porque hacerlo solo se logra a través de la implicación directa de las partes en el mismo, en las soluciones que estos encuentran y en ir a la raíz del conflicto, entendiéndolo y enfrentándolo, lo que se logra a través del diálogo, de los métodos autocompositivos como la conciliación.

La presente investigación versa sobre el estudio de la figura de conciliación, constatando si contiene la perspectiva constitucional de la tutela judicial efectiva (TJE).

Para ello, verificamos si las actuales leyes de conciliación cumplen dentro de su articulado con los contenidos básicos establecidos por la Corte Constitucional y los tratadistas del tema sobre TJE, toda vez que defendemos que cualquier ley que reglamente una alternativa

de resolución de conflictos no solamente debe respetar que las personas involucradas en el conflicto puedan acudir en cualquier momento al proceso judicial sino que dentro del articulado de la norma que la regule deben estar contenidos todos y cada uno de los conceptos básicos de la TJE logrando así que se integren todas las vías legales de solución a los conflictos dentro de una sola Administración de la Justicia.

Esta investigación no trata de demostrar si la conciliación es la opción más acertada o no que tienen los ciudadanos para resolver sus conflictos, sino demostrar que cualquier ADR que se pretenda incorporar legislativamente dentro de un Estado debe ser visualizada y legislada en el mismo rango legal que posee el proceso judicial, planeando estratégicamente a la Administración de la Justicia como un todo que ofrece alternativas de solución de sus diferencias con igualdad y respeto a las garantías constitucionales, para que el ciudadano que se encuentra en un pleito pueda decidir y elegir libre y voluntariamente si la resuelve de forma autocompositiva o heterocompositiva.

Cuando las leyes de cualquier mecanismo alternativo de solución de conflicto y en este caso de la conciliación cumplen con la TJE, es más fácil que cada uno de los sujetos del procedimiento de conciliación den aplicación a las directrices elaboradas en ella, de ahí la importancia de que el legislador regule la norma de la correspondiente ADR de manera integradora, coherente, complementando las vías judicial y alternativa de manera precisa, sin causar dilaciones indebidas al ciudadano que reclama una pronta y eficaz solución legal a su conflicto.

El interés por desarrollar este tema obedece a que la conciliación en Colombia no debe ser más abordada desde la perspectiva de la descongestión de despachos judiciales o como cumplimiento del requisito de procedibilidad y, por lo tanto, debe ser tratada de forma integral. Por eso, se pretende que: i) el legislador concrete las leyes de conciliación con todas las garantías constitucionales; ii) el ciudadano crea en la institución jurídica la cual respeta las garantías constitucionales tanto como el proceso judicial; iii) el conciliador verifique su misión respecto a la función social que posee frente al derecho y a la justicia alternativa; iv) a los abogados para que asuman su papel como sujetos activos de esta ADR, aconsejando a sus clientes para lograr acuerdos en justicia, con la aplicación del derecho, logrando reducir los procesos judiciales.

El método de investigación es el sistemático jurídico pues se han ordenado los conocimientos de la conciliación, agrupándolos coherentemente a los parámetros trazados la

TJE. Desde esta perspectiva del método sistemático jurídico se contempló la conciliación dentro de un todo, no de forma aislada al sistema jurídico, debiendo ser abordada de forma integral para conocer y comprender el sentido y alcance de ella en la totalidad del ordenamiento jurídico.

El trabajo de investigación tiene una hipótesis principal y una secundaria, planteadas de la siguiente manera:

Hipótesis principal:

La figura de la conciliación es constitucional, procesalmente adecuada y admisible en cuanto a respetar el derecho fundamental a la TJE.

Hipótesis secundaria:

La conciliación es una alternativa idónea para resolver conflictos en el marco general de la Administración de la Justicia.

La investigación está integrada en seis (6) capítulos desarrollados de la siguiente forma:

El objetivo del primer capítulo es revisar y conocer las diferentes ADR utilizadas en un panorama global, para entender su filosofía, su aplicación y sus modelos. Este estudio se realizó a través de la doctrina y la jurisprudencia, presentando al final de cada punto tratado la interpretación o consideración sobre el tema.

Se verifica que existen múltiples formas para resolver los conflictos. La justicia a través del proceso ya no es la única opción para resolver las disputas, se han generado varias ADR, unas puras como lo son la transacción, la negociación, la mediación, el arbitraje y otras híbridas o mixtas, como el Arb-Med, Med-Arb, mini trial, entre otras.

Damos paso así al segundo capítulo: la conciliación y la mediación a través de la comprobación de su existencia legislativa y aplicación en América del Norte, América del Sur y algunos países de Europa, lo que resumiremos en una tabla (ver tabla resumen de la conciliación/mediación en el panorama mundial en el apéndice). La mediación o la conciliación son conocidas y aplicadas en casi todos los Estados modernos y democráticos. En unos funciona asertivamente como una verdadera ADR con garantías legales y constitucionales, es una herramienta que resuelve los conflictos interpartes y que descongestiona los despachos judiciales; mientras que, en otros ha sido incorporada como un tipo de contrato atípico por medio del cual las partes resuelven sus conflictos, pero que, para obtener reconocimiento de ejecutoriedad y cosa juzgada, deben ir indefectiblemente a los tribunales para su homologación.

En el tercer capítulo, se refieren los modelos o técnicas más conocidas y aplicadas en el procedimiento de conciliación, técnicas que son fundamentales que las apliquen los conciliadores para lograr buenos resultados en el procedimiento conciliatorio.

En el cuarto capítulo se analiza y compara por analogía seis (6) contenidos básicos sobre la TJE respecto a las leyes de conciliación, presentándolos de la siguiente manera:

1. El derecho de acceso a la jurisdicción, el cual se traduce como derecho a la justicia y que conlleva:
 - a. Que el órgano que dirige la conciliación sea creado previamente en la ley, otorgándole funciones (reglamentarlo si es el caso) y tenerlo en funcionamiento previa su promulgación;
 - b. Que la ley de conciliación haya investido de competencia al conciliador con anterioridad a su actuación; en este sentido, verificamos en qué ámbitos del derecho se puede conciliar según la ley;
 - c. Que no sean especiales ni excepcionales los regímenes procedimentales de la conciliación, pero sí la creación de un régimen especial para las conciliaciones en derecho laboral, derecho penal y contencioso administrativo;
 - d. Que la forma de designar conciliador venga establecida en las leyes de conciliación, primero por la voluntad de las partes o en su defecto a través del órgano a quien se le otorgue esta función. Se verifica con la ayuda de diagramas de flujo si los procedimientos para designar conciliador son transparentes, y si contemplan las causales de abstención y recusación con su respectivo procedimiento para resolverlas.
2. El derecho a un procedimiento de conciliación fundado en derecho que observará la voluntad de los intervinientes y la congruencia legal. Igualmente, nos apoyamos en diagramas donde podemos visualizar el desarrollo del procedimiento de conciliación.
3. El derecho a la nulidad del procedimiento o al acuerdo de conciliación. La nulidad es la misma que la nulidad de los contratos; por ello, enunciamos y tratamos a través de la doctrina, las causales de nulidad y anulabilidad de los contratos, contrastándolas con algunas sentencias.
4. El derecho a la ejecución de los acuerdos logrados en conciliación. Para verificar la efectividad del acuerdo, analizamos el contenido del acta que contiene el acuerdo de conciliación.

5. El derecho a la inmodificabilidad del acuerdo logrado en conciliación.
6. El derecho a no sufrir indefensión en la conciliación, lo cual se logra a través de:
 - i) La aplicación de los principios de conciliación, para lo cual, se clasificaron los principios, pese a que la normatividad colombiana no los define, por lo tanto, se establecieron bajo los parámetros de la jurisprudencia y la doctrina;
 - ii) El otorgamiento del principio de gratuidad con su debido procedimiento. Para desarrollar este punto, se utilizaron los diagramas en los cuales se verifica si las leyes de conciliación otorgan el beneficio a los usuarios de la conciliación y si han generado un procedimiento para conceder la gratuidad;
 - iii) El régimen sancionador. Analizamos con la legislación y la jurisprudencia la importancia de tipificar un procedimiento sancionador con todas las garantías, plasmando lo contenido sobre el régimen sancionador en las leyes de conciliación, en diagramas que nos proporcionarán claridad en el procedimiento, comprobando los vacíos legales encontrados.

Terminamos el capítulo con una tabla resumen que contiene todos los planteamientos antes indicados, otorgando al lector la facilidad de comprobar en qué aspectos las leyes de conciliación cumplen o no con la TJE.

En el quinto capítulo, analiza a los sujetos intervinientes en la conciliación: los intervinientes, el conciliador y el juez en casos puntuales frente a la TJE.

- a. ¿Quiénes son los sujetos de la conciliación?
 - i) Los intervinientes. Verificamos en este aspecto quienes tienen capacidad y legitimidad para acudir a conciliación.
 - ii) El conciliador. Se define y analiza si la conciliación es una profesión o una actividad profesional; se verifica en las leyes de conciliación las condiciones para ser conciliador; se hacen y responden las siguientes preguntas:
 - ¿Es imprescindible un contrato entre interviniente y conciliador?
 - ¿Qué relación jurídica existe entre conciliador e intervinientes, en caso de que los intervinientes acudan a un centro de conciliación?
 - ¿Es necesario un contrato entre intervinientes, centro de conciliación y conciliador?
 - ¿Qué tipo de contrato es el que surge entre los intervinientes y el conciliador?
 - ¿El contrato de conciliación es un contrato típico o atípico?

Sobre las condiciones para la existencia del contrato de conciliación, se trata: i) la capacidad de los intervinientes (capacidad del menor emancipado, capacidad del menor no emancipado sometido a la patria potestad, capacidad de los menores sometidos a tutela); ii) del conciliador. Se trata dentro de este apartado, las cualidades que debe poseer el conciliador: imparcialidad y neutralidad; iii) Los abogados de los intervinientes. Se examina lo que indican las leyes de conciliación sobre la intervención de este profesional en el procedimiento de conciliación, también su deber como abogado según el Código de ética del abogado, y se propone la obligación de que el abogado informen a sus clientes de la existencia de otras formas legales de resolver los conflictos; iv) la función del juez en cuanto a la nulidad y la ejecución del acta de conciliación.

Este tema se concluye con una tabla resumen de los sujetos de la conciliación, donde se puede comprobar si las leyes de conciliación tratan o no los aspectos más importantes de cada una de ellas.

Se finiquita en el capítulo sexto comprobando la eficacia en las leyes de conciliación. Para perfeccionar la investigación, se presentan las conclusiones.

Definida entonces la estructura metodológica y teniendo claros los propósitos y temas planteados en esta investigación, se pasa al desarrollo, no sin antes reiterar que cualquier forma de resolver los conflictos, llámese Justicia, *Alternative Dispute Resolution (ADR)* u *Online Dispute Resolution (ODR)*, debe ser considerada en general por el legislador y por la comunidad como vías legales incluidas en un mismo ordenamiento jurídico, que deben coexistir para brindar una verdadera e integradora TJE.

CAPÍTULO I

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR)

1. Alternative Dispute Resolution

En todos los sistemas jurídicos mundiales, los Estados ofrecen dos formas de resolver los conflictos: la Justicia Ordinaria y los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias (MASC) o *Alternative Dispute Resolution* (ADR), sin embargo, en la mayoría de los países no funcionan de manera integrada ósea, que los MASC/ADR no hacen parte de la rama judicial, pero, de todas formas, tendrían que garantizar en estos segundos la seguridad de la Tutela judicial efectiva (TJE).

La Justicia ordinaria o tradicional, es heterocompositiva, es decir aquella en la que las partes entregan la solución de su conflicto a un tercero llamado juez, magistrado (que pertenece a la rama judicial, y que es un funcionario público) o árbitro (persona que ofrece sus servicios profesionales, no es funcionario público, el cual recibe honorarios por su labor temporal de administrar justicia, pagados por las partes), para que éste, a través de un proceso, aplique normas procesales, sustanciales y valore pruebas, emita una sentencia (el primero) o laudo arbitral (el segundo).

En la justicia alternativa o *Alternative Dispute Resolution* (ADR)¹, o *Adequate Dispute Resolution*, también conocidas como *Alternative Methods of Dispute Resolution*, o Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC), encontramos formas autocompositivas (como la transacción, negociación, mediación y la conciliación) que significan que las partes con la ayuda de un tercero experto en técnicas o modelos de negociación, ayuda a las partes en conflicto para que lleguen acuerdos y resuelvan su conflicto, respetando el derecho sustancial. En las ADR, también existen formas heterocompositivas como el arbitraje, la amigable composición (que están reglamentadas en la normatividad colombiana).

¹ ADR: vocablo que según Crook & Betancourt (2011), parece haber sido utilizado por primera vez por el profesor Frank E. A. Sander en un discurso titulado “Varieties of Dispute Processing”, que tuvo lugar en los Estados Unidos en 1976, aunque los antecedentes de esta institución son de larga data.

1.1. La transacción

Se puede decir que la transacción es la principal figura autocompositiva para resolver los conflictos, la cual la encontramos en el artículo 2469 del código civil colombiano definida como: “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

De la definición anterior se desglosan: i) La existencia de una relación controvertida o dudosa; ii) la intención de las partes de solucionar el conflicto en forma extrajudicial o concertar antes de que pueda ser controversial; iii) las partes involucradas deben realizar concesiones recíprocas en torno a la solución; iv) es un convenio o contrato que celebran las partes — que puede contar con la ayuda de un profesional del derecho para que redacte el contrato de forma técnica—.

1.1.1. Características del contrato de transacción

- Bilateral: porque las partes contratantes se obligan recíprocamente;
- Consensual: pues la forma como se perfecciona el contrato es con el consentimiento de las partes;
- Oneroso: tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, por lo tanto, cada uno se obliga en beneficio del otro;
- Conmutativo: lo oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer;
- Principal: el artículo 1499 del código civil manifiesta que el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención;
- Nominado: se trata de un contrato regulado por el derecho positivo de una manera especial.
- *Intuitu Personae*: las partes realizan o celebran determinados actos o contratos en consideración a la persona con quien interactúan;
- Soluciona por sí mismo el conflicto: “La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia” (código civil, art. 2483), para que esto ocurra, se entiende que el conflicto está dentro en un proceso judicial, las partes transan en cualquier etapa del proceso y llevan al juez el contrato para que este lo apruebe, quedando con el aval del juez, hará tránsito a cosa juzgada y por ende prestará mérito ejecutivo.

1.1.2. Requisitos del contrato de transacción

- Que la persona que se obligue tenga capacidad para ello (código civil, art. 1502);
- Toda declaración de voluntad debe tener por objeto dos o más cosas (código civil, art. 1517);
- Que no haya objeto ilícito (código civil, art. 1519);
- En toda convención que se realice sobre legados, se deben respetar las normas de la sucesión (código civil, art. 1520);
- No se pueden realizar transacciones sobre objetos ilícitos, tampoco los privilegios o derechos y las cosas embargadas deben ser autorizadas por el juez (código civil, art. 1521);
- No se puede transar todo objeto ilícito que esté prohibido por ley (código civil, art. 1523).

1.1.3. Lo que no se puede transar

- El Estado civil de la persona (código civil, art. 2473). Es importante tener en cuenta que un incapaz no puede obligarse, pues generaría una nulidad absoluta (código civil, art. 1741). Pueden transigirse los efectos patrimoniales del estado civil como, por ejemplo: la venta del derecho de herencia que hace directamente el heredero o legatario y cesión de cuotas hereditarias (código civil, arts. 1967 y 1968);
- El derecho a alimentos [alimentos congruos y necesarios (código civil, art. 413); el derecho de alimentos no puede transmitirse por causa de muerte (código civil, art. 424); el que deba alimentos, no los puede compensar (código civil, art. 425); las pensiones alimenticias atrasadas, no podrán compensarse o renunciarse (código civil, art. 426)];
- El derecho a recibir alimentos por parte de las personas a favor de quienes la ley lo ha establecido no es negociable y, por lo tanto, no es materia transigible. El valor que tengan las pensiones alimenticias –en dinero o en especie- ya causadas a cargo del alimentario, pero aún no pagadas por aquel a éste, tienen el carácter de deuda renunciable y compensable, por lo tanto, sí pueden ser objeto del contrato de transacción. Dentro del proceso ejecutivo de alimentos en el cual se puede transigir el crédito debido por alimentos, el o los plazos para cumplir dicha obligación.

Cuando la transacción se concertó fuera del proceso, las partes deben allegar el contrato de transacción al proceso para que el juez lo apruebe, el cual verificará que no contraría el

derecho sustancial y que todas las pretensiones objeto del litigio queden transadas (código general del proceso, art. 312).

1.2.La negociación

Si observamos la interactividad del ser humano con el otro, verificamos que se aplica la negociación de manera constante sin premeditarlo o sin decir expresamente. Se utiliza por lo tanto desde lo común y simple de la subsistencia, hasta el conflicto más intrincado, pero en este caso solo ocurre si, las personas tienen la capacidad de ceder algún porcentaje de la totalidad de lo que es la pretensión inicialmente deseada.

Esta se aplica en todas las relaciones; sirve para resolver conflictos entre personas naturales o jurídicas; también es empleada para lograr procesos de paz o soluciones entre Estados.

Es una vía de resolución de conflictos que se lleva a cabo entre dos o más personas (naturales o jurídicas) que deciden a través de: un diálogo asertivo, una discusión proactiva, argumentativa, verificar que sus diferencias pueden llegar a un acuerdo, tratando siempre que éste sea favorable para todas las partes. Se efectúa por los interesados en resolver el conflicto o con la ayuda de personas expertas en negociar.

1.2.1. Los intereses en la negociación

a. Los intereses constituyen la emocionalidad de las personas acerca de lo que básicamente es deseable, dándoles su forma de acción, pensamiento, preocupaciones, temores y forma de actuación dentro de la negociación. Se tiende a confundir intereses con necesidades.

En la negociación, existe tensión para comunicar el interés o esconderlo, tal como lo explica Soletto (2010a); para ello, se deben emplear estrategias de cooperación, satisfaciendo los intereses de todas las partes implicadas en la negociación.

La emocionalidad y su forma de manifestarse depende para Dorado (2006) de componentes biológicos, cognitivos, de especificidad cultural; se utilizan en este sentido modelos de negociación por emociones como:

i. El modelo de compromiso relacional: se centra en los encuentros repetidos entre los negociadores, es decir, estudia la repercusión que tiene en el encuentro actual, la

respuesta emocional que se ha dado en encuentros anteriores entre los mismos. Los elementos que se incluyen son:

- La relación de poder entre ellos. En este sentido Soletto Muñoz (2009a) indica que esta es una dificultad interna que puede obstaculizar la negociación;
- El compromiso que adquieren y los efectos entre éstos;
- Emociones experimentadas; en este sentido: Fisher *et al.*, (1993) recomienda reconocer y comprender las emociones, las de los negociadores y de las partes (p. 36).

- ii. Modelos de relación cognición-afecto: estos modelos según Dorado (2006) tratan de analizar la relación entre el afecto en los negociadores y el procesamiento de la información llevado a cabo por los mismos. Uno de los modelos de este tipo es: la infusión de afecto, proceso por el que la información que está cargada afectivamente influye y se incorpora al proceso de juicio llevado a cabo por el individuo. Es decir, trataría de explicar cómo la información afectiva hace que elaboremos determinados juicios y razonemos de diferente forma. La infusión de afecto se da con mayor probabilidad en el procesamiento constructivo, procesamiento más elaborado que implica una transformación sustancial. En este modelo es primordial el manejo de la empatía con las partes, el uso de un tono de voz pacífico, la calidez de la mirada y la sonrisa, pues las partes comprometidas en un conflicto la mayoría de las veces llegan tensas y enfadadas con el otro al momento de la negociación (pp. 95-115).

Traducción de los intereses a elementos concretos: los intereses de los intervinientes en la negociación deben traducirse a necesidades específicas que puedan ser manejadas y comprendidas por todas las partes de la negociación. Es importante como lo indica Fisher *et al.*, (1993), discutir sobre los intereses, haciendo que las partes los expresen como vivos, que reconozcan que estos hacen parte del problema, concretando: ¿cuál es? antes que la respuesta a este, y mirando con la solución hacia adelante, no quedarse en el pasado.

Los objetivos según Fisher *et al.*, (1993) se obtienen a través de un proceso y son lo que se deben tener en cuenta, desarrollando unas estrategias:

- Estrategia de acceso directo a una evaluación preexistente: esta se aplica cuando ya tenemos más elaborada la respuesta y no necesitamos un procesamiento de datos;

- Procesamiento motivado en relación con una meta preexistente: lo que importa es la búsqueda de información selectiva y, por tanto, la infusión de afecto es poco probable que se dé en este procesamiento;
- Estrategia heurística: se parte del hecho que el sujeto no dispone de información almacenada de situaciones y respuestas similares en el pasado, ni de una meta motivada que permita el procesamiento relacional, con lo que ha de elaborar una respuesta; sin embargo, sí se hace un análisis superficial de la información de la que dispone;
- Procesamiento sustantivo: éste requiere que el sujeto seleccione, utilice e interprete información no conocida hasta el momento y, que relacione dicha información con sus estructuras de conocimiento preexistente (pp. 58-65).

El negociador debe diseñar y utilizar la estrategia, saber manejar las relaciones, hacerle ver al otro los efectos negativos sobre una reputación de manejo de poder, cambiar la estructura de la negociación; también debe conocer su estilo de negociación y dominarlo (Fisher *et al.*, 1993).

La negociación exige de los participantes que identifiquen los temas sobre los que difieren, se informen recíprocamente acerca de sus necesidades e intereses, elaboren opciones de posibles soluciones y que entren en los compromisos sobre las condiciones del acuerdo final.

Para Valbuena (2003), un buen negociador debe emplear muchas técnicas y tener habilidades comunicativas, además de poseer y aplicar determinadas estrategias.

Ahora bien, la estructura básica de la negociación según Soletto (2010b) contiene las siguientes etapas:

- a. Fase preparatoria: las partes estudian la futura negociación, éstas reúnen la información necesaria con respecto a sus propias necesidades como a las del contrario;
- b. Inicio y programación de la negociación: las partes realizan sus primeros contactos y se establecen las reglas del juego de la negociación, las posibles cuestiones sobre las que se va a debatir y la forma en que se realizarán las reuniones, así como el lugar de reuniones, el tiempo o duración de la negociación, la elección del negociador, honorarios de los negociadores, efectividad del acuerdo, entre otros;
- c. Negociación: las partes exploran los intereses y las opciones para las cuestiones que se deban negociar, por lo tanto, es la negociación propiamente dicha;

- d. Consecución de acuerdo y revisión: los acuerdos se documentan de la forma que los implicados lo deseen, sin embargo, hay que tener precisión con cada punto del acuerdo, logrando que sea de fácil comprensión, sin dejar vacíos que lleven a erradas interpretaciones de este, por lo que debe ser: claro, expreso y exigible.

Ahora bien, el mapa de la negociación indicado por Soletto (2011) es una herramienta para el negociador y consiste en estructurar los pasos a seguir dentro de la negociación, teniéndolos en cuenta para no olvidar movimientos, información y estrategias; este tiene siete elementos que son: intereses, opciones, legitimidad o criterios, comunicación, relación, compromiso y alternativas. Este mapa de negociación se puede estructurar como: contenido de la agenda o preparación, se trata de búsqueda de información de la otra parte (puntos débiles, fortalezas, necesidades, etc.).

Existen dos formas de negociación:

- a. La directa o no asistida: es la negociación por definición. Las partes interesadas negocian entre ellas de forma directa, sin intervención ni ayuda de una tercera persona, siendo esta la forma más pura de los métodos autocompositivos, pues las partes actúan como actores principales de la gestión de su conflicto;
- b. La indirecta o asistida: es la negociación en la que las partes en conflicto se ven asistidas por un tercero, llamado negociador, y conjuntamente resuelven el conflicto. En este sentido, podría decirse que hay un modo híbrido de resolución del conflicto, pues se delega en un tercero la solución o negociación de la contienda, siendo autocompositivo y heterocompositivo a la vez, pese a que la negociación propiamente dicha es autocompositiva.

El acuerdo o desacuerdo será el resultado de un procedimiento interactivo, la consecuencia de una cesión o aproximación de la aplicación de una respuesta estratégica a cada movimiento de la otra parte en el procedimiento de negociación, respuesta que se derivará del análisis de la nueva situación que ha generado ese movimiento, en función de los intereses de la otra parte.

iii. Modelos o técnicas de negociación interpersonales

Para tratar los conflictos interpersonales se puede aplicar la jerarquía de las necesidades de Maslow (1943), en la que se parte en que todos los seres humanos al tener atendidas las necesidades básicas, es más fácil llegar a acuerdos, porque sus necesidades están cubiertas o,

por el contrario, sabiendo que necesidades no tiene abastecidas, se hace necesario cubrirlas; en este sentido, se puede mezclar esta teoría con la negociación por principios.

La teoría de Maslow tiene dos estadios. Uno biológico que establece que todos los seres humanos tenemos necesidades y otro personal, que son las necesidades que se tienen, fruto de los deseos y las experiencias que se viven. Sin embargo, es claro que no todos los seres humanos llegamos a la autorrealización porque esto va con el nivel de aceptación y conocimiento de sí mismos.

Figura 1.

Jerarquía de las necesidades (Maslow, 1943).



Es importante conocer la jerarquía de las necesidades y utilizarla en la negociación por intereses, porque todos los seres humanos necesitan lo mismo para alcanzar un bienestar, aunque en la práctica éste muchas veces no viene por resultado de un convenio producido por un conflicto con otro ser humano; depende más de los pactos internos y del autoconocimiento.

Hay diferentes técnicas a disposición del negociador; dos de las más comunes son la negociación basada en las posiciones o competitiva y la basada en los intereses o cooperativa, esta última ha sido ampliamente tratada y reconocida como el modelo Harvard, desarrollado por Fisher *et al.*, (1981); también se denominan negociación distributiva y negociación integrativa respectivamente y responden al esquema de lo que gana una parte lo pierde la otra, la primera, y al de ganar/ganar, la segunda.

1.2.2. Negociación basada en posiciones (distributiva o competitiva)

La negociación basada en posiciones consiste en una serie de posiciones o soluciones que cumplen las expectativas o las necesidades particulares, las cuales son seleccionadas por el negociador, quien las ordena de acuerdo con los resultados preferidos de mayor a menor, y se presentan a la otra parte a lo largo del proceso de negociación en un esfuerzo por llegar a un acuerdo. Este modelo es uno de los más difíciles de llevar, porque se necesita una habilidad extrema del facilitador para mover a las partes de sus posiciones. La primera oferta o posición representa la máxima ganancia ambicionada o esperada en el pacto. Cada una de las soluciones exige menos a la otra parte y resulta en menores beneficios para quien la propone. Se surte cuando las visiones convergen y llegan a un punto aceptable de concertación. Es un proceso de oferta y contraoferta en función de la propuesta de la otra parte. Varios autores han tratado este tema, entre otros: Lewicki, *et al.* (2008, pp. 27-55), Munduate & Medina (2006), Ovejero (2004, pp.133-150), Cadiz (1984) y Bandieri (2007).

1.2.3. Negociación basada en intereses (integrativa o cooperativa)

La negociación basada en intereses busca que las dos partes ganen, que cada una satisfaga sus intereses, por lo tanto, se logra que las dos partes cedan, para llegar a esto, el negociador debe tener muchas habilidades de comunicación, logrando indagar sobre los intereses de las partes y poder fundirlos en una solución equilibradas para ambos. Existen otras técnicas de negociación que podrán ser consultadas en el capítulo tres de este libro, en técnicas de conciliación. Sobre negociación integrativa se puede consultar a: Cádiz (1984, pp.133-136), Ovejero Bernal (2004, pp.135-150), Lewicki, *et al.* (2008, pp.58-84), Munduate & Medina (2006, pp.166-180), Palacios Plaza (2008, pp. 36-40), entre otros.

1.3.La amigable composición

La amigable composición es una ADR heterocompositiva, que debe ser pactada previamente por las partes, las cuales delegan y designan (ya sea de manera directa o por medio de una institución o persona natural), a un tercero llamado amigable componedor, la facultad de decidir, con fuerza vinculante para ellas sobre el conflicto; éste podrá ser individual o plural; su decisión produce los efectos legales relativos a la transacción, resultando poco efectivo porque no hace tránsito a cosa juzgada.

La Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, reglamenta de una manera sencilla este mecanismo en los artículos 56 al 60 y establece que la amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable para particulares, entidades públicas y para quien desempeñará funciones administrativas. El artículo 59 establece:

Artículo 59. Definición. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente (Ley 1563, 2012).

Para que exista la amigable composición debe existir al igual que el arbitraje, una cláusula compromisoria en la que las partes decidan que resuelven su conflicto de una manera heterocompositiva.

Se deduce de la Ley 1563 de 2012 que la cláusula compromisoria donde se pacta la amigable composición debe contener entre otros:

- a. Si va a ser una amigable composición independiente o si las partes van a un centro de conciliación y arbitraje;
- b. Número de amigables componedores, el cual puede ser singular o plural;
- c. Quien designa el o los amigables componedores (las partes de mutuo acuerdo o un tercero, que puede ser el Centro de Conciliación y Arbitraje de una Cámara de Comercio que tenga lista de elegibles);
- d. Las directrices o procedimientos de funcionamiento de la amigable composición (tiempo para decidir, garantía del derecho de conocer y controvertir pruebas, lugar donde se efectuarán las reuniones, honorarios de o de los amigables componedores y su forma de pago, entre otros). Si estas no se indican, van a un centro de arbitraje y conciliación del lugar del contrato, por lo tanto, se regirán por estatutos o reglas que para tal efecto tenga dicho centro;

- e. El acuerdo al que llegan los amigables compondores tiene los efectos de un contrato, no hace tránsito a cosa juzgada;
- f. La amigable composición surte los efectos de la transacción.

Se aclara que en caso de no pactarse en debida forma la cláusula de amigable composición, se acude al procedimiento del reglamento interno del centro de arbitraje y conciliación.

La figura de la amigable composición es un mecanismo de resolución de conflictos efectivo en el sentido en que las partes depositan su confianza en terceros que alejados del conflicto y en su condición de expertos en el tema, dan solución al mismo, pero no es efectivo en cuanto a la decisión pues ésta solo produce los efectos de un contrato, siendo más efectiva la conciliación, toda vez que el acta presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada, tal como se explica más adelante.

1.4.La mediación

Etimológicamente Grisales & González (2010) precisan que las palabras “mediación” y “mediador” derivan de “mediar”, la cual viene del latín *mediare*, de *medius*: medio (siglo XV), que significa “interceder”, “terciar”. Interceder viene del latín *intercere*: colocarse en medio, intervenir (siglo XV) y significa “intervenir a favor de una persona”. Así, desde la etimología de la palabra, la mediación guarda el sentido de ser una acción, en tanto es una intervención de un medio que busca interponerse entre dos que riñen para componer alguna disputa o discordia. En las entrañas de la palabra habitan, pues, el conflicto y la composición, por lo tanto, el acuerdo.

La mediación es una alternativa extrajudicial para resolver diferencias, busca que las partes —personas naturales o jurídicas, capaces (Código Civil Colombia, arts. 1502, 1053 y 1054) y de forma personal— que manifiestan tener conflictos (incluso jurídicos, o en derecho²), decidan voluntariamente reunirse en un sitio neutral —de una persona o institución privada o pública que ofrece los servicios de mediación, debidamente reconocido por la ley para tal fin—

² Hacemos claridad en esto, pues los conflictos deben versar sobre derechos protegidos por el ordenamiento legal vigente, porque pueden existir mediaciones terapéuticas.

para que por mutuo acuerdo designen o se les designe un tercero (singular o plural) profesional e imparcial, llamado mediador, para que les oriente, guíe y asista sobre las posibles soluciones existentes a su controversia, preservando siempre que los acuerdos a los que lleguen no vulneren derechos ciertos e indiscutibles y protegiendo que no se desconozcan en igual forma derechos de terceros al que o a los que afecte la resolución de su diferencia. El acuerdo al que llegan las partes puede gozar del efecto de cosa juzgada y tener fuerza ejecutiva, previo cumplimiento de unos requisitos exigidos en la ley³; el procedimiento de mediación tendrá una duración máxima preestablecida que empezará a contarse desde el momento en que se nombre o designe mediador, tiempo que podrá ser prorrogado, en su caso, a voluntad de las partes y con la anuencia del mediador.

Además, sentamos nuestra postura en que la mediación es una alternativa para resolver los conflictos en derecho —estando dentro del grupo de las ADR—, pudiendo el ciudadano escoger libremente si desea resolver su conflicto a través de ella, de otra opción de ADR, o de un proceso judicial donde encaje su causa litigiosa.

La mediación se complementa con el proceso judicial si es extrajudicial, cuando existen momentos precisos en los que el procedimiento de mediación o el acuerdo logrado necesitan de la fuerza y potestad del Poder judicial para tener características y garantías propias de la jurisdicción, como lo son: la declaración de medidas cautelares, medidas de aseguramiento, homologación del acuerdo (en caso de que la ley lo manifieste), ejecutar el acuerdo por incumplimiento o si se requiere utilizar la acción de nulidad del acuerdo alcanzado. Pero, si se utiliza la mediación intrajudicialmente —ya sea por derivación del juez o por voluntad de las partes que se encuentran inmersas en el proceso judicial, decidiendo suspenderlo en cualquier estado o fase donde se encuentre, para intentar una mediación—, será entonces un complemento del proceso judicial. Por su parte, Martín Diz (2010), Alemán Monterreal (2005), Ravetllar Ballesté, (2011, pp. 158-161), indican que la mediación es un sistema complementario de Administración de la Justicia.

En Colombia, encontramos la mediación de conflictos entre entidades públicas del orden nacional (Ley 1444, 2011, par. art. 5), en esta ley se creó la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado como una entidad descentralizada del orden nacional, que tiene entre sus fines, la reducción de la actividad litigiosa de las entidades. En tal virtud, el decreto

³ Es de notar que no en todas las legislaciones el acuerdo al que llegan las partes posee la garantía de la ejecutabilidad. Ver apéndice: Tabla N° 8. Resumen de la conciliación/mediación en el panorama mundial.

1069 de 2015, reguló la mediación de conflictos entre entidades públicas del orden nacional, facultando a esta entidad para facilitar y procurar que las entidades y organismos del orden nacional, de manera voluntaria, logren un acuerdo que ponga fin a los conflictos de carácter judicial o extrajudicial, actual o eventual, que puedan presentarse entre ellos.

1.5.La conciliación

El origen de la conciliación es difuso. En Francia se institucionalizó durante la revolución francesa (1789-1799); en el derecho anglosajón mediante la *Conciliation Act* 1896 y en EE.UU. el Congreso autorizó expresamente al Departamento de Trabajo para establecer una “comisión de conciliación” para estimular la resolución de disputas fuera de los órganos jurisdiccionales en 1913, Crook & Betancourt (2011).

Moran (2010) revela que: en EE.UU., la conciliación se diferencia de la mediación en que el conciliador realiza entrevistas separadas con los interesados para obtener una mayor objetividad e intentar mejorar la comunicación entre las partes, mientras que la mediación suele considerarse como una modalidad de la conciliación en la que el mediador facilita el acuerdo. Tanto el conciliador como el mediador actúan a título propio por acuerdo de las partes, pero no gozan de estatuto legal alguno (pp. 22-23).

La conciliación⁴ es una forma de solucionar conflictos mediante la intervención de un tercero que facilita el avenimiento de las partes: el conciliador no decide, únicamente trata de propiciar una solución entre las partes.

En el caso colombiano, el artículo 3 de la Ley 640 de 2001 establece que:

La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o fuera de un proceso judicial. (...) La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de los centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Conforme al artículo precedente, existe la conciliación extrajudicial que se realiza antes de incoar un proceso judicial o por fuera de él, es decir, no se desarrolla en la sede del juzgado, acudiendo a un centro de conciliación (para lo cual el acta de conciliación debe incorporarse al

⁴ Es de aclarar que en este capítulo no profundizaremos sobre la conciliación, pues más adelante, indicamos como funciona en varios países, para luego comparar si esta figura enmarcada en la normatividad colombiana posee los principios de la TJE.

proceso para no llegar a la sentencia, lográndose una terminación anormal del proceso); la conciliación judicial se realiza por el juez, dentro de un juicio en curso; Rueda Fonseca (2018).

Sobre la conciliación extrajudicial hay que determinar si esta es por voluntad expresa de las partes o si acuden por cumplir con el requisito de procedibilidad que tratan los artículos 35 al 42 de la Ley 640 de 2001. La conciliación extrajudicial es en derecho cuando es realizada por conciliadores que pueden ser estudiantes de derecho de consultorio jurídico (si las universidades poseen facultad de derecho y por ende, centro de conciliación), o ejecutada por abogados inscritos como conciliadores de los centros de conciliación autorizados, quienes previamente han realizado capacitación en conciliación y cumplen con los requisitos exigidos por estas instituciones; también puede ser desarrollada por los notarios y otras autoridades administrativas en cumplimiento de sus funciones y que tengan permitido conciliar en derecho.

La conciliación judicial, es decir la realizada por los jueces dentro del proceso, se encuentra en la Ley 1564 de 2012 por la cual se expide el Código General del Proceso, en su artículo 372 numeral 6, desarrollada dentro de los procesos verbal y verbal sumario (código general del proceso, art. 392) en donde se establecen las bases para realizar la conciliación por el juez; siendo una de las etapas o actividades que se desarrollan en el marco de las audiencias; en esta etapa de la audiencia que es la inicial, establecida por auto que señale fecha y hora para la audiencia, el juez citará a las partes para que concurran personalmente a rendir interrogatorio, a conciliar y a los demás asuntos relacionados durante esta diligencia.

A la audiencia deberán concurrir las partes y sus apoderados. Si alguna de las partes no comparece, se pueden producir consecuencias probatorias en su contra por su inasistencia; la audiencia se llevará a cabo con su abogado, quien lo puede hacer si tiene en el poder facultad de conciliar. Si las partes acuden a la audiencia junto con sus apoderados, ellas son quienes poseen la capacidad y disposición para conciliar, no sus apoderados.

La inasistencia de las partes o de sus apoderados a la audiencia por hechos anteriores a esta solo podrá justificarse mediante prueba de una justa causa. Si se acepta la justificación el juez se fijará nueva fecha y hora para su celebración dentro de los diez (10) días siguientes. Las justificaciones que presenten las partes o sus apoderados con posterioridad a la fecha en que debía realizarse la audiencia, solo serán apreciadas por el juez si se aportan dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que aquella se verificó y el juez únicamente admitirá las que se fundamenten en una fuerza mayor o caso fortuito, y solo tendrán el efecto de exonerar

de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia.

La inasistencia injustificada del demandante a esta audiencia hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado, siempre que sean susceptibles de confesión. La inasistencia del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda. Cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, esta no podrá celebrarse y vencido el término sin que se justifique la inasistencia el juez mediante auto, declarará terminado el proceso.

La ley también establece que desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de esta el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias y propondrá fórmulas de arreglo sin que ello signifique prejuzgamiento. El juez actuará como conciliador en las audiencias que se han mencionado. Se cuestiona por qué todos los jueces no tienen formación en conciliación o en resolución de conflictos lo que les permitiría adquirir conocimientos que hicieran más efectiva la realización de esta audiencia y la proposición de fórmulas de arreglo para las partes.

Es importante traer a colación la forma en que los jueces de España invitan a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, suspenden el proceso y los refieren a una sesión de mediación de carácter informativo, con un mediador externo, para que éste les explique en que consiste la mediación y cómo se puede llegar a un acuerdo negociado, con garantías legales. Se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios. Así mismo, se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma; por lo tanto, el juez no intenta mediar, sino que invita a las partes a que vayan y se informen de los beneficios de la mediación con un mediador experto.

Una conciliación novedosa es la que se realiza en la audiencia especial de pacto de cumplimiento⁵ como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Se encuentra regulada

⁵ El artículo 27 de la Ley 472 de 1998 reza: PACTO DE CUMPLIMIENTO. El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria.

La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, como una instancia procesal para el juez escuchar las posiciones de las partes y al Ministerio Público sobre la demanda instaurada y en ella podrá establecerse un acuerdo en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y de ser posible, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior.

Así entonces, el objeto de la audiencia de pacto, es solucionar el conflicto por medio de una construcción colectiva en la que se determine la mejor forma de proteger o prevenir la vulneración de los derechos amenazados o vulnerados y se logren endilgar responsabilidades y acciones detalladas a los responsables de la protección del interés colectivo, dentro de unos términos de cumplimiento, con tareas específicas y verificables, así como la designación de una persona que vigile y asegure la observancia del mismo.

La Corte Constitucional en sentencia C-215 de 1999 al examinar la constitucionalidad de la Ley 472, puso de presente que el objetivo que persigue el pacto de cumplimiento es llegar a un acuerdo de voluntades “dando con ello una terminación anticipada al proceso y solución de un conflicto y por ende, un menor desgaste para el aparato judicial”; actuación que le da, precisamente, a la audiencia, la categoría de mecanismo anticipado para la solución de un conflicto en el cual se encuentran involucrados intereses colectivos y que dada su especialidad, el papel del juez y del Ministerio Público resultan relevantes frente al control de legalidad y la protección de los derechos debatidos.

Al respecto puntualizó el alto tribunal constitucional:

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento.

En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible.

El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas.

La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos:

- a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas;
 - b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento;
 - c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento.
- En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a).

La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas.

El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto.

[...] El objetivo que persigue el pacto de cumplimiento es, previa la convocatoria del juez, que las partes puedan llegar a un acuerdo de voluntades para obtener el oportuno restablecimiento y reparación de los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses colectivos, dando con ello una terminación anticipada al proceso y solución de un conflicto y, por ende, un menor desgaste para el aparato judicial. Además, cabe observar, que el acuerdo no sólo debe ser avalado por él. No se trata entonces, como erróneamente lo interpreta el demandante, de la negociación de la sanción jurídica, ni menos aún, que con el citado mecanismo se esté atentando contra la eficacia de la acción popular. Por el contrario, ese acuerdo contribuye a obtener la pronta reparación de los perjuicios ocasionados por la vía de la concertación, reduciendo los términos del proceso y en consecuencia, de la decisión que debe adoptar el juez, todo ello, en desarrollo de los principios constitucionales ya enunciados. De igual forma, mediante el compromiso que suscriben las partes y que se consigna en el proyecto de pacto, se busca prever oportunamente la violación de los intereses colectivos, y por consiguiente, su efectiva protección y reparación.

A su vez, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que el pacto de cumplimiento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el cual las partes logran establecer los parámetros para la protección de los intereses colectivos amenazados o vulnerados, de una manera ágil y eficaz. Así en (Sentencia Consejo de Estado, Sala Primera, radicado 25000-23-24-000-2010-00492-0, 2012) se consideró dicha figura como un método para solucionar el conflicto planteado al interior de una acción popular, que permite a las partes, con la orientación del juez, llegar a un acuerdo que salvaguarde los derechos deprecados y, de esta manera, poner fin al litigio a través de una sentencia aprobatoria de dicho acuerdo. En la providencia en mención se expuso lo siguiente:

[...] En efecto, el Pacto de Cumplimiento es un instituto tendiente a hacer efectivos los principios de economía, eficacia y celeridad, como mecanismo de concertación, tendiente a ponerle fin de forma regular al debate judicial en sede popular.

[...]

Así pues, el Pacto de Cumplimiento constituye, entonces, uno de los mecanismos para la solución de conflictos dentro del trámite de la acción popular, que permite acercar a las partes para que éstas puedan por sí mismas, aunque con la orientación imparcial del juez, llegar a un acuerdo que finalice el litigio, resuelva la controversia y haga tránsito a cosa juzgada; lo cual, además, evita el desgaste del aparato judicial generando un ahorro para la administración de justicia y contribuye con la misión superior de propiciar la paz, pues se trata de un mecanismo pacífico y no litigioso de precaver los conflictos o solucionar los existentes.

1.6.El arbitraje

El Arbitraje es heterocompositivo, así como el proceso judicial; es decir, interviene un tercero imparcial que resuelve el conflicto entre las partes. En ambos casos, existen necesariamente: a) unos órganos con exigencias legales y garantías jurídicas, los cuales imponen su decisión con imparcialidad; b) las partes que acuden con posiciones opuestas y a las cuales se garantizan los principios de igualdad y contradicción y c) un procedimiento, Barona Vilar (2007).

El arbitraje tiene sus orígenes en el derecho romano, donde existió la figura de *pactum* (luego tomó el nombre de *compromissum*), consistía en que las partes remitían a personas elegidas llamadas árbitros la decisión de su controversia, sin acudir a la autoridad judicial. El *pactum* no tenía eficacia jurídica. No existía responsabilidad del árbitro hasta que éste no hubiera decidido y las partes no obedecían su pronunciamiento *commissa est stipulato*, entonces se demandaba un *actio incerti* para obtener el *id quod interest* de esta infracción a la promesa, Scialoja (1954) citado por Torres Osorio (2014, pp. 77-79).

El arbitraje en Latinoamérica tuvo varios factores y entes internacionales que lo impulsaron y lo han configurado como: el Fondo Multilateral de inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID-FOMIN); la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional a partir de las reglas de procedimiento inspiradas en el reglamento de Arbitraje de (CNUDMI). Estudios sobre la normatividad del arbitraje pueden revisarse en: Zapata de Arbeláez, *et al.* (2010), Briceno Berrù (2009), Conejero Roos (2004), Bouza i Vidal (2009), O. (2009), Esplungues Mota, (2010), entre otros.

En relación con el arbitraje internacional, los países latinoamericanos han mostrado gran interés por él, adhiriéndose y ratificando diversos instrumentos convencionales como: la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros; el Convenio europeo de Ginebra 1961, sobre arbitraje comercial internacional; Convenio de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

Respecto al convenio arbitral, se destaca que se ha flexibilizado el hecho de que éste se incorpore en los contratos que se consignen en un documento escrito, o en cualquier medio de comunicación en el que se deje constancia del mismo (siendo claro ejemplo de ello la nueva ley peruana). Igualmente, es importante que en la mayoría de los países latinoamericanos se

respetar la autonomía de la voluntad de las partes en el momento de pactar el convenio y se garantiza el modelo de la CNUDMI de 1985, también es cierto que prima el arbitraje institucional.

El arbitraje se encuentra legislado en la mayoría de los Estados latinoamericanos (ver anexo. Tabla N° 11. Leyes de arbitraje de los países Latinoamericanos).

1.6.1. El Arbitraje en Colombia

En el artículo 1º, la ley 1563 de 2012 establece que:

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. (...) El arbitraje se rige por los principios y reglas de la imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

Las clases de laudo (ley 1563,2012, art. 1, inc. 3): en derecho, en equidad y técnico; teniendo en cuenta que cuando sea parte una entidad pública o entidad con funciones administrativas el laudo debe proferirse en derecho (ley 1563,2012, art. 1, inc.4).

- Clases de arbitraje. Las clases de arbitraje que se precisan son dos (2): arbitraje ad hoc o independiente y arbitraje institucional.
- El arbitraje *ad hoc* o independiente. Como su nombre lo manifiesta, es independiente, es decir, actúan sin una institución de por medio que los convoque, designe, que les brinde sus instalaciones para llevar a cabo sus audiencias, grabaciones, etc. Este es dirigido directamente por los árbitros, con las reglas de procedimiento que establezcan las partes o por esta ley.

Las partes designan los árbitros, pero, si las una de las partes guarda silencio sobre el nombramiento del/de los árbitro/s *ad hoc*, se puede acudir al juez civil del circuito (reparto) competente para que proceda al nombramiento (Ley 1563, 2012, art. 53).

Las partes o, una de ellas o, el juez (según el caso), comunicarán a los árbitros la designación (por el medio de comunicación que consideren expedito y eficaz), para que en el término de cinco (5) días se pronuncien. Si alguno de los árbitros no acepta o guarda silencio, se procederá a su reemplazo por quien lo hubiese designado (Ley 1563, 2012, art. 54).

Los árbitros designados deben verificar si poseen impedimentos y recusaciones, las cuales son las previstas para el arbitraje institucional y aplican a los árbitros y secretarios de tribunales *ad hoc* (Ley 1563, 2012, art. 55).

- Audiencia de instalación de tribunal: ocurre una vez que los árbitros han aceptado su nombramiento; entonces, convocarán a la audiencia de instalación del tribunal, en donde designarán presidente y señalarán el lugar en el que deberá presentarse la demanda arbitral, para lo cual otorgan un plazo o término dentro de los quince (15) días siguientes a la instalación. De no presentarse la demanda oportunamente, se extinguirá el pacto arbitral y las partes quedarán en libertad de acudir a la justicia ordinaria. Usualmente el lugar indicado para presentar y contestar la demanda será también el de funcionamiento del tribunal, a menos que posteriormente las partes dispongan lo contrario (Ley 1563, 2012, art. 56).

Salvo que lo decidan los árbitros, en el tribunal *ad hoc* no será necesario designar secretario. Sobre la notificación de la demanda, traslado, contestación, oportunidad para pedir pruebas, fijación y consignación de honorarios y gastos, recursos, etc. al proceso del arbitraje *ad hoc*, se le aplican las reglas previstas en esta ley para el arbitraje institucional (Ley 1563, 2012, art. 57).

En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, respetando el debido proceso. Si las partes no indican reglas, se aplican las de la ley 1563 de 2012, tal como lo manifiesta el artículo 58.

- Arbitraje institucional. El artículo 2 establece que: a falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Además, plantea exclusivamente el arbitraje institucional, para el caso de arbitrajes con el Estado.
- Arbitraje de mayor y menor cuantía. El arbitraje solo tiene dos cuantías, mayor y menor; será de mayor cuantía si las pretensiones son superiores a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, los demás son de menor cuantía. En el de mínima cuantía se podrá actuar sin abogado cuando las normas ordinarias así lo dispongan según la naturaleza.

- Pacto arbitral. El pacto arbitral establece que los negocios se someten a arbitraje en virtud de un pacto que hacen las partes, el cual puede estar incorporado en una cláusula de un contrato en el que están las partes desarrollando determinado objeto contractual, igualmente se puede realizar un solo documento que contenga la cláusula arbitral. Este pacto, aunque no lo dice expresamente hace que las partes renuncien a los jueces de la república y someterán su controversia a los árbitros; en dicho documento también se deben señalar el nombre de las partes, la indicación de la controversia y del proceso en curso, si lo hay. Además, debe indicarse la naturaleza del laudo, el cual puede ser en derecho o en equidad. La invalidez del contrato no afecta la validez del pacto arbitral. El compromiso podrá constar en cualquier documento que lo mencione (Ley 1563, 2012, arts. 3 al 6).

Si una de las partes olvida intencionalmente o no, que existe pacto arbitral tácito (parágrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012, concordante con el artículo 20 y 37), se entiende válidamente probada la existencia del pacto arbitral.

- Árbitros. Las partes conjuntamente determinaran el número impar de árbitros, si lo omiten, serán tres (3) para arbitrajes superiores a cuatrocientos (400) SMMLV, que son de mayor cuantía y uno (1) para menor cuantía, es decir, monto de pretensiones inferiores a cuatrocientos (400) SMMLV. (Ley 1563, 2012, arts. 2 y 7).
- Designación de árbitros. Las partes de común acuerdo lo harán o delegarán a un tercero la designación de árbitros, de manera total o parcial. Si es un centro de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo de la lista de la especialidad. Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a éstas (Ley 1563, 2012, art. 8).
- Secretario. Los árbitros designaran un secretario, quien debe ser abogado, no será cónyuge o compañero permanente, ni puede tener relación contractual, subordinación o dependencia, ni parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad con ningún arbitro y será escogido de la lista del centro (Ley 1563, 2012, art. 9).

- Término y prórrogas. Si el pacto arbitral no se señala término, éste será de seis (6) meses que se comienza a contar a partir de la primera audiencia de trámite, pudiendo prorrogarse, sin que las prórrogas excedan de seis (6) meses (Ley 1563, 2012, art.10).
- Suspensión. El proceso arbitral se puede suspender por solicitud de ambas partes y desde el momento que algún árbitro se declare impedido, recusado, inhabilitado, renuncie, sea relevado o fallezca. Dicha suspensión no puede exceder de ciento veinte (120) días; esto busca imprimirle agilidad al proceso. No habrá suspensiones por prejudicialidad (Ley 1563, 2012, art. 11).
- Inicio y competencia del proceso arbitral. El artículo 12 de la Ley 1563 señala que el arbitraje se inicia con la presentación de la demanda, que deberá ajustarse a los requisitos establecidos en el Código General de Proceso al centro de arbitraje acordado o en su defecto, a un centro del domicilio de la demandada, si los demandados fueren plurales a cualquier domicilio de uno de ellos, si no existe centro de arbitraje en el domicilio acordado, se debe realizar en el centro de arbitraje más cercano. Si el centro de arbitraje se declara incompetente, remitirá el trámite al que considere competente. El conflicto de competencia entre centros de arbitraje será dirimido por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Cuando una entidad pública sea la demandada, será requisito, para continuar el trámite arbitral, que el centro de arbitraje comunique a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- Amparo de pobreza. El amparo de pobreza se puede conceder total o parcial, bajo los requisitos de la norma civil. La designación del apoderado será por sorteo de la lista de árbitros. Sin perjuicio de las costas, el amparado queda exonerado de honorarios y gastos del tribunal, sin que ese costo se le sume a la contraparte (Ley 1563, 2012, art. 13).
- Integración del tribunal. Cuando las partes o su delegado, que puede ser el centro de arbitraje, designan los árbitros, de acuerdo con el pacto arbitral, el centro les comunica, para que se pronuncien dentro de los cinco (5) días, de haber silencio, se entiende la no aceptación. Cualquiera de las partes puede solicitar que sea el juez quien designe de plano y por sorteo de la lista de árbitros del centro. Para el reemplazo se procede igual. Si el

reemplazo es de común acuerdo debe realizarse antes de la audiencia de instalación (Ley 1563, 2012, art. 14).

- Deber de información, impedimentos y recusaciones. Los árbitros y secretarios deberán informar sin demora cualquier circunstancia que pueda generar dudas sobre su imparcialidad e independencia. Su separación del cargo la decidirán los demás árbitros o el juez del circuito. Las causales de impedimento son las previstas en la norma procesal civil y administrativa. Los nombrados por el juez podrán ser recusados dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación o de conocimiento de los hechos y los nombrados por las partes solo a partir de los cinco (5) días siguientes al conocimiento. Si el árbitro rechaza la recusación los demás árbitros decidirán de plano; si fueren recusados todos o se tratase de árbitro único será el juez Civil del Circuito quien decida (Ley 1563, 2012, arts. 15 al 18).
- Control disciplinario de los árbitros y secretarios. En los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, se regirá por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia (Ley 1563, 2012, art. 19).
- Audiencia de instalación. El artículo 20 establece que se entregará el expediente a los árbitros, quienes elegirán el presidente y el secretario, este último se manifestará dentro de los cinco (5) días siguientes para posesionarlo o reemplazarlo. Se rechazará de plano la demanda que no acompañe el pacto arbitral, salvo que se trate del pacto arbitral tácito a que se refiere el parágrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012, es decir, que invoque el pacto y la parte contraria no lo niegue. Rechazada la demanda, el actor tiene veinte (20) días para presentar la demanda ante el Juez y conservar los efectos de la ya instaurada ante el centro de arbitraje.
- Traslado contestación y reforma de la demanda arbitral. El traslado para que el demandado conteste y excepciones será de veinte (20) días, vencidos, se corre traslado al demandante por cinco (5) días, para solicitar pruebas adicionales. Procede la demanda de reconvención. No proceden los incidentes ni las excepciones previas. El hecho de no excepcionar la existencia del pacto arbitral ante el Juez implica la renuncia al mismo, concordante con el

artículo 13 del Código General del Proceso. Se podrá reformar la demanda antes de la iniciación de la audiencia de conciliación (Ley 1563, 2012, arts. 21 y 22).

- Utilización de medios electrónicos. El proceso arbitral permite el uso de los medios electrónicos para el desarrollo del arbitraje en todas las actuaciones para con las partes y terceros. Las notificaciones electrónicas se consideran recibidas el día en que se enviaron, salvo el auto de la admisión que se considera recibido el día en que al destinatario le llegó a su dirección electrónica. Se podrá intervenir a través de videoconferencias, teleconferencias o cualquier otro medio técnico dirigido por el Tribunal. La guarda y formación de las actuaciones podrá ser a través del expediente electrónico o magnético (Ley 1563, 2012, art. 23).
- Audiencia de conciliación. Vencido el término de traslado de las excepciones o de la reconvencción, se señala la fecha de la audiencia, en donde el Tribunal instará a las partes para llegar a un acuerdo, en cuyo caso el Tribunal lo aprobará mediante auto que será cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo, siempre que las obligaciones sean claras, expresas y exigibles.
- Fijación de honorarios de los árbitros y del secretario y gastos de administración y funcionamiento. Límites. Oportunidad. Si fracasa la conciliación, el tribunal fijará los gastos y honorarios, tomando en cuenta la mayor cuantía, ya sea de las pretensiones de la demanda inicial o de la reconvencción; el auto que emita puede ser objeto de reposición. Salvo que las partes antes del nombramiento de los árbitros hayan acordado el valor de los honorarios y así se lo comuniquen junto con su designación.

Los árbitros podrán tener de honorarios máximo mil (1.000) SMMLV; un árbitro único podrá percibir hasta en un cincuenta por ciento (50%) más; los honorarios del secretario no podrán exceder de la mitad de los de un árbitro. Cuando no fuere posible determinar la cuantía de las pretensiones, los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de quinientos (500) SMLMV (Ley 1563, 2012, art. 26).

El decreto 1829 del 27 de agosto de 2013, señala las tarifas de gastos y honorarios. Cada parte consignará al presidente del tribunal, en una cuenta especial que él abrirá en un banco para tal fin, que contenga la indicación del tribunal; las partes tienen dentro de los diez (10)

días siguientes de apertura de cuenta para consignar la parte que les corresponde por honorarios. Si una de las partes no consigna, quien consignó podrá consignar por quien no lo hizo dentro de los cinco (5) días siguientes. Una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declare competente el tribunal, la acreedora podrá iniciar proceso ejecutivo con la certificación que expida el presidente del tribunal con la firma del secretario, en cuyo caso la única excepción que se puede alegar es la de pago. Si no hay reembolso o no se ejecuta se tendrá en cuenta para las costas causando intereses de mora a la tasa máxima autorizada. Si ninguna de las partes consigna, el tribunal a través de un auto, declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto. Si alguna de las partes es plural, no se fraccionará el pago, porque habrá solidaridad.

Con la declaratoria de competencia, el presidente entregará a cada árbitro y secretario la mitad de los honorarios y al centro de arbitraje la totalidad de los gastos, lo demás se entregará a la terminación del arbitraje por voluntad de las partes o por ejecutoria del laudo. El saldo se devolverá a las partes, razonando la cuenta. El artículo 29 establece la independencia e incluso la prevalencia de la jurisdicción arbitral, al determinar que: “El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo”. Es decir, que la decisión del tribunal de arbitraje prevalece sobre la del juez ordinario, sin perjuicio de lo que se resuelva en un recurso de anulación.

El tribunal de arbitraje podrá solicitar la remisión del proceso en el evento de que lo esté conociendo la justicia ordinaria, salvo que ya se hubiere proferido sentencia, tanto las actuaciones arbitrales como las del juez ordinario conservarán su validez.

- Primera audiencia de trámite. En esta audiencia, se instala el tribunal y resolverá sobre su competencia y las pruebas solicitadas, y decretará pruebas de oficio. Auto que es susceptible de reposición, en el caso de declararse incompetente extinguirá los efectos del pacto, devolverá los gastos no utilizados y honorarios. Para conservar los efectos de la presentación de la demanda el demandante dispondrá de veinte (20) días para instaurar la demanda ante el juez ordinario. Si alguno de los árbitros no está de acuerdo en la competencia del tribunal de arbitraje, salva su voto y será inmediatamente reemplazado. Terminada esta audiencia comienza a contarse el término de duración del proceso.

- Audiencias y pruebas. El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del Código de Procedimiento Civil (sic), ahora, Código General del Proceso en lo pertinente. En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma. El perito rinde su informe dentro del término fijado por el tribunal, de éste se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días. No hay lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave; las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, si el tribunal, lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes (Ley 1563, 2012, art. 31).

- Medidas cautelares. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares para lo cual apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho; estas serían procedentes de tramitarse ante la justicia ordinaria o ante lo contencioso administrativo, y según las reglas de éstas. Además, podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal, del circuito o al contencioso administrativo del lugar (si se trata de arbitraje con entidades públicas) en donde deba practicarse la medida cautelar.

El tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

El demandado podrá impedir la práctica de la medida cautelar o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de

la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador o a quien le corresponda, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

- Audiencias de alegatos y de laudo. El Tribunal fijará la fecha para la audiencia del laudo y oírá en alegato de conclusión a cada parte, máximo por una (1) hora, alegato que podrá también ser entregado por escrito. (Ley 1563, 2012, art. 33).
- Inasistencia de los árbitros y cesación de las funciones del tribunal. La inasistencia del árbitro por más de dos (2) veces sin justificación y tres (3) con justificación, provocará que sea relevado, para luego reemplazarlo por quien lo designó (Ley 1563, 2012, art. 34).
- Cesación de funciones del tribunal arbitral. El tribunal cesa funciones:
 - o Al no haberse consignado la totalidad de los gastos y honorarios dentro de la oportunidad;
 - o Por voluntad de las partes;
 - o Cuando el litisconsorte necesario que no suscribió el pacto no sea notificado o adhiera en su oportunidad al pacto arbitral;
 - o Por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga;

- Ejecutoria del laudo o de la providencia de aclaración, corrección o adición de este.
- Aclaración corrección y adición del laudo arbitral. El laudo se acordará por mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros inclusive quien haya salvado el voto, la falta de firma de alguno no afecta la validez de este (Ley 1563, 2012, arts. 38 y 39).
- Recursos que proceden contra el laudo arbitral. El laudo es susceptible de los recursos de anulación y de revisión. El recurso de anulación deberá interponerse debidamente sustentado dentro de los treinta (30) días y se correrá traslado por secretaria a la otra parte por quince (15) días, sin necesidad de auto. Vencido el término dentro de los cinco (5) días siguientes el secretario enviara el expediente junto con los escritos a la autoridad competente.
- Pérdida y reembolso de honorarios. Los árbitros perderán sus honorarios por renuncia, remoción por inasistencia, prosperidad de la recusación, falta a los deberes de información y por no haber proferido el laudo antes de la expiración del término fijado. El árbitro que se niegue a firmar el laudo o si el recurso de anulación prospera por las causales 3,4, 5 y 7 perderá la segunda parte de los honorarios, es decir, la mitad de los honorarios (Ley 1563, 2012, art. 48).

La Procuraduría General de la Nación intervendrá en los eventos de arbitraje y amigable composición en los que haga parte el Estado o alguna de sus entidades (Ley 1563, 2012, art. 49).

Sobre la creación de los centros de arbitraje, su reglamento, debe estar sujeto a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho, su procedimiento, tarifas, mecanismos de información, funciones, estructura administrativa, reglas y procedimientos propios de los artículos 50 y 51 de la Ley 1563 de 2012.

1.7. Adjudicación en materia de construcción - Adjudication in Construction (AC)⁶

⁶ El contenido que se relaciona en los numerales: 1.7.Adjudicación en materia de construcción - *Adjudication in Construction* (AC), 1.8. Evaluación neutral anticipada (ENA) - *Early Neutral Evaluation* (ENE),1.9. Determinación por experto – *Expert Determination* (DE), 1.10.Mediación-Arbitraje (Med-Arb) — Arbitraje-Mediación (Arb-Med) — Mediación y Arbitraje Última Oferta (Mediation and Last Offer Arbitration,

Este mecanismo funciona en todo lo relacionado con las empresas de construcción. Es un procedimiento en el cual un tercero, llamado adjudicador (experto independiente), que puede ser o no abogado, se pronuncia acerca de alguna parte o todo el desarrollo y ejecución de una obra (de ingeniería civil o de arquitectura), cuestiones contables de la misma, flujo de efectivo, continuidad de pagos, interpretación del contrato, legalidad del contrato, que se declare la existencia de un derecho, extensiones de plazo, etc.

En el Reino Unido, la decisión es vinculante, salvo que las partes decidan acudir a un tribunal judicial o arbitral, o sencillamente llegan a un acuerdo. Este mecanismo es obligatorio para todas las partes vinculadas al sector de la construcción. Para aquellos que buscan una solución rápida, la norma (*Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*) exige que las partes incluyan una cláusula que regule el nombramiento del adjudicador y la remisión de la disputa dentro de los siete (7) días contados a partir de la notificación de adjudicación. El adjudicador debe dictar decisión dentro de los veintiocho (28) días contados a partir de la referencia, salvo que las partes dispongan otra cosa. Los honorarios del adjudicador son pagados por las partes en igual proporción, Crook & Betancourt (2011).

1.8. Evaluación neutral anticipada (ENA) - *Early Neutral Evaluation* (ENE)

La ENA es una temprana y detallada evaluación de la posición inicial de las partes y del asunto en cuestión. La evaluación es realizada por un abogado especialista en el área, neutral, a quien se le denomina evaluador. Es confidencial y se hace por escrito y oralmente. La evaluación se hace conocer a las partes y a sus apoderados, los que luego determinan si se someten o no a la vía judicial, o se incrementa la posibilidad de llegar a un acuerdo.

Los objetivos de la ENA son:

- a. Identificar los aspectos legales y probatorios del caso;
- b. Examinar el mérito del asunto controvertido y, de ser posible;

MEDALOA), 1.11. Mini juicio – *Mini Trial*, 1.12. Defensor del pueblo (*ombudsman*), 1.13 Juzgamiento privado - *Private Judging* (JP), 1.14. Juicio sumario con jurado – *Summary Jury Trial* (SJT), 1.15. Círculos de sentencias - *Sentencing Circles*, 1.16. Audiencias de negociación - *Settlement Conferences*, 1.17. *Negotiated rulemaking*, 1.18. Otras formas de colaboración de terceros con la Administración de la Justicia (integrados en programas judiciales en EE.UU.), 1.19. Resolución de disputas en línea - *Online Dispute Resolution* (ODR), 1.20. Tribunal de múltiples puertas – *Multi-door Courthouse*; hacen parte de la obra previa de la autora. “La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva”; estas selecciones fueron reevaluadas y actualizadas como corresponde, para que las mismas se ajusten al propósito de esta investigación.

- c. Elaborar un plan que permita obtener información con respecto a lo que sucederá si el caso es llevado a juicio.

Como puede desprenderse de lo descrito, el ENA lo que busca es darle un análisis detallado del litigio consultado, brindando una conclusión del porcentaje de ganar o perder un proceso judicial, es otorgar argumentos a la parte que lo solicita para verificar que probabilidad existe de ganar o perder y/o en qué argumentos probatorios se pueden encontrar faltas para que sean cubiertos, antes de llegar a un juicio.

Si el evaluador determina que se puede perder el proceso judicial, recomienda entonces el negociar antes de demandar.

Para que el evaluador pueda cumplir con los objetivos que tiene la ENA, las partes deben aportar toda la información que posean para llegar a juicio, es decir, tanto la parte material como probatoria, de lo contrario, no se logra que el resultado sea óptimo. La ENA tiene como principal sector los conflictos de patentes de invención; Fiadjoe, (2004, p. 26), Crook & Betancourt (2011); Álvarez (2003, pp. 160-162).

1.9. Determinación por experto – *Expert Determination* (DE)

La Determinación por experto, también llamada *Neutral Expert* (EN), se usa para dirimir conflictos técnicos. El dictamen del experto es definitivo y tiene carácter vinculante para las partes, si estas así lo determinan. El experto establece el hecho, no el derecho. El experto debe ser imparcial y no debe tener ningún interés en el asunto controvertido; además, es contratado por las partes a través de un contrato de servicios; Crook & Betancourt (2011), Fiadjoe (2004, p. 29).

Este sistema es útil en conflictos sobre secretos industriales o comerciales, problemas de propiedad intelectual y cuestiones técnicas muy especializadas. De igual manera, este mecanismo puede ser útil para la evaluación de bienes, incluyendo la evaluación de acciones para el ejercicio de derechos de preferencia, o para determinar si ciertos productos poseen las especificaciones convenidas, Estavillo Castro (s.f.).

Esta determinación por experto puede asemejarse en nuestro contexto, a un perito evaluador, el cual se encuentra como auxiliar de la justicia y en las cuales se encuentran técnicos, profesionales o expertos en un tema y al que se le pide que desde su experticia realice un informe técnico sobre el tema que se requiere.

1.10. Mediación-Arbitraje (Med-Arb) — Arbitraje-Mediación (Arb-Med) — Mediación y Arbitraje Última Oferta (*Mediation and Last Offer Arbitration*, MEDALOA)

Tanto la Med-Arb, el Arb-Med y la MEDALOA, son llamados procedimientos híbridos en los que se combinan mediación y arbitraje. Tanto el Med-Arb como el Arb-Med son utilizados en varios países como, por ejemplo: Estados Unidos, Australia, Reino Unido, entre otros; experiencias de su uso se pueden consultar en: Pappas (2015) y Cheng & Kohtio, (2009).

En principio, debe existir una cláusula compromisoria para que las partes, de mutuo acuerdo, asistan a este procedimiento híbrido, y si no existe, se debe contar con la autorización expresa de ambas partes.

La Med-Arb fue utilizada por primera vez en 1911, cuando una compañía norteamericana empleó un mediador que fue investido de autoridad para dictar una decisión definitiva en un asunto laboral, Crook & Betancourt (2011).

Para contextualizar en nuestro territorio el Med-Arb, sería Conciliación-Arbitraje, como su abreviatura en inglés lo indica, primero se inicia con una mediación, que para nuestro caso sería una conciliación, por lo tanto, se debe recurrir a un centro de arbitraje y conciliación para que se designe un conciliador o para que las partes de mutuo acuerdo lo designen.

El conciliador designado desarrolla todo el procedimiento de conciliación, por tanto, se aplica el principio de la confidencialidad, imparcialidad y demás principios propios de la conciliación; si las partes en el desarrollo propio de las reuniones de conciliación no llegan a un acuerdo, previo consentimiento de las partes o ya existente éste en una cláusula—, se continúa con un arbitraje, procediendo como árbitro la misma persona que intervino como conciliador. Tal como estipula el arbitraje, se decide a través de un laudo arbitral que tiene efectos vinculantes para las partes.

Es recomendable que las partes se encuentren bien asesoradas por sus abogados, toda vez que en la etapa de conciliación el conciliador puede realizar sesiones privadas con cada una de las partes y éstas develar circunstancias. En el caso de no prosperar un acuerdo, lo manifestado en las sesiones puede ser utilizado en la etapa arbitral —considerada ésta como una desventaja— Angyal (2011).

Otra de las desventajas que puede presentar la Med-Arb (Conciliación-Arbitraje) es que el conciliador debe evitar realizar propuestas de acuerdo, pues pueden ser tomadas como una

amenaza implícita, en el sentido de que éste tome una decisión adversa como árbitro, si no son escuchadas o atendidas sus fórmulas de acuerdo. En este sentido, el conciliador deberá tener cuidado con sus sugerencias y no hacer parecer que está ejerciendo presión sobre los intervinientes para que acepten sus insinuaciones. La mejor opción es que el conciliador recuerde que es un facilitador que posiciona el procedimiento de conciliación apaciguando esta posible preocupación, Limbury (2010).

Sobre el tema de la confidencialidad en Med-Arb, los tribunales de Estados Unidos, Sussman (2009 pp. 71-74) se han pronunciado, e insisten en que todo debe partir del acuerdo de las partes:

*The record must also contain: (1) evidence that the parties are aware that the mediator will function as an arbitrator if the mediation attempt fails; (2) a written stipulation as to the agreed method of submitting their disputed factual issues to an arbitrator if the mediation fails; and (3) evidence of whether the parties agree to waive the confidentiality requirements imposed on the mediation process ... in the event that their disputes are later arbitrated*⁷.

La ventaja de estos métodos híbridos se encuentra en minimizar costos, pero las dos figuras son diferentes y el que se apliquen bien depende de la habilidad y destreza de la persona que va a actuar como mediador y árbitro, pues no todo árbitro posee las habilidades de un mediador y no todo mediador posee las habilidades de juzgar de un árbitro, Angyal (2011), Limbury, (2010), Sussman (2009).

En el Arb-Med, (Arbitraje-Mediación), en nuestro caso Arbitraje-Conciliación, la persona neutral actúa primero como árbitro, ofreciendo una decisión por escrito (laudo) que no se revela a las partes. El árbitro entonces actúa como conciliador; si la conciliación es exitosa, la decisión (laudo) nunca será revelado a las partes. Si las partes no resuelven todos los problemas en la conciliación, se hace conocer a las partes la decisión adoptada y contenida en

⁷ Caso de arbitraje entre: *Bowden v. Weickert*, N°. S-02-017, 2003 WL 21419175 (Ohio App. 6 Dist. June 20, 2003). *The case went back for a second arbitration; see Bowden v. Weickert*, No. S-05-009, 2006 WL 259642 (Ohio App. 6 Dist. Feb. 3, 2006). La traducción propia que se hace de ese párrafo es:

La cláusula también debe contener: (1) evidencia de que las partes saben que el mediador funcionará como árbitro si el intento de mediación falla; (2) una estipulación concreta donde se acepte que, si falla la mediación, se somete inmediatamente a decisión de árbitro; y (3) evidencia sobre el acuerdo que hacen las partes de renunciar a los requisitos de confidencialidad impuestos al proceso de mediación, en caso de que sus disputas sean posteriormente arbitradas

el laudo. La condición es que la fase de arbitraje esté dentro de un plazo –corto– previamente acordado, con el fin de limitar los costes.

Este proceso híbrido puede ser muy exitoso, ya que, al igual que en la Med-Arb, las partes saben que su disputa se acabará de una manera u otra, además de poseer la certeza de que se impondrá una decisión si no se logra acuerdo en la conciliación, Limbury (2001)⁸.

La crítica más frecuente hecha al Arb-Med es que, si la disputa se resuelve en la fase de conciliación, el tiempo y el dinero gastado en la fase de arbitraje anterior habrán sido en vano.

Otra de las críticas respecto al Arb-Med es que cualquier sugerencia de acuerdo proporcionada por el conciliador puede tomarse como si fuera la decisión implícita en el laudo, —recordemos que en este método híbrido el laudo se encuentra previamente depositado y archivado, a la espera de la conclusión de la conciliación— por lo tanto, la insinuación se puede tomar como coacción a las partes.

Otra forma de conducir el Med-Arb o Arb-Med sería nombrar diferentes personas para cada función (Pedraz Penalva, 1995, pp.49-50), es decir, que una persona actúe como conciliador y otra diferente asuma posteriormente las funciones de árbitro, y viceversa.

La Mediación y Arbitraje (Conciliación y Arbitraje) última Oferta (*Mediation and Last Offer Arbitration*, MEDALOA) consiste en la conducción de un procedimiento de conciliación, con la peculiaridad de que, no lográndose acuerdo en la conciliación, cada una de las partes somete al conciliador su última oferta de acuerdo, autorizando al conciliador para elegir la que

⁸ Indica Limbury (2001) que: “*One study reported in 2002 in the Journal of Applied Psychology examined the impact of Med-Arb and Arb-Med on various dispute outcomes involving three disputant structures (individual v. individual, individual v. team, and team v. team). The authors found that disputants in the Arb-Med procedure settled in the mediation phase more frequently and achieved settlements of higher joint benefit than did disputants in the Med-Arb procedure. They concluded that Arb-Med may have broader applicability than originally imagined.*

Another study investigated the effects of these hybrid procedures on parties’ perceptions of procedural and distributive fairness.

In the first experiment, three variables were manipulated: procedure (Med-Arb v. Arb-Med), concession making during the mediation phase (concessions v. no concessions), and role (labor v. management). Participants viewed Med-Arb as fairer than Arb-Med.

In the second experiment, the factors manipulated were third-party procedure (Med-Arb v. Arb-Med), whether confidential information was revealed during mediation (confidential information revealed v. not revealed), and arbitration outcomes (winning v. losing). The results suggested that when no confidential information was revealed, Med-Arb was seen as a significantly fairer procedure than Arb-Med, but if confidential information was revealed, then both procedures were seen as equally fair. This conclusion may come as a surprise to mediators. Not surprisingly however, winning the dispute increased fairness ratings”.

juzgue más adecuada, y siendo la decidida por éste de carácter obligatorio para los intervinientes.

La ventaja de este mecanismo es que obliga a los intervinientes a hacer efectivamente su mejor oferta, sabiendo que ya el conciliador, actuando como árbitro, en virtud del MEDALOA, tendrá la oportunidad de elegir una de ellas y convertirla en laudo, Estavillo Castro, (s.f.).

1.11. Mini juicio – *Mini Trial*

El primer mini juicio tuvo lugar en EE.UU. en 1977; su utilización se llevó a cabo para determinar una pretensión relacionada con una patente —caso TRW Inc. vs. Telecredit Inc.— Crook & Betancourt (2011). Para más descripción sobre el mini trial se puede consultar a: Plapinger (1987), Thygerson, (1994, pp.145-148), Cooley & Luvet (2003, pp. 256-257) y Fiadjoe (2004, p. 31). El mini juicio tiene como objeto ayudar a que las partes encuentren soluciones en los aspectos más importantes de un conflicto, dejando a un lado las cuestiones procesales.

Se trata de un proceso estructurado, híbrido, que reúne negociación y arbitraje; se desarrolla en tres fases: la primera fase, de “descubrimiento”, usualmente es breve, pues su finalidad es que las partes hagan una exposición del asunto, indicando los aspectos más importantes y un resumen de los testimonios que sean favorables a cada una. La segunda fase, que es una “audiencia”, se centra en la discusión del (o los) asunto/s de fondo —las primeras dos fases por lo general se realizan en un solo día—, generalmente, no se practican pruebas, pues el procedimiento se limita a la discusión entre las partes y a las eventuales preguntas que el tercero quiera realizar a éstas, a sus abogados o a los testigos que han sido presentados en la primera fase. En algunas ocasiones, puede suceder que las partes decidan no hacer uso del tercero neutral, sino que las negociaciones se lleven a cabo a través de ellas mismas y de sus abogados; en este sentido, el procedimiento se denomina Private mini-trial; Fiadjoe (2004, p. 25).

Después de esto, las partes solicitan al tercero neutral⁹ que emita un pronunciamiento sobre la eventual resolución que recaería si el asunto fuera resuelto por un juez, Pujadas Tortosa (2003).

⁹ Generalmente suele ser un juez retirado o un abogado especializado en la materia que se trate.

Según Pedraz Penalva (1995, pp.49-50), el minijuicio, ha demostrado ser un mecanismo indicado para resolver complejos asuntos de patentes, responsabilidad por el uso de productos, competencia desleal, entre otros, ya que se cuenta en ellos con la presencia de los altos ejecutivos de las empresas. Para que sea efectivo, cada parte debe conocer los medios de prueba del otro, de lo contrario, no tiene sentido el celebrar audiencia. Si las partes no llegan a acuerdo, el tercero dictará una opinión que indicará lo que puede ocurrir si van a juicio.

Sería muy importante para Colombia desarrollar esta figura para que existieran más posibilidades de obtener justicia en derecho de manera erudita y eficaz.

1.12. Defensor del pueblo (*ombudsman*)

El *ombudsman* se origina en 1713, cuando el Rey de Suecia nombró a una persona para investigar quejas presentadas en contra de algunos oficiales, Crook & Betancourt (2011); por su parte, Giner de Grado (1986, p.13) indica que fue en 1809. Originariamente, el *ombudsman* resolvía disputas entre ciudadanos y entes públicos; sin embargo, en la actualidad también existen en el sector privado. El primer Estado de la Comunidad Europea que introdujo esta figura en su ordenamiento jurídico fue Dinamarca en 1953; a continuación, la República Federal Alemana (para temas militares), Francia, Italia, Portugal, Holanda, Irlanda, Reino Unido¹⁰, y España.

El Ombudsman (palabra sueca que se ha incorporado al lenguaje universal), es una institución reconocida por la constitución o por la ley del correspondiente órgano legislativo (puede encontrarse igualmente con el conocido nombre de “Defensor del pueblo”), ésta institución es dirigida por una persona independiente y autónoma, responsable de sus actos ante el parlamento, que recibe las quejas de los ciudadanos o que actúa por su propia iniciativa, para vigilar la legalidad de los actos administrativos, hacer recomendaciones o sugerencias y publicar sus informes anuales. El ombudsman no posee poder, sólo actúa con autoridad moral,

¹⁰ Para acudir al servicio del *ombudsman*, se debe hacer una reclamación ante el presunto agravante; el *ombudsman* privado atiende reclamaciones de consumidores o pequeñas empresas. La decisión del *ombudsman* obliga al denunciado sólo si el reclamante está conforme y no a la inversa. En el sector público no tiene carácter vinculante.

El *ombudsman* hace recomendaciones, pide disculpas al reclamado o pago compensatorio. El *ombudsman* no está obligado a actuar aplicando la ley, aunque existe puntualmente algunos casos, Crook & Betancourt (2011).

Giner de Grado (*op. cit.*). Para profundizar sobre esta institución, se puede consultar a: Gil-Robles (1979), Gozaíni (1989), Fiadjoe (2004, pp. 24-25), Pujadas Tortosa (2003, p.112).

El defensor del pueblo en Colombia es creado en la constitución política de 1991, en su artículo 281; el defensor del pueblo tiene como funciones dirigir, adoptar, promover, divulgar, tutelar y defender los derechos humanos; igualmente difundir el conocimiento de derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente, entre otras.

1.13. Juzgamiento privado - *Private Judging* (JP)

El JP fue desarrollado por primera vez en 1976 por dos abogados que decidieron hacer uso de una norma del Código Civil de California para resolver un complejo conflicto mercantil Crook & Betancourt (2011). Conocido jurídicamente como “orden general de referencia”, el instrumento legislativo que le dio nacimiento dispone que, si las partes están de acuerdo, el juez podrá emitir una orden que les autoriza a nombrar un tercero investido de potestad jurisdiccional y, por ende, de facultades decisorias. Normalmente es un juez retirado, para que sea él quien después de oír a las partes, dicte una decisión que puede ser recurrida en apelación.

Esta figura también es conocida como “arrendamiento de jueces” (*rent-a-judge*). El JP es una eficiente alternativa frente al proceso judicial; las partes celebran sus audiencias en privado, y el JP generalmente conduce las audiencias, el procedimiento y las pruebas, con las formalidades propias de un juez. Las partes deben renunciar al derecho de ser oídas por un jurado.

Procedimiento del JP (Law offices of Russo&Prince, s.f.):

- a. Reunión preliminar: el juez privado debe identificar los asuntos en disputa, especifica un procedimiento eficaz para tratar el asunto, determina la información y los requisitos de las pruebas y la forma en que se presentarán, establece un calendario de actuaciones, incluyendo las fechas de audiencias, e indica los costos del procedimiento;
- b. Presentaciones e informes que se preparan e intercambian, de acuerdo con el plan de procedimiento convenido y con el calendario;
- c. El juez lleva a cabo la audiencia formal, con amplias funciones y posibilidades;
- d. Después de escuchar todos los argumentos y examinar todas las pruebas, el juez concluye el procedimiento con un escrito que es lo más parecido a una sentencia (y que contiene las

motivaciones a través de las cuales llegó a la decisión) y que es jurídicamente vinculante para las partes.

Las partes pueden ponerse de acuerdo para quedar obligadas por la decisión del juez, con exclusión de todos los derechos de apelación, si quieren hacer el proceso completo final. De lo contrario, tienen derechos limitados para apelar la decisión del juez directamente al Tribunal de Justicia.

Esta forma de ADR es muy similar al sistema ofrecido por el Estado, pero está fuera del dominio público; es muy utilizada por las personas que quieren dirimir sus conflictos con confidencialidad y máxima privacidad, Torres Osorio (2013, p. 109).

1.14. Juicio sumario con jurado – *Summary Jury Trial* (SJT)

El SJT fue desarrollado en 1980 por Thomas Lambros, juez de la Corte de Distrito estadounidense del Circuito Norte de Ohio. El juez tuvo la idea de celebrar un juicio abreviado que sirviese de medio para predecir resultados objetivos, Crook & Betancourt (2011).

El procedimiento (Metropolitan corporate counsel, s.f.) se realiza ante jurados reales, dirigido por un juez o magistrado. Generalmente, el jurado está compuesto de seis (6) a doce (12) miembros. El proceso de selección del jurado es el mismo que se utiliza en los juzgados y tribunales. A cada parte se le suele conceder de diez (10) a quince (15) minutos para presentar sus declaraciones de apertura, y, dependiendo de la complejidad de los temas y del número de partes involucradas, puede otorgárseles más tiempo para ello, es decir, para que presenten su caso, con el interrogatorio por el abogado contrario.

Las pruebas se pueden presentar a través de los resúmenes de los abogados, lectura de declaraciones, proyección de vídeos, presentación de pruebas documentales, o mediante testimonios. Se conceden de nuevo diez (10) minutos a cada parte para los alegatos finales, luego, el juez ordena al "jurado" que someta el caso a deliberación.

Con el fin de asegurar una deliberación seria de las cuestiones, el jurado no es informado sobre la naturaleza no vinculante de su veredicto. Después de que los miembros del jurado hayan dado su veredicto (o después de un tiempo razonable en que se han realizado deliberaciones exhaustivas), los miembros del jurado son encuestados en cuanto a sus resultados. Las partes tienen la oportunidad de interrogar a los jurados acerca de las deliberaciones para determinar qué pruebas o temas han sido más convincentes o perjudiciales

para el caso controvertido. El veredicto y la información de deliberación se utilizan para conducir las discusiones en una mediación.

Si el caso no se resuelve, las partes obtienen de este juicio sumario con jurado algunas ventajas, como es la posibilidad de poner a prueba sus argumentos y pruebas ante un jurado real (aunque puede haber cierta reticencia a mostrar todas las pruebas que se poseen en el juicio con jurado, con la esperanza de que el adversario se lleve una sorpresa en el juicio).

El momento del juicio con jurado sumario también es importante para utilizar la efectividad total de su potencial de ahorro de costos. Idealmente, se debe usar un juicio por jurado sumario antes de que las partes se vean obligadas a incurrir en los altos costos financieros de prepararse para el juicio. Es importante pedirle a la corte que programe el juicio por jurado sumario aproximadamente de treinta a sesenta días después de la fase de descubrimiento del litigio, y programar el juicio real treinta días después. Esto ahorrará los gastos de preparación para el juicio hasta que quede claro que será necesario un ensayo real. También les dará a las partes el tiempo suficiente para revisar sus estrategias de juicio para reflejar lo que funcionó mejor con el jurado de resumen. Además, debido a que el juicio por jurado sumario generalmente demorará solo uno o dos días en completarse.

Otra ventaja para el juicio con jurado es que proporciona claves y formas de actuar a los testigos, siendo casi un ensayo real general de la prueba. La exposición a la configuración tribunal y a los jurados reducirá el nivel de ansiedad que los testigos pudieran tener frente al jurado real.

Por supuesto, el juicio por jurado sólo funcionará correctamente si ambas partes se lo toman lo suficientemente en serio como para obtener un resultado que verdaderamente represente el resultado de un juicio real.

1.15. Círculos de sentencias - *Sentencing Circles*

Los círculos de sentencias tuvieron su origen en la comunidad indígena de los Estados Unidos donde se utilizaba sin este nombre para resolver o tratar diferentes asuntos, entre ellos cuando se presentaban dificultades en la comunidad por la comisión de un comportamiento de uno de sus miembros en contra de sus reglas de convivencia y comportamiento que ofendía a otros integrantes de la tribu.

Como en los procedimientos de mediación y en los programas de justicia restaurativa, los círculos de sentencias ofrecen un espacio de encuentro entre la víctima y el delincuente, pero van más allá de eso, involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones, Márquez Cárdenas (2010).

Los círculos de sentencias se usan para delincuentes adultos y juveniles en variedad de delitos y se han utilizado en contextos tanto rurales como urbanos¹¹. Los círculos de sentencia no son apropiados para todos los delincuentes. La conexión del delincuente a la comunidad, la sinceridad y la naturaleza de los esfuerzos del delincuente para ser sanado, la entrada de las víctimas, y la dedicación del grupo de apoyo del delincuente, son factores clave para determinar si un caso es apropiado para el procedimiento de círculo de sentencia.

Los círculos de sentencias (National institute of justice, 1998) —a veces llamados círculos de establecimiento de la paz—, involucran a la víctima y sus familiares, el (los) delincuente(s) y sus familiares, el juez, el personal del tribunal (los representantes del sistema de justicia formal deben participar en los círculos para garantizar un trato equitativo de las víctimas y de los delincuentes), el fiscal, el abogado defensor, la policía, y todos los interesados de la comunidad. Dentro del círculo, la gente puede hablar a través de sus sentimientos en una búsqueda compartida de la comprensión del evento, y juntos identificar los pasos necesarios para ayudar en la sanación emocional de todas las partes afectadas y prevenir futuros crímenes.

Los objetivos de los círculos de sentencia son:

- Promover la sanación emocional de todas las partes afectadas;
- Proporcionar una oportunidad para que el ofensor realice correcciones en su conducta;
- Empoderar a las víctimas, los miembros de la comunidad, las familias y los delincuentes, dándoles una voz y una responsabilidad compartida en la búsqueda de soluciones constructivas;
- Abordar las causas subyacentes de la conducta criminal;
- Crear un sentido de comunidad y su capacidad para resolver conflictos;
- Promover y compartir los valores de la comunidad.

¹¹ Los círculos de sentencia se han desarrollado más ampliamente en Saskatchewan, Manitoba, y en Yukón, y se han utilizado ocasionalmente en varias otras comunidades. Su uso se extendió en los Estados Unidos en 1996, cuando se inició en Minnesota un proyecto piloto.

Los círculos de sentencias se desarrollan mediante un procedimiento (los detalles de éste varían de una comunidad a otra y están diseñados a nivel local para adaptarse a las necesidades de la comunidad y a la cultura), pero generalmente se procede de la siguiente forma:

- a. Solicitud por parte del delincuente a participar en el proceso circular (significando que el delincuente sólo se somete por voluntad a este procedimiento);
- b. Un círculo para la sanación de la víctima;
- c. Un círculo para la sanación del delincuente;
- d. Un círculo de condena, que consiste en un consenso sobre los elementos de un plan de sentencia;
- e. Seguimiento, que se realiza en varios círculos para controlar el progreso del delincuente.

El plan de condena podrá incorporar compromisos por parte del sistema judicial, la comunidad y miembros de la familia, así como por el delincuente.

En muchas comunidades, la dirección y el liderazgo son proporcionados por un comité de justicia comunitaria que decide cuales casos aceptar y se cuenta con grupos de apoyo para la víctima y el delincuente que ayudan a llevar a cabo los círculos. En la mayoría de las comunidades, los círculos se ven facilitados por un miembro de la comunidad capacitado que a menudo se llama "guardián".

El círculo de sentencias es una clase de justicia restaurativa que está siendo usada en las escuelas de los Estados Unidos para reducir la agresión y la violencia, mejorando la seguridad en las escuelas secundarias y preparatorias (National institute of justice, 2019).

1.16. Audiencias de negociación¹² - Settlement Conferences

El *Settlement Conferences* (National institute of justicia, s.f.) es utilizado en EE.UU. Es un tipo de audiencia llevada a cabo por el juez para ayudar a las partes a resolver el conflicto planteado en la demanda. Se puede realizar porque todos los tribunales de un condado así lo decidan, porque un juez en particular requiere a las partes a una audiencia de negociación antes

¹² Traducción nuestra de *Settlement Conferences*.

de que el caso vaya a juicio, o porque las partes y sus abogados se dirigen a la corte para tratar de llegar a un acuerdo a través de la audiencia de negociación.

Se pueden aplicar en casos civiles, contratos, familia, divorcios y juicios de paternidad, y en ciertos casos penales, como por ejemplo lesiones personales. Se lleva a cabo generalmente en el despacho del juez o en salas de conferencias. Son audiencias o reuniones privadas, sólo con las partes, sus abogados y el juez. El acuerdo al que lleguen las partes es voluntario, el juez nunca puede imponerlo.

Cada juez tiene su propio estilo para realizar la audiencia de negociación (reuniones conjuntas, separadas, exposición del caso, propuestas de las partes, o propuestas que puede realizar el juez). La mayoría de los jueces requieren a las partes o a sus abogados antes de que comiencen las audiencias de negociación, para hacerse una idea del caso, lo que se discute y las posibles soluciones.

Llegado el día de la audiencia de negociación, el juez concede a cada parte un tiempo para que exponga su versión de los hechos y la posible solución en sesiones conjuntas o separadas. Estas negociaciones pueden continuar por varias horas, hasta que las partes o bien llegan a un acuerdo o deciden que no pueden resolver el caso en ese mismo día, fijando así otra fecha para continuar la negociación.

Si las partes y sus abogados llegan a un acuerdo, presentan un escrito al juez, incluyendo los términos de este. Por lo general, es necesario que uno o varios de los abogados preparen el acuerdo formal que se firmará por todas las partes y sus abogados.

El juez desestima la demanda si todas las partes y sus abogados han firmado el acuerdo. Si el caso no se resuelve en la audiencia de negociación, el juez puede: a) decidir que las partes y sus abogados regresen en otro momento a la audiencia de negociación para recopilar más información, o cuando comprueba que debe citar a un tercero necesario, el cual es indispensable; b) las partes podrán llegar a un acuerdo parcial y decidir limitar el tipo o número de temas que se discutirán en el juicio; c) el juez podrá acordar con las partes y sus abogados que el caso es poco probable que termine con un acuerdo negociado y entonces programa el caso para juicio.

En algunos condados, el mismo juez que presidió la audiencia de negociación continúa el proceso judicial, pues es el juez de primera instancia. En otros condados, el juez que presidió la audiencia de negociación en ningún caso puede conocer el mismo caso y es remitido a otro juez de primera instancia, Torres Osorio (2013, p. 114).

1.17. Negotiated rulemaking

Este método es conocido también como “*neg-reg*” o “*regulatory negotiation*” (Freeman & Langbein, s.f.), es un mecanismo preventivo que no resulta de una disputa, sino que intenta que ésta no se produzca. Consiste en invitar al grupo de personas que puede afectar una ley, un acto, o un proyecto de la administración pública, negociando entre ellos y las autoridades la gestación y puesta en marcha de esa ley, proyecto u obra. Se pretende por tanto que el posible impacto conflictivo que se visualice se minimice, escuchando a todos los actores implicados: administración, autoridades y grupo afectado o de interés.

Un ejemplo de ello es la adjudicación de la construcción de una línea de alta tensión, por lo que se requiere que los vecinos (y sus abogados) por donde pasará la línea eléctrica, junto con los funcionarios de la Administración y otros interesados, se reúnan antes de realizar el proyecto, para minimizar tempranamente los posibles conflictos, Pujadas Tortosa (2003, p.112).

El Congreso de los Estados Unidos promulgó la Ley de Reglamentación Negociada de 1990 (Ley Reg Neg), "para alentar a las agencias a utilizar la reglamentación negociada cuando mejora el proceso informal de reglamentación". La Ley Reg Neg fue reautorizada en 1996 y ahora está incorporada en la Ley de Procedimiento Administrativo, en 5 USC §§ 561-570.

La reglamentación negociada, complemento de la reglamentación tradicional, es un proceso en el que los representantes de las agencias federales y las partes afectadas trabajan juntos en un comité para llegar a un consenso sobre lo que finalmente puede convertirse en una norma propuesta. Aunque la reglamentación negociada no es apropiada para todas las regulaciones, los defensores creen que el enfoque puede acelerar el desarrollo de reglas, reducir los litigios y generar soluciones reguladoras más creativas y efectivas.

La Ley de Reglamentación Negociada de 1990 establece la autoridad legal básica para el enfoque al tiempo que otorga a las agencias una amplia libertad en su implementación. El Congreso también ha requerido el uso de negociaciones en ciertos estatutos, y la administración Clinton abogó por una aplicación más amplia del enfoque.

Las agencias pueden usar convocantes para determinar si la reglamentación negociada es apropiada, así mismo, pueden seleccionar participantes y utilizar facilitadores para presidir las reuniones negociadas del comité de reglamentación. Al final del proceso, las agencias aún deben publicar las regulaciones propuestas y finales para comentarios públicos, pero cualquier propuesta acordada por el comité de negociación no es vinculante para la agencia u otras partes.

Los estudios que examinan la implementación de la reglamentación negociada han llegado a diferentes conclusiones con respecto al efecto de los enfoques en la puntualidad de la reglamentación, el litigio y otros temas (Curtis, 2006).

Esta negociación de reglas se puede comparar en Colombia con la consulta obligatoria que consiste en el deber realizar una consulta previa dentro de los términos señaladas en la constitución o la ley, so pena de generarse nulidad, cuando se vaya a tomar una decisión administrativa (Ley 1437, 2011, art. 46).

1.18. Otras formas de colaboración de terceros con la Administración de la Justicia (integrados en programas judiciales en EE.UU.)

Cuando los casos son muy complejos en cuanto a tramitación por poseer un indeterminado número de personas afectadas, se prevé en la regla § 636 (US Code, title 28, part III, chapter 43, § 636) que se nombre temporalmente un tercero (juez retirado, o abogado experto), que en ningún caso estará sujeto al Estatuto de los Jueces, para que preste su colaboración en el caso. Estos colaboradores dirigen práctica de pruebas en responsabilidades extracontractuales o tutelan el *Early Neutral Evaluation* – ENE, Pujadas Tortosa (2003).

La regla 53 del *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP, rule 53) permite al tribunal que conoce el asunto que designe mediante auto un “*special master*”, que es un tercero que ayuda al tribunal a resolver un incidente, llevando a actuaciones concretas o actuando como mediador entre las partes (sus funciones vienen totalmente estipuladas en dicho auto).

La regla § 706 del (FRCP, rule 706) indica que el Tribunal puede nombrar un experto neutral (*Neutral Expert*) para estudiar un extremo concreto del asunto en cuestión.

1.19. Resolución de disputas en línea - *Online Dispute Resolution* (ODR)

Online Dispute Resolution (ODR) se refiere al uso específico de mecanismos de ADR a través de medios telemáticos de información y comunicación (TIC), en los que los proveedores ofrecen estos servicios de ODR (ver anexo. Tabla N° 12. Proveedores de servicios de ODR).

Se cree que comenzaron a utilizarse en EE.UU. y Canadá. La idea es que en el ciberespacio se presten servicios de negociación asistida, mediación, conciliación, *ombusman*, Med-Arb para consumidores, arbitraje, etc. Las ODR son importantes, porque agilizan el encontrar soluciones a los conflictos, sin embargo, y a pesar de las ventajas tecnológicas, genera aún obstáculos en cuanto a la seguridad jurídica, el acceso a estas opciones y la obtención de la ejecución judicial de tales resoluciones por medio electrónico.

Las siglas ODR, del inglés *Online Dispute Resolution*, no corresponden con un concepto legal sino más bien práctico. El acrónimo es empleado para referirse a diferentes tipos de procedimientos y técnicas de solución de conflictos que tienen en común el hecho de utilizar la tecnología de la comunicación y la información (TIC). La caracterización “*online*” alude a que el método de provisión del servicio de resolución de diferencias es suministrado “en línea”, lo que ocurre cuando las diversas fases del procedimiento, como la presentación de escritos, las notificaciones, las deliberaciones y los resultados, son llevados a cabo a través de medios electrónicos utilizando, por ejemplo, plataformas multifuncionales, software de negociación o de acuerdo, documentos y formularios en línea, la firma electrónica, programas de seguridad, salas de chat sincronizadas o no sincronizadas, mensajes instantáneos, correo electrónico, video conferencia, voz IP, y cualesquiera otros medios típicos de los entornos virtuales, Esteban de la Rosa (2011).

Los sistemas de ODR han generado diferentes métodos de actuación, como la negociación directa, la negociación asistida, la negociación automatizada, los sistemas de subasta ciega, la mediación o el peritaje de un tercero. En la negociación automatizada (*Automated Negotiation*), la tecnología adquiere un perfil negociador a través de los servicios denominados “*blind-bidding*” (subasta ciega)¹³.

La negociación asistida (*Assisted Negotiation*) utiliza software de gestión de información a fin de favorecer el acuerdo entre las partes, permitiéndoles una comunicación más efectiva mediante la reformulación de los argumentos utilizados. El tratamiento industrial de las diferencias permite estandarizar los procesos a través de la utilización de formularios de reclamaciones, de listas de opciones sobre remedios aceptables, de programas que modifican

¹³ El procedimiento comienza cuando una de las partes invita a la otra a negociar sobre la cantidad en litigio. Si la otra acepta, ambas comenzarán un procedimiento en el que se van proponiendo ofertas secretas que únicamente serán reveladas si ambas partes llegan a cierto acercamiento. Si se produce, entonces la máquina, de forma automática, propone como oferta el punto medio entre ambas posiciones. Lo bueno de este sistema es que puede ser una herramienta para los abogados, que pueden utilizarlo sin revelar sus posiciones más bajas, salvo que éstas estén cercanas, y no se limita el posterior acceso a los tribunales en caso de que la negociación no fructifique.

el tono de los intercambios de información para hacerlos más constructivos, o de herramientas de software que limitan el espacio de texto libre, todo lo cual favorece que las partes alcancen un acuerdo.

Los servicios de ODR han sido desarrollados para diferentes propósitos¹⁴. Algunas ODR, tales como *CyberSettle*, se crearon para alcanzar agilidad y rentabilidad al decidir las controversias monetarias, otros, como *eBay*, para construir confianza; y otros para ahorrar costos, generar consenso, cumplir con requisitos del gobierno, o evitar conflictos.

El éxito de estos procesos automatizados depende de la naturaleza del conflicto, la precisión de la información comunicada al sistema y la capacidad del software a la hora de examinar y resolver la controversia, Cortés (2010).

Las ODR más utilizadas son: el arbitraje (en especial, el arbitraje de consumo electrónico) la conciliación/mediación la negociación, los métodos híbridos (Med-Arb, Arb-Med, MEDALOA).

Bueno de Mata (2011, p.98) enuncia varias ventajas de la mediación electrónica, que creemos no son ventajas sino consideraciones que deben ser analizadas dentro de su contexto, así:

4. Internet es una vía de comunicación que resuelve conflictos de una forma muy rápida, gracias al intercambio instantáneo de comunicación entre personas que pueden estar situadas en puntos geográficos distintos. A su vez esto tendría aparejada una ventaja adjunta a dicha rapidez, que sería el caso de mediar sin fronteras en todo el mundo.

Consideramos que, para llegar a esto, los organismos transnacionales, como por ejemplo Naciones Unidas o la Unión Europea, deberían emitir directivas al respecto, protegiendo así el usuario de la ODR y garantizando la calidad del prestador del servicio (institución mediadora y mediador a través de medios electrónicos).

Siguiendo con otra ventaja (*op. cit.*, p.99): “6. Crearíamos una base de datos a través de las resoluciones que han ido poniendo remedio a los conflictos vía *online*, para de esta forma perfeccionar la técnica de aquí a un futuro cercano”. Esta propuesta vulnera el nivel de

¹⁴ Una distinción puede hacerse entre los organismos que prestan servicios de ODR y los que ofrecen licencias para que otros utilicen su software, ya sea en línea o en sus sistemas *Stand Alone* propios. Por ejemplo, *Juripax* y *TheMediationRoom.com* producen *software*, proporcionando así un espacio en línea privado, para ayudar a un mediador a realizar mediaciones *online*. Estas plataformas se ofrecen —con licencia— a las entidades comerciales o usuarios privados, versiones que van desde la básica hasta versiones más sofisticadas para grandes organizaciones (con servicios de pago extendidos. funcionalidades como panel de discusión, tomas de medida, opciones de idioma, marca, personalización, etc.).

confidencialidad que tiene la mediación; las grabaciones y la documentación de reuniones de mediación o similares, pueden ser utilizadas para formación o investigación, previa autorización por escrito de todas las partes intervinientes en dicho procedimiento.

Respecto a la última ventaja: “7. [...] Si miramos por el punto de vista del mediador, [las ODR] supondría[n] un mayor ahorro de tiempo laboral con el que hacer frente a nuevos clientes y con [el] que generar mayores ingresos”. No compartimos tampoco esta concepción, pues está visto que la mayoría de las plataformas de mediación por medios electrónicos funcionan con recursos privados, y si estas no tienen buena difusión y manejo de marketing, no son rentables. Además, mientras no se difunda y se enseñe a la comunidad en general a resolver los conflictos a través de las ADR o de las ODR, estas no generarán recursos de subsistencia al mediador, para que éste pueda dedicarse de manera profesional. Sí favorecerá al usuario, más si lo hace a través de instituciones o centros de ODR de carácter público, pero no para quien brinde el servicio de forma privada.

En el tema de ODR, también se puede consultar a: Barral Viñals (2010), Poblet Balcells (2010), Ruggeri (2010), Vilalta Nicuesa (2010), Muñoz López (2009), Suquet Capdevila (2010), Gotti (2010). Sobre mediación electrónica, ver aportaciones de Martín Diz (2012) y Conforti (2013).

1.20. Tribunal de múltiples puertas – *Multi-door Courthouse*

El concepto de la corte multi-puerta fue sugerido por primera vez en 1976 por el profesor de derecho de Harvard Frank E. A. Sander en la conferencia sobre las causas de insatisfacción popular con la Administración de la Justicia (comúnmente conocida como la “Conferencia de Libra”). Sander propuso asignar ciertos casos a procedimientos alternativos de solución de controversias, o a una secuencia de procedimientos.

El tribunal de múltiples puertas funciona dentro del Palacio de Justicia —tradicional— y consiste en un servicio o sistema ecléctico que se presta al usuario de la Administración de la Justicia, siendo atendido en primera instancia por un funcionario que, tras escuchar, analizar y evaluar el caso, le recomienda y deriva al ADR —cualquiera de los vistos anteriormente o a una secuencia de ellos— o proceso judicial, a través del cual es más idóneo y efectivo resolver el conflicto planteado. La asesoría prestada a los usuarios puede ser personal, telefónica, vía

internet o a través de capacitaciones periódicas que se realizan para explicar en qué consisten cada uno de los métodos de resolución de conflictos.

El tribunal de múltiples puertas se gestó y comenzó a desarrollar en los EE.UU., tras constatar que el proceso judicial no es la mejor opción para la resolución de muchos conflictos Álvarez (2003, pp.164-173) y Dupis (2010).

Gracias a la efectividad demostrada y a sus beneficios como son la descentralización y descongestión de casos judiciales, agilidad y bajos costos, entre otros, el tribunal de múltiples puertas se encuentra vigente en varios tribunales estadounidenses (Superior Court, Dekalb country, Georgia, s.f.). Esta figura se ha ido extendiendo a varios países como por ejemplo Argentina, Portugal, Martín Diz (2010, p.150).

1.21.Casa de Justicia

Las Casas de Justicia son centros interinstitucionales de información, orientación, referencia y prestación de servicios de resolución de conflictos, donde se aplican y ejecutan mecanismos de justicia formal y no formal. Con ellas se pretende acercar la justicia al ciudadano orientándolo sobre sus derechos, previniendo el delito, luchando contra la impunidad, facilitándole el uso de los servicios de justicia formal y promocionando la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Las casas de Justicia tienen los siguientes servicios o instituciones de orden municipal y de orden nacional:

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar;
- Defensoría del pueblo;
- Fiscalía Local;
- Inspección del trabajo;
- Instituto Nacional de Medicina Legal;
- Registraduría Nacional del Estado Civil;
- Oficina de desarrollo comunitario;
- Comisaría de familia;
- Oficina de asuntos étnicos;
- Inspección de policía;

- Centro de conciliación;
- Jueces de Paz;
- Conciliadores en equidad, y
- Consultorio jurídico (convenio con universidades locales que tengan facultad de derecho).

Figura 2.

Instituciones que se encuentran en una casa de justicia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Casas de Justicia (s.f.).



Las casas de justicia están ubicadas en las localidades donde existen más conflictos sociales y estructurales, por lo general se encuentran entre una y dos casas de justicia.

A modo de conclusión de este capítulo:

En Colombia con el soporte de Ministerio de Justicia y del Derecho deberían incorporarse a la administración de justicia la mayoría de las ADR indicadas en este capítulo, para prestar con mayor eficiencia el servicio de la justicia; lo que redundaría en dar mayor oportunidad laboral a profesionales de diferentes áreas.

Es importante que en los colegios y universidades se enseñen y practiquen las ADR como formas eficientes de resolver conflictos, pues solo con a través de la práctica y desde la educación se garantizaría que el ciudadano conozca y utilice las ADR para resolver sus conflictos.

Para lograr eficacia en la derivación del asunto a la ADR más adecuado para resolverlo, Sander (2010) citado por Soletto (2017), indica que se logra aplicando unos criterios:

- a. La naturaleza del conflicto: No se pueden resolver todos los conflictos por la misma vía, pues los conflictos no poseen las mismas características, dificultades o enquistamientos.
- b. La relación entre los sujetos de la disputa: La situación es distinta en aquellos casos en los que surge una disputa entre quienes debe existir una relación duradera (que se mantiene en el tiempo, por ejemplo, los progenitores), a diferencia de cuando existe una disputa única (por ejemplo, las partes de un contrato, cuyo objeto es la prestación de un servicio en un plazo determinado). Este enfoque facilita un estudio a fondo del conflicto y de la relación subyacente, en lugar de simplemente examinar la parte superficial como un evento único;
- c. Cantidad, monto o cuantía de la disputa: Es importante verificar que independientemente de la cuantía del conflicto, se debe buscar un acercamiento entre las partes, ya sea a través de los abogados de las partes o por medio de una mediación, para así tener como última alternativa la vía judicial;
- d. Celeridad: Si nos vamos a los datos prácticos y usados comúnmente por el abogado que ejerce el derecho, un proceso judicial puede tardar entre uno (1) y tres (3) años aproximadamente dependiendo de su complejidad y del juzgado que por turno corresponda, un arbitraje entre (6) seis y doce (12) meses, si las partes prorrogan el plazo, y una mediación/conciliación entre tres (3) y seis (6) meses máximos.
- e. Costos: Es evidente que determinar los costes del proceso judicial resulta muchas veces imposible, pero son más los costos subjetivos que objetivos, pues el proceso judicial no es siempre la mejor solución, teniendo en cuenta los datos que se obtengan del análisis (puntos anteriores) del asunto. Por tanto, el asesor (tercero) debe verificar en cada caso y comunicarle (los pros y las contras de cada una de las ADR o del proceso judicial), a la persona que posee el conflicto y quiere resolverlo, para que sea consciente de los gastos en que puede incurrir en cada uno de los métodos por los que puede gestionar su conflicto; por ejemplo:
 - En el proceso judicial: honorarios de abogado peritos, tasas judiciales (por presentación de la demanda, recurrir, apelar, o por ir a casación), costas, fotocopias, valor del transporte de testigos, pruebas realizadas en el lugar de los hechos, etc., fuera del tiempo que va a tardar en obtener sentencia;

- Arbitraje (*ad hoc* o institucional): honorarios de los árbitros, del secretario, del abogado, de peritos, gastos de administración del tribunal si es institucional, protocolo notarial, etc.;
- Conciliación: honorarios del conciliador, del abogado, posibles peritos que se utilicen en la mediación/conciliación, gastos de administración y registro ante el centro de conciliación.

En este sentido, sería ilustrativo que cuando se traten estos temas, se tengan datos reales para comparar los costos de la justicia ordinaria respecto a la conciliación u otro ADR así los usuarios pueden observar que es más económico conciliar o mediar que ir a juicio, Fundación Notarial SIGNUM, (2013)¹⁵.

¹⁵ Giuseppe de Palo, presidente del ADR *Center* —Firma italiana líder en resolución alternativa de controversias— ha recordado que la mediación permitiría un ahorro sustancial en el coste y la duración de los litigios si su uso se generalizara en la Unión Europea. Según un estudio realizado por el centro que preside, basado en datos del Banco Mundial, un litigio en primera instancia dura en la Unión Europea 548 días, con un coste de 10.499 euros. Sin embargo, si la disputa se resolviera a través de la mediación la duración sería de 88 días y el coste de 2.497 euros. Esto supone un ahorro del 76,22% respecto a lo que costaría resolver el mismo conflicto mediante justicia ordinaria. (Fundación Notarial SIGNUM, 2013).

CAPÍTULO II.

LA CONCILIACIÓN/MEDIACIÓN EN EL PANORAMA MUNDIAL

2. La conciliación/mediación en el panorama mundial

Es importante tener en cuenta que dependiendo del país donde se estudie el tema objeto de análisis, la denominación varía, es decir, podemos encontrarla como conciliación o mediación; sin embargo, partimos de la definición que nos trae la Real Academia Española - RAE sobre estas dos palabras:

conciliación

Del lat. conciliatio, -ōnis.

1. f. Acción y efecto de conciliar.
2. f. Conveniencia o semejanza de una cosa con otra.
3. f. Favor o protección que alguien se granjea.
4. f. Der. Acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado.

conciliación previa

5. f. Der. acto de conciliación.

mediación

Del lat. mediatio, -ōnis.

1. f. Acción y efecto de mediar.
2. f. Der. Actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio.

En los significados encontrados, observamos que cuando se habla desde la voz del derecho, tanto la conciliación como la mediación tienden a evitar un pleito o desistir del ya iniciado, lo que viene también de la definición que sobre transacción nos da el código civil

colombiano¹⁶, así las cosas, podemos decir que tanto la transacción, la negociación, la conciliación y la mediación son métodos alternos de resolución de controversias – MASC o *Alternative Dispute Resolution* – ADR, autocompositivos que tienden a que las personas involucradas en un conflicto con consecuencias jurídicas, resuelvan este respetando el derecho sustancial, de manera directa o con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, llamado conciliador o mediador.

Desde práctica y específicamente desde la mirada de las técnicas de conciliación/mediación se diferencian en: la conciliación (específicamente en Colombia), el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo, mientras que el mediador (como en España o Argentina) propicia el espacio y la reflexión para que las partes lleguen a acuerdos que ellos mismos conciben, en este sentido, el mediador no puede proponer fórmulas de acuerdo.

La palabra mediación contextualizada como ADR, es utilizada en Europa (Parlamento europeo y del Consejo, Directiva 2008/52/CE, 2008), América del Norte y en algunos de países de Sur América. En Europa, cuando se habla de conciliación, se hace referencia a la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar (Ley 39 del noviembre de 1999); en algunos países de América Latina, cuando se emplea, es entendida como conciliar en la etapa judicial, haciendo las veces de conciliador el juez dentro del proceso propiamente dicho.

La Corte Constitucional colombiana en sentencia C-893 de 2001 indicó que existen rastros de instituciones semejantes a la conciliación, que se hallan en la Edad Media, para mediar los asuntos que enfrentaban intereses de gremios, mercaderes y gitanos; en la legislación portuguesa, en el Código Manuelino de 1521, se ordena acudir a la mediación 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 mediador 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.

En épocas más recientes, estatutos legales de gran incidencia para el desarrollo jurídico moderno han reconocido la importancia de incluir la mediación en su sistema judicial. Tal es el caso del código de procedimiento civil francés (*Procédure civile française*, s.f.) de 1806

¹⁶ Código civil colombiano, artículo 2469: “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

(Título VI bis, la mediación Artículos 131-1 a 131-15), en el que se conservó la institucionalización de la mediación como procedimiento obligatorio que había sido adoptada por 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” (Código de derecho canónico, Cánón 1446).

La obligación de acudir a la primera reunión de mediación, ya sea remitido por el código de procedimiento civil francés como el caso de la ley de mediación de Argentina (art. 2 Ley 26.589/2010) o por derivación o remisión que hace el juez una vez ha recibido y estudiado la demanda y su contestación (como es el caso de la ley mediación de derecho privado de Cataluña o la *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division* de Alberta - Canadá), nos parece que no vulnera en ningún momento la voluntad de las partes, toda vez que ellas siguen teniendo el libre albedrío para decidir si continúan con la mediación o si van o permanecen con el proceso judicial respectivo.

En las leyes de conciliación o mediación, trataremos de identificar los siguientes puntos:

- a.Obligatoriedad de acudir a la conciliación/mediación o no;
- b.Principio de confidencialidad;
- c.Requisitos para ser conciliador/mediador;
- d.Efectos del acuerdo alcanzado;
- e.Otros puntos que se vean interesantes en las leyes.

2.1.Norte América

2.1.1. Estados Unidos

Es importante indicar que no existe uniformidad en las leyes de mediación de Estados Unidos, no hay una ley federal o estatal que incorpore todas las normas existentes de mediación, encontrándose en leyes dispersas y por sector, además que cada Estado tiene su

propia jurisdicción, Butts Griggs (2007, p. 208), para poner un ejemplo, el estado de California cuenta con un código que recopila todas las normas de mediación (*Mediation Code, chapter 2*):

Las fuentes normativas en materia de mediación pueden ser estatales, federales y judiciales. Además, existen códigos de conducta profesional dictados por distintas asociaciones, *American Bar Association* (2005), *Association of Family and Conciliation Courts*. (s.f.). Las consideraciones éticas del procedimiento de mediación se centran en la confidencialidad, conflicto de intereses, competencia, imparcialidad, neutralidad, consentimientos informados, autodeterminación de las partes, publicidad y honorarios, Pujadas Tortosa (2003. pp. 88-100).

En la práctica, y debido a la multiplicidad de leyes de mediación, se presentan muchos conflictos ante los tribunales por vulneración de la confidencialidad. Para hacernos una idea de ello, podemos comprobar en la *National Conference Of Commissioners* (2001), en la *Federal Rule of Evidence*, 408, (s.f.), la *New York Consolidated Laws, Judiciary Law - JUD § 849-b*. (s.f.) -que es la posibilidad que tiene cualquiera de las partes de negarse a declarar, o de impedir que otro declare acerca de las comunicaciones privadas realizadas durante la mediación-; en *American Arbitration Association, American Bar Association and Association for Conflict Resolution*, (2005), en *International Institute for Conflict Prevention & Resolution* (2006), y en las reglas de la *American Arbitration Association's Commercial Mediation Rules*, a las cuales las partes se adhieren si quieren gestionar su mediación en esta organización; por último, también se encuentra reglada en la *Federal Alternative Dispute Resolution Act* (1998), la cual establece que los juzgados deberán adoptar normas tendentes a proteger la confidencialidad. Como podemos observar, la confidencialidad es uno de los principios de la mediación más protegidos en las leyes de los Estados Unidos.

En el ámbito estatal, no federal, la Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad de la legislación de los Estados aprobó la *Uniform Mediation Act* (UMA) en el año 2003, la cual recoge los principios fundamentales de la mediación y principalmente la confidencialidad. Se trata de un modelo que los Estados pueden ir adaptando a su legislación para unificar criterios. Esta ley ha sido incorporada a la legislación de Nebraska, New Jersey, Illinois y Ohio. Se percibe en EE.UU. legislación muy diversa, al estar reglamentada por Estados federados, y al no tener una norma única de mediación, tal como lo indica Moran (2010, p. 28):

Los problemas principales derivados al no tener una norma única de mediación debido a la diversa legislación estatal [en EE.UU.] son entre otros: a) La existencia de normativas estatales

que en ocasiones son confusas, incompletas o internamente inconsistentes; b) El contenido y exigencias de la confidencialidad que varía de Estado a Estado, cuya garantía determina la imparcialidad del mediador o la confianza de las partes en el mismo; c) El potencial conflicto entre el objetivo de la mediación, que es la autodeterminación de las partes, y con ello el consentimiento de las partes no deviene pleno al no estar plenamente informado, ya que el mediador puede acceder a la información privilegiada de una de las partes que la otra desconoce, y su obligación de confidencialidad limita la capacidad de decisión de la parte que carece de esa información privilegiada; d) los diferentes criterios de aplicación a la actuación del mediador.

Hay mediación mercantil, escolar, familiar, Vall Ruis & Villanueva Rey (2008, pp. 225-226), García Villaluenga (2006, pp.198-206), laboral, empresarial, de derechos civiles (especialmente en los casos de discriminación), entre juzgados, de funcionarios del Estado, penal (incluso en casos de violación y homicidio), de seguros, de sanidad, de empleo, control de animales y medio ambiente. El usuario puede acceder a la mediación según el tipo de caso y la oferta de mediación que exista en su comunidad. Igualmente se puede ir a mediación por la obligatoriedad de acudir a ella, como en el caso de custodia de hijos menores, Vall Ruis & Villanueva Rey (2008, p.205)

Los juzgados de apelación Federal tienen su propio programa de mediación, siendo obligatorio para las partes acudir a la mediación derivada por ellos. Existen mediadores voluntarios y profesionales (que cobran por su labor). Los centros comunitarios y los juzgados tienen su propio equipo de mediadores que dan estructura a sus programas. Los mediadores voluntarios son entrenados en curso de cuarenta (40) a sesenta (60) horas que se complementan con prácticas supervisadas. Respecto a la profesión del mediador, en California es obligatorio tener cierto tipo de licenciatura para algunos tipos de mediación, específicamente la familiar, o para recibir casos derivados por los juzgados. En Florida y Texas, se exige que el mediador sea abogado para recibir casos de derecho civil, Villanueva Rey (2008, pp.207-208).

2.1.2. *Canadá*

En Canadá las cuestiones relativas a mediación nacional e internacional se encuentran dentro de la competencia legislativa provincial. Igual que en Estado Unidos, no existe una ley general de mediación.

García Villaluenga (2006, p. 2007), indica que “el desarrollo de la mediación familiar en Canadá se produce a partir de los años 70, debido al gran crecimiento de los divorcios”. Los profesionales expertos en mediación en especial de familia ofrecen sus servicios de mediación en sus bufets, ellos deben recibir capacitación en mediación y deben cumplir con el código de conducta de Canadá, (*The canadian bar association*, 2022) y las normas propias de mediación en ese condado.

Seis provincias han introducido la mediación en sus legislaciones para facilitar a las partes en litigio obtener las bondades de ella; éstas son:

2.1.2.1. Quebec. Quebec crea su primer servicio de mediación en 1982, Belloso Martín (2006, p. 84). El *Québec Code of Civil Procedure*: indica que en los procesos de familia es obligatorio acudir a primera sesión de mediación — *Chapter II. Mediation in course of proceeding division i parenting and mediation information session* (arts. 417 y ss.)—, el juez remite a la mediación, donde los padres son informados del proceso de mediación, sus beneficios, entre otros. Los padres pueden intentar mediar y para ello, el proceso judicial se puede suspender por tres meses, para que traten de llegar a acuerdos, si no lo logran, los mediadores expiden un certificado para que sea llevado al juicio, donde consta que fueron a la reunión de información sobre mediación.

2.1.2.2. Ontario. En Ontario se obliga a acudir a mediación en ciertas circunstancias. En *Ontario Rules of Civil Procedure* (1990, Reg.194) la mediación es obligatoria para ciertas acciones en determinadas jurisdicciones municipales, con el fin de reducir costos y retrasos en litigios. La *Section 24.1.14 del RRO* manifiesta que todas las comunicaciones, notas del mediador y registros, en una sesión de mediación se entienden sin perjuicio como conversaciones para un acuerdo. Si el acuerdo es incumplido, la parte puede acudir ante el juez para iniciar su ejecución, o a decisión el juez, éste inicia un proceso como si no hubiera existido acuerdo, artículo 24.1.15.

Sobre el principio de confidencialidad, si las partes acuden voluntariamente a la mediación, es necesario que las partes la acuerden para garantizarla, pues las leyes no dicen nada al respecto.

Cuando la mediación está regulada por la ley, la información revelada durante la mediación no es admisible en cualquier procedimiento ulterior. En el 2010, se emitió la

Commercial Mediation Act (2010, c. 16, Serv. 3), basada en el modelo de la CNUDMI (2002); la mediación mercantil es voluntaria; el mediador puede ser nombrado por acuerdo entre las partes o nombrado por una entidad; el principio de confidencialidad se encuentra muy reglamentado, indicando que no se puede divulgar por el mediador, por las partes o por quien haya asistido a las reuniones de mediación ningún dato, a menos que las partes así lo decidan o por motivos expresos consagrados en la ley *Commercial Mediation Act* (2010, c. 16, Serv. 3, s. 8 (2), s. 8 (3), s. 9 (1) y s. 9 (2)). Si las partes lo desean, llevan el acuerdo a homologación ante el juez, *Commercial Mediation Act* (2010, c. 16, Serv. 3, s. 13 (1) y siguientes).

2.1.2.3. Nueva Escocia. Nueva Escocia posee el *Commercial Mediation Act* (2006, c. 36), que tiene por objeto facilitar el uso de la mediación para resolver disputas comerciales. La ley no obliga a la mediación, siendo obligatorio acudir a ella si las partes se comprometen a participar en la mediación. La Ley de Nueva Escocia se basa expresamente en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional. Igual que la Ley de Ontario, las partes, el mediador o cualquier persona que asista a las sesiones de mediación, no pueden develar la información allí tratada, salvo que las partes por mutuo acuerdo lo consientan, *Commercial Mediation Act* (2006, c. 36, s. 11); el mediador puede hacer propuestas de arreglo, sin embargo, es interesante el tratamiento que le dan en sí a la confidencialidad, pues si las partes lo acuerdan, lo pueden divulgar, *Commercial Mediation Act* (2006, c. 36, s. 12); el acuerdo es vinculante para las partes, *Commercial Mediation Act* (2006, c. 36, s. 15) pero, puede ser llevado a homologación por el juez.

2.1.2.4. British Columbia. En British Columbia encontramos la *Notice to Mediate (Family) Regulation* (2007), reformada en los años 2008/2009, la cual obliga a ir mediación en los casos en los que una parte haya entregado una notificación para mediar; las partes pueden nombrar conjuntamente al mediador, si no lo hacen, una de ellas puede solicitar que se designe uno de las listas; el mediador primero hace sesiones privadas donde cada una de las partes identifica si existe desequilibrio de poder, violencia doméstica y abuso, con esto pasa a decidir si la mediación es apropiada en las circunstancias determinadas y a partir de ese proceso discute con el participante la importancia de un asesoramiento legal independiente para acudir a juicio.

Las partes pueden estar acompañadas durante el proceso por sus abogados. Algo particular del procedimiento es que dada en el reglamento impide que una persona presente

evidencia en cualquier acción civil, penal, con posible contenido criminal, administrativa o reguladora, o que proceda con cualquier información o registros producidos en el curso de la mediación que de otro modo sean producibles u obligados en esos procedimientos.

La confidencialidad también se encuentra muy bien delimitada en la ley de mediación familiar de *British Columbia*, restringiendo el uso de las informaciones, ofertas, documentos, o lo que pase en las sesiones de una pre-mediación, mediación o en la ejecutabilidad del acuerdo logrado; sin embargo, las partes pueden pactar de mutuo acuerdo el divulgarlo (arts. 37 (1) y ss.).

2.1.2.5. Saskatchewan. *The Saskatchewan Queen's Bench Act (1998, c. Q-1.01 - Part VII Mediation)*. El tribunal, después del cierre de los alegatos, obliga a las partes a acudir a la primera sesión de mediación; después, las partes pueden decidir si continúan con la mediación o con el juicio; las partes reciben un certificado que debe ser remitido al juez donde conste que, si fueron a la sesión de mediación, para que pueda continuar el juicio.

No se admiten en ningún procedimiento judicial o administrativo pruebas, escritos, documentos, comunicación, que hayan sido tratados durante la mediación, excepto si las partes y el mediador autorizan su utilización, *The Saskatchewan Queen's Bench Act (1998, art. 43. 2006, c.31, s.2)*.

2.1.2.6. Alberta. Alberta instauró en 1972 el primer servicio de mediación familiar en Canadá, Belloso Martín (2006, p. 84). La Audiencia Provincial de Alberta posee las *Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division, (1997, Alta Reg 271)*, que permiten al tribunal remitir a las partes a la mediación en cualquier momento después de la presentación de la demanda (nota de disputa).—punto 2(1)—.

Si se logra acuerdo dentro de esta etapa, se lleva éste al juicio para terminar con el proceso. Las partes pueden acudir a la mediación con sus abogados. Sobre la confidencialidad, manifiesta que lo que se dice en una reunión de mediación es confidencial si las partes así lo han acordado (punto 6 (1) y (2)). No puede llevarse a juicio nada de lo ocurrido en una mediación, ni grabarse el contenido de una mediación, punto 8, 1 a 6.

Comprobamos entonces que Canadá ha apostado por la mediación, en especial por la mediación familiar, aunque no exista aún una ley a nivel nacional.

Para ser mediador en Canadá se requiere: estar inscrito en una entidad o institución que ofrezca servicios de mediación, experiencia, formación continuada, seguro de responsabilidad civil profesional, y pagar anualmente cuotas de afiliación a la entidad a la que corresponde.

Tanto Estados Unidos como Canadá dan especial transcendencia al principio de confidencialidad; en los articulados de las leyes encontradas en ambos países se han esforzado en plasmar todo lo que no puede ser llevado a juicio, salvo que las partes y el mediador lo indiquen expresamente. Tal vez deberíamos tomar nota de ello, porque las leyes de los países de América del Sur y Europa no son tan precisas con el principio de la confidencialidad.

2.2. Centro América

En Centro América se aplica tanto la conciliación como la mediación, siendo ya figuras importantes que no pasan desapercibidas para el legislador. Puerto Rico es el país que comenzó a desarrollar legislación para la paz entre ciudadanos desde el año de 1983.

Se recalca el manejo que da Puerto Rico al manejo de las ADR, pues maneja verdaderamente el Tribunal Multipuertas (ver numeral 1.20 del capítulo I) y ofrece a sus administrados las dos alternativas desde un mismo servicio de Justicia Estatal (Métodos autocompositivos y heterocompositivos). Por su parte, México no posee Ley general de conciliación o mediación, pero, si existe por Estados.

2.2.1. Costa Rica

La Ley Nro. 7727 de 26 de noviembre de 1997 sobre resolución alternativa de conflictos y promoción de la paz social, reglamentada por el Decreto 32.152 de 27 de octubre de 2004, enfatiza la vinculación de las ADR con la paz social, comenzando así en su artículo 1°:

Toda persona tiene derecho a una adecuada educación sobre la paz, en las escuelas y los colegios, los cuales tienen el deber de hacerles comprender a sus alumnos la naturaleza y las exigencias de la construcción permanente de la paz.

Acudir a resolver los conflictos a través de conciliación extrajudicial o mediación es voluntario (Ley 7727, 1997, art. 5). Se deduce de la ley que la conciliación extrajudicial y la mediación son desarrolladas institucionalmente.

Los acuerdos logrados en conciliación tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata (Ley 7727, 1997, art. 9). Este artículo se presta a ambigüedad toda vez que establece que el acuerdo logrado en conciliación judicial debe ser homologado, lo que consideramos errado, pues la conciliación ha sido dirigida por un juez, el cual en el acto puede impartir su aprobación.

Es absolutamente confidencial el contenido de las actividades preparatorias, conversaciones y convenios parciales o totales del acuerdo conciliatorio (al mediador o conciliador le asiste el secreto profesional). Lo revelado por los intervinientes en el procedimiento de conciliación no tiene valor probatorio en un eventual proceso judicial, salvo si se trata de procesos penales o civiles en los que se discuta la posible responsabilidad del mediador o conciliador, o se trata de aclarar o interpretar los alcances del acuerdo conciliatorio que se haya logrado concluir, con motivo de esas audiencias (Ley 7727, 1997, art. 14). El acuerdo de conciliación es público si se concilió ante un juez o está involucrado un ente estatal como interviniente, (Ley 7727, 1997, art. 15).

Se deduce de la Ley de resolución alternativa de conflictos que la mediación es la que se realiza en centros de conciliación o mediación institucionales y la conciliación la que se realiza en los juzgados o tribunales.

En cualquier etapa del proceso judicial procede la conciliación judicial, para lo cual se designan jueces conciliadores (Ley 7727, 1997, art. 6). El Código Procesal Civil remite a la conciliación judicial en sus arts. 51.1 (indica que la conciliación puede realizarse de forma extrajudicial, antes o durante el proceso); 51.2 (las partes pueden contar con la asesoría de sus abogados; el acuerdo debe ser homologado por el juez; el acuerdo producirá efectos de cosa juzgada material, excepto cuando la ley disponga lo contrario por la naturaleza de la controversia); 102.3 y 103.3 (la conciliación se realiza en la audiencia preliminar).

Según las normas citadas, la resolución alternativa de conflictos es vigilada por el Ministerio de Justicia y Paz, a través de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos. Las disposiciones citadas no manifiestan nada respecto a los requisitos para ser conciliador o mediador, razón por la cual y de conformidad con la reglamentación.

2.2.1. *El Salvador*

El Decreto 914 del 23 de julio de 2002 o Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, regula en El Salvador todo lo que tienes que ver con los MASC.

La mediación es un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado que se denomina mediador (Decreto 914, 2002, art.3); se pueden realizar audiencias separadas o conjuntas (Decreto 914, 2002, art. 10); la solución total o parcial de la disputa se consignará en acta y producirá los efectos de la transacción. La certificación que de ella extienda el centro de mediación tendrá fuerza ejecutiva en su caso (Decreto 914, 2002, art. 13); prima el principio de la confidencialidad en las actuaciones realizadas en la medición (Decreto 914, 2002, art. 12); el mediador es designado por el director del centro de mediación (Decreto 914, 2002, art.7).

La conciliación es un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda del Juez o árbitro, según el caso, quien actúa como tercero neutral, y procura avenir los intereses de las partes (Decreto 914, 2002, art. 3). Como se deduce, la conciliación es la realizada dentro del proceso arbitral y son los árbitros una vez designados los llamados a convenir a las partes a tratar de llegar a un acuerdo.

Los servicios de mediación y conciliación en El Salvador están a cargo de la Procuraduría General (Ley Orgánica, art. 3), a través de la Unidad de Mediación y Conciliación. Se puede mediar en derecho de familia, sobre derechos reales y personales, en derecho laboral y otros, como en los trámites, diligencias o procesos administrativos que realiza la Procuraduría; se utiliza la mediación y conciliación para la solución de controversias, cuando el caso así lo requiera (Ley Orgánica, art. 87). La solución total o parcial del conflicto al que llegasen las partes en la Unidad de Mediación y Conciliación se consignará en acta y la certificación de la misma tendrá fuerza ejecutiva (Ley Orgánica, art.36).

El servicio de mediación que ofrece el centro es público y gratuito, porque forma parte de los servicios de la Procuraduría General de la República.

Los jueces de paz son los encargados de la conciliación extrajudicial, la cual es voluntaria, encontrándose regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil (arts. 246-254); la conciliación judicial se encuentra regulada en los arts. 292-293, 295, 426 del mismo código.

2.2.2. *Honduras*

El Decreto 161 de octubre de 2000, de Conciliación y Arbitraje, regula la conciliación extrajudicial y el arbitraje nacional e internacional. La conciliación judicial se encuentra regulada en los arts. 447, 448, 525, 546, 589, 591 del Código de Procedimiento Civil de Honduras; en su art. 415 prevé que “antes de iniciar un proceso civil se podrá instar la conciliación del modo previsto en la ley reguladora de la misma”. Cabe resaltar que los jueces de paz conforme a su jurisdicción y sin determinación de cuantía, pueden tramitar conciliaciones (Decreto 161, 2000, art. 11).

La conciliación extrajudicial podrá ser institucional, cuando se lleve a cabo en los centros de conciliación; notarial, cuando se lleve a cabo ante notario; administrativa, cuando se lleve ante funcionarios del orden administrativo, debidamente habilitados por la ley para tal efecto. (Decreto 161, 2000, art. 12).

Son conciliables todos aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción (siendo transables los derechos de que disponen las partes, con las excepciones contempladas en el Código Civil, arts. 2.004 a 2.009), desistimiento y los que expresamente determine la ley (Decreto 161, 2000, art. 3). El acuerdo al que lleguen las partes por medio de la conciliación tendrá los efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en igualdad de condiciones a la de una sentencia judicial firme (Decreto 161, 2000, art. 4); Los conciliadores de paz dentro de su jurisdicción están facultados para realizar conciliaciones de que trata la ley (Decreto 161,2000, art. 11); tanto el acta o la conciliación como la constancia de desacuerdo, serán auténticas con la firma de las partes y del conciliador sin necesidad de trámite notarial o judicial alguno (basta la presentación al registro público correspondiente de una copia del acta, sin necesidad de la legalización ni trámite adicional de ninguna clase). Los registradores quedan obligados a inscribir dichas actas; los interesados podrán obtener copias auténticas de estas actas en el centro de conciliación respectivo (Decreto 161,2000, art. 25). Los conciliadores deben ser profesionales universitarios y tener capacitación previa antes de ser inscritos en los centros de conciliación (Decreto 161,2000, art. 16).

La conciliación tendrá carácter confidencial (Decreto 161,2000, art. 20); los que en ella participen deberán mantener la mayor prudencia y reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso eventual.

2.2.3. México

Los Estados Unidos de México, no poseen una ley de mediación o conciliación general. Sin embargo, consultada la Constitución Política, encontramos como obligatorio acudir a conciliación antes de instaurar un proceso laboral, Título Sexto, Del Trabajo y de la Previsión Social, literal A, numeral XX.

En materia procesal civil, una vez admitida la demanda y notificadas las colectividades (Código Federal de Procedimientos Civiles —CFPC, art. 591), el juez señala de inmediato fecha y hora para la celebración de la audiencia previa y de conciliación, la cual se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes. En la audiencia el juez personalmente propondrá soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos (CFPC, art. 595); si las partes no concilian, se reabre el juicio (CFPC, art. 596).

La conciliación y la mediación en este país a nivel Estatal han tenido un importante reconocimiento en los últimos años en distintos ámbitos, debido, entre otras razones, al apoyo que han recibido de la Administración de la Justicia (Poder Judicial) y de las Universidades. Se puede indicar que en el Estado de México la conciliación y la mediación funcionan en instituciones privadas o públicas.

Un ejemplo de lo anterior es la Ley de Mediación, Conciliación y promoción de la paz social para el Estado de México, Decreto Número 251 del 22 de diciembre de 2010, el cual le imprime un sello importante para la comunidad al indicar que todas las personas tienen el derecho a ser educadas para la paz (Decreto 251, 2010, art. 2). La mediación, la conciliación y la justicia restaurativa estarán a cargo del Centro Estatal y del Poder Judicial del Estado de México, el cual por medio del Acuerdo del Consejo de la Judicatura de fecha 7 de diciembre de 2011, emitió el Reglamento a la ley antes citada.

La conciliación y la mediación son voluntarias, pese a existir remisión a la misma por parte del ministerio público o del juez que conozcan el asunto y si consta que voluntariamente los interesados quieren solucionar sus controversias a través de alguno de los métodos previstos en la ley (Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, arts. 2.121 y art. 2.307). Esto es interesante pues se respeta ante todo la voluntad de las partes; en otras legislaciones como en el caso de España, las partes deben acudir a la primera reunión de mediación (la cual es informativa), sin preguntarles si quieren ir, simplemente son derivadas a ella.

Los mediadores y los conciliadores, para poder actuar, deben estar previamente registrados, certificados y autorizados por el Centro Estatal (Decreto 251, 2010, art. 12) Los

arts. 12 a 21 del Reglamento manifiestan todos los requisitos para poder estar inscrito, entre otros, estar capacitados especialmente para ello y pasar exámenes teóricos y prácticos.

Autorizados los convenios o acuerdos por los titulares de los centros o unidades, o por los mediadores, conciliadores o facilitadores privados, surtirán entre las partes la misma eficacia que la cosa juzgada, pudiéndose ejecutar, en caso de incumplimiento, en la vía de apremio prevista en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (Decreto 251, 2010, art. 38). La conciliación judicial se encuentra regulada en los arts. 2.121-2.124, 2.157, 2.160, 2.307, 2.308, 2.345, 2.350-2.352, 2.357, 2.376 del Código precitado y 5.6, 5.49, 5.53 y 5.55, libro quinto). Los convenios o acuerdos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes e incapaces, deberán ser sometidos al Centro Estatal para su revisión y reconocimiento legal (Decreto 251, 2010, art. 39).

La confidencialidad está regulada en el art. 20.II de la ley, indicando que “no debe divulgarse lo ocurrido dentro de los procesos de mediación, conciliación o de justicia restaurativa, excepto con el consentimiento de todos los participantes o involucrados”, lo cual es reiterado en el art. 27 de la ley así: “La información que se genere durante la mediación, conciliación o procedimientos restaurativos, se considerará confidencial”.

2.2.4. Nicaragua

La Ley Orgánica del Poder Judicial regula la mediación previa (Ley 260, 1998, art. 94) en todos los casos donde se presenten demandas de familia, civiles, mercantiles, agrarias y laborales, en los juzgados respectivos, con carácter previo a cualquier actuación o diligencia, debe el juez convocar al trámite de mediación dentro del sexto día¹⁷, pudiendo las partes acudir con sus abogados. Debe entenderse entonces que la mediación previa se lleva a cabo por el juez una vez trabado el litigio, según la norma citada.

La Asamblea Nacional aprobó la Ley 540 del 25 de mayo de 2005 (Ley de Mediación y Arbitraje), norma que permite a toda persona física o jurídica, incluyendo al Estado, recurrir a mecanismos alternos para solucionar sus diferencias patrimoniales y no patrimoniales en sus relaciones contractuales. Dicha legislación se incluye en el espectro jurídico para facilitar la

¹⁷ El art. 94 de la Ley 260 de 1998, no hace precisión con respecto a partir de qué actuación procesal se tiene en cuenta fijar fecha de reunión de mediación, es decir el sexto día ¿después de que o antes de que? Por lo tanto, se deduce que una vez presentada la demanda y recibida en el despacho judicial, antes que el juez realice cualquier actuación o diligencia procesal, debe al sexto día de recibido el proceso, citar la medición.

solución de conflictos entre particulares, no sólo mercantiles, sino en otros campos, salvo las excepciones¹⁸ establecidas en la propia ley.

La ley no aclara qué materias no son susceptibles de mediación, presentándose a ambigüedades y posibles errores.

Para las partes inmersas en un conflicto, es voluntario acudir a mediación extrajudicial, de conformidad con la ley de mediación y arbitraje. El acuerdo al que lleguen las partes en un procedimiento de mediación será definitivo, concluye con el conflicto y será ejecutable de forma inmediata (Ley 260, 1998, art. 20).

En cuanto al mediador, a tenor de esta ley, ha de ser una persona seleccionada por las partes de mutuo acuerdo, no debe imponer su voluntad ni establecer laudo o resolución, ya que son las partes de mutuo acuerdo quienes tienen que tomar la decisión final, aunque se le reconoce en la ley al mediador facultades de hacer propuestas, siempre que así lo acuerden los intervinientes (Ley 260, 1998, art. 5). Es deber del mediador mantener la confidencialidad de todo lo acontecido en el procedimiento de mediación (Ley 260, 1998, art. 6. #6), y tanto las partes como el mediador deben guardar reserva a todo lo sucedido en la mediación, a no ser que los intervinientes pacten lo contrario (Ley 260, 1998, art. 14). No se admiten pruebas en los procesos judiciales concernientes a lo tratado en las sesiones de mediación, ya sean documentales o manifestaciones realizadas por las partes (Ley 260, 1998, art. 15). El acuerdo al que llegan las partes tiene mérito ejecutivo, (Ley 260, 1998, art. 20).

La Ley de mediación de Nicaragua está basada en la ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional, siendo una mediación voluntaria, en derecho e institucional. Lo que no se encuentre regulado en la ley, lo reglamentan los centros de mediación.

Nicaragua le otorga gran importancia a la mediación judicial, la cual se encuentra reglamentada en:

- Ley Orgánica del Poder Judicial Ley 260 de 1998, en su art. 94 indica que hay que ir a mediación previa antes de iniciar demandas de familia, civil, mercantil, agraria y laboral;

¹⁸ Pese a que la ley indica que las materias de mediación (excepciones) están contempladas en la ley de mediación y arbitraje, no se encuentran enunciadas; hemos consultado la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Procedimiento Civil y la página web del poder Judicial (Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos) y no se encuentra dentro de ellos información al respecto.

- El Código Procesal Penal (Ley 406, 2001), en sus arts. 57-62 señala el uso de la mediación previa o durante el proceso, para casos como faltas, delitos imprudentes o culposos, delitos patrimoniales entre particulares sin violencia o intimidación, y delitos sancionados con penas menos graves. La mediación puede ser solicitada antes de iniciado el proceso judicial o durante el mismo, según los artículos 57 y 58 respectivamente. De hecho, se puede hacer en cualquier momento antes de que se dicte sentencia o veredicto; el único requisito es que exista acuerdo total o parcial entre las partes. Se contempla como medida alterna a la persecución penal;
- La Ley 278 de 1997 sobre Propiedad Reformada, Urbana y Agraria en su artículo 50 establece la mediación (o conciliación), y en el artículo 59 el arbitraje, para la solución de los conflictos relativos a la propiedad originados en las circunstancias que establece el artículo 1 de la misma ley;
- La vigilancia, promoción, registro de mediadores y de centros de mediación, estadísticas y otras funciones, se encuentran a cargo del Poder Judicial a través de Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos.

2.2.5. Panamá

El Decreto Ley nro. 5 de 1999 reguló de modo diferenciado la conciliación, el arbitraje y la mediación, estableciendo además el régimen general de los mismos.

La ley regula la conciliación en sus arts. 44 a 51, consagrándose como voluntaria (Ley 5, 1999, art. 44); se pueden someter a conciliación las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y negociación (Decreto ley 5, 1999, art. 46), es decir, que las partes intervinientes pueden decidir negociar sobre los derechos disponibles. El conciliador debe ser cualificado, (Decreto ley 5, 1999, art. 45).

La conciliación puede ser institucional privada (en centros de conciliación privados, los cuales determinan sus propios reglamentos – Decreto ley 5, 1999, art. 48–), pública (cuando se desarrolle en centros de mediación estatales), *ad hoc* o independiente (cuando sea dirigida por conciliadores independientes y cualificados designados por los intervinientes) – Decreto ley 5, 1999, art. 47–.

El acuerdo al que lleguen las partes a través de la conciliación tiene fuerza ejecutiva y puede ser elevado a laudo arbitral si las partes lo deciden, para lo cual se debe constituir un

tribunal arbitral (Decreto ley 5, 1999, art. 49). Es novedoso el hecho que si las partes lo consideran pueden elevar el acuerdo a laudo arbitral, lo que podría encarecer el costo de la conciliación, pues como lo expresa el artículo citado debe constituirse un arbitraje, sin el cual no se puede elevar a laudo, es decir, hay que pagar honorarios de árbitros para que el acuerdo quede con los efectos de una sentencia.

La mediación se encuentra regulada en los arts. 52 a 58 del Decreto Ley citado. La mediación puede ser pública o privada, institucional o independiente, (Decreto ley 5, 1999, art. 54). Pueden someterse a mediación las materias susceptibles de libre disposición por las partes (Decreto ley 5, 1999, art. 55). Al iniciarse la mediación se debe suscribir un convenio de confidencialidad donde conste que el contenido de pruebas, propuestas y todo lo acontecido en la mediación, es confidencial y que no podrán revelar ellas ni el mediador el contenido de estas, ni el testimonio o confesión producida en la misma. El acta que contenga el acuerdo logrado tiene fuerza ejecutiva (Decreto ley 5, 1999, art. 56).

Para actuar como mediador o conciliador se requiere formación que lo cualifique como tal, inscribirse en el Registro de Mediadores y Conciliadores que lleva el Ministerio de Gobierno y Justicia (s.f.), no haber sido condenado por delitos de prevaricación, falsedad o estafa, no haber violado el principio de la confidencialidad en mediaciones o conciliaciones realizadas anteriormente (Decreto ley 5, 1999, arts. 59 y 60).

El Decreto ejecutivo 777 de 2007, dicta medidas sobre las Instituciones de Arbitraje, Conciliación y Mediación; se cualifica al mediador y al conciliador y se regula la conciliación y mediación a nivel comunal. Para ser conciliador, se requiere título universitario (al parecer, puede ser conciliador cualquier profesión, pues no se precisa que sea abogado) y tener capacitación especializada (Decreto ejecutivo 777, 2007, art 2).

2.2.6. Puerto Rico

En 1983, Puerto Rico aprobó la Ley 19, de 22 de septiembre, sobre “Conflictos entre ciudadanos – Programas o centros para resolverlos”, autorizando el establecimiento de programas o centros que sirvan como foros informales para la resolución de determinadas disputas y conflictos que surgen entre ciudadanos; esta ley confiere al Tribunal Supremo autoridad para adoptar las reglas necesarias para la operación de los programas o centros que se establezcan.

El Tribunal Supremo mediante las Resoluciones ER-95 de 1998 y ER -2005-1 reglamentó los Métodos Alternos para la Solución de Conflictos. Los métodos alternos avalados en el reglamento son: mediación, arbitraje y la evaluación neutral; actualmente, en Puerto Rico, a través de estos métodos se ayuda a las partes en conflicto a resolver sus disputas sin la necesidad de recurrir a los tribunales.

La mediación es definida como “proceso de intervención, no adjudicativo, en el cual un interventor neutral (mediador) ayuda a las personas en conflicto a lograr un acuerdo que les resulte mutuamente aceptable”. Los conflictos civiles, al igual que los penales menos graves, pueden solucionarse en la oficina de un mediador certificado, pudiendo solicitar las partes, al igual que al juez, que el caso sea enviado a mediación (Tribunal Supremo, Reglamento, Capítulo VII, Regla 7.02).

No podrán referirse ni atenderse en mediación: a) los casos criminales que no sean transigibles bajo las Reglas de Procedimiento Criminal; b) los casos que impliquen una reclamación de derechos civiles o asuntos de alto interés público, excepto cuando medie el consentimiento explícito de las partes, sus representantes legales y la anuencia del tribunal; c) los casos en los que una parte no sea capaz de proteger efectivamente sus intereses durante el proceso de negociación (Tribunal Supremo, Reglamento, Capítulo VII, regla 7.03).

El acuerdo logrado, puede cumplir varios efectos, así: a) si las partes suscriben un acuerdo que disponga de la controversia, tal acuerdo será ejecutable entre las partes, sus herederos o causahabientes como cualquier otro contrato escrito; b) en caso de que las partes suscriban un acuerdo o una transacción y divulguen los términos del acuerdo al tribunal, éste incorporará dichos términos a la sentencia del caso; c) cuando el acuerdo ponga fin al litigio y las partes hayan pactado no divulgar su contenido, así lo informarán al tribunal para que éste dicte sentencia en la que se archive el caso (Tribunal Supremo, Reglamento, Capítulo V, regla 5.01).

La información ofrecida por los participantes en el procedimiento de mediación es confidencial y privilegiada; de igual manera lo serán todos los documentos y expedientes de trabajo de la oficina del mediador. Dicha información o documentación no podrá ser requerida en procesos judiciales, administrativos o de arbitraje, ni se podrá requerir al interventor neutral declarar sobre su contenido o sobre el proceso seguido ante él. En procesos judiciales, administrativos o de arbitraje no se utilizarán o presentarán como prueba los puntos de vista, las sugerencias o las admisiones hechas por algún participante con relación a posibles acuerdos durante las sesiones de mediación. Tampoco se utilizarán las propuestas, los puntos de vista o

recomendaciones ofrecidas por el mediador (Tribunal Supremo, Reglamento, capítulo VI, regla 6.01).

Las partes pueden acudir a la mediación con sus abogados y la función de estos en las sesiones conjuntas de mediación se limitan a proveer asesoramiento e información a sus representados o representadas, aclarar dudas y hacer sugerencias sobre las alternativas de solución (Tribunal Supremo, Reglamento, capítulo VII, Regla 7.11.c).

Los efectos del acuerdo de mediación tienen diferentes alcances así: (a) Si las partes suscriben un acuerdo que disponga de la controversia, tal acuerdo será ejecutable entre las partes, sus herederos o causahabientes como cualquier otro contrato escrito. (b) En caso de que las partes suscriban un acuerdo o una transacción y divulguen los términos del acuerdo al tribunal, éste incorporará dichos términos a la sentencia del caso. (c) Cuando el acuerdo ponga fin al litigio y las partes hayan pactado no divulgar su contenido, así lo informarán al tribunal para que éste dicte sentencia en la que se archive el caso, (Tribunal Supremo, Reglamento, capítulo V, Regla 5.02).

El Negociado de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos es la entidad que vigila, promueve, reglamenta, registra mediadores, árbitros y evaluadores neutrales (Poder judicial de Puerto Rico, s.f.).

En Puerto Rico, se maneja el “tribunal multipuertas”, que funciona desde el Poder Judicial, por lo tanto, cuando las partes en conflicto llegan a las dependencias judiciales (en el caso colombiano: Palacio de Justicia), son referidos al método alternativo de resolución de conflictos que le convenga (Tribunal Supremo, Reglamento, Capítulo III). lo que demuestra integración de las ADR y la justicia ordinaria.

2.3. América del Sur

Con el crecimiento del comercio y las nuevas políticas públicas de comercio internacional a través de la firma de convenios binacionales o transnacionales, se hizo visible la necesidad de los países latinoamericanos de ofrecer y desarrollar en sus Estados métodos más ágiles y conocidos internacionalmente para suplir las falencias de la justicia local, llegando por ende al incremento en el uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos, dejando así una política proteccionista del mercado interno para garantizar y atraer a la inversión extranjera (Iglesias, 2000). En tal sentido organizaciones como el Banco

Interamericano de Desarrollo a través del Fondo Multilateral de Inversiones (BID/FOMIN) inició en 1994 un programa de apoyo al uso de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos en el ámbito regional que contribuya: a) Facilitar la resolución de controversias de carácter comercial, b) favorecer la inversión privada tanto interna como externa y c) Proveer al sector privado con instrumentos alternos a la vía judicial, que permitiera la resolución de sus controversias con eficiencia y eficacia. La Organización de Estados Americanos tampoco ha estado ajena a la promoción y utilización de métodos alternativos de solución de controversias en el área latinoamericana (Informe OEA, 2001).

Los MASC en América Latina se han incorporado a las legislaciones nacionales, con mayor o menor énfasis, durante las últimas tres décadas. En la mayoría de los países existe legislación específica, ya sea con respecto a una determinada materia (por ejemplo, mediación familiar) o bien leyes generales de mediación o conciliación, que abarcan diversas materias. En ningún país, sin embargo, la integración de los MASC ha sido parte de una reforma estructural de la justicia (Mera, s.f.).

2.3.1. Argentina

La iniciativa de la mediación en Argentina según Álvarez (2003, p. 227) provino de algunos miembros del Poder Judicial, y el desarrollo de esta marcha fluye de una acción conjunta del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, quienes tuvieron a su cargo implementar el Programa Nacional de Mediación elaborado por la comisión creada a tales efectos. La introducción de la mediación en Argentina fue en el año 1991, siendo la primera norma el Decreto 1480 de 1992. En la actualidad, el movimiento se sostiene y crece con la actividad del Ministerio de Justicia y de derechos humanos, de organizaciones no gubernamentales, sectores privados y de otros sectores públicos.

En este momento, la mediación en Argentina se encuentra en la Ley 26.589 de 2010, la cual estableció de carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales (Ley 26.589, 2010, art. 2)¹⁹. La mediación es obligatoria antes de acudir al proceso judicial (Ley 26.589, 2010, art. 2), exceptuando los procesos de ejecución, de desalojos y otros procedimientos (Ley 26.589, 2010, art. 5). Adicionalmente, si las partes no llegan a un acuerdo y presentan la

¹⁹ La Ley 26.589 de 2010, se encuentra reglamentada por el Decreto Reglamentario 1.467 de 2011.

demanda, el juez de conocimiento puede remitir nuevamente a las partes a mediación (por una sola vez), si lo considera pertinente (Ley 26.589, 2010, art. 16.d); al remitir nuevamente a una mediación cuando las partes ya pasaron por esa etapa y decidieron que no querían resolver el conflicto por medio de esa ADR podría advertirse como una denegación de justicia y resistencia a la tutela judicial efectiva, vulneración principalmente al principio de la autonomía de la voluntad.

Para asistir a mediación se requiere obligatoriamente la presencia del abogado de cada parte (Ley 26.589, 2010, art. 19), sobre este requisito, la norma no indica el papel del abogado en la mediación, es decir, si puede proponer fórmulas de acuerdo, o si es solo garante del proceso entre las partes y el mediador.

Para actuar como mediador se requiere (Ley 26.589, 2010, art. 11):

- a. Título de abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula;
- b. Acreditar la capacitación que exija la reglamentación;
- c. Aprobar un examen de idoneidad;
- d. Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación;
- e. Cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente.

La designación del mediador se hace por mutuo acuerdo, por sorteo, por propuesta del requirente al requerido, o, durante la tramitación de un proceso judicial, por derivación del juez, (Ley 26.589, 2010, art. 16).

El acta que contiene el acuerdo logrado, firmada por el mediador, será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia (Ley 26.589, 2010, art. 30), aclarando que, antes de presentar la demanda de ejecución, se debe certificar la firma del mediador contenida en el acta del acuerdo mediado (Dc.1.469, 2011, art. 22 y Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 500, inciso 4). Es interesante este sistema empleado por Argentina, ya que las partes no se someten a gastos de registro de actas ante organismos acreditados para tal fin, y sólo hacen el trámite de certificación de firma del mediador si el acuerdo fue incumplido y necesitan acudir al proceso ejecutivo.

Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se logre un acuerdo, éste deberá ser posteriormente sometido a la homologación judicial (Ley 26.589, 2010, art. 26).

Los mediadores deben informar sobre el resultado de la mediación al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a los fines de su registro y certificación de los instrumentos pertinentes (Ley 26.589, 2010, art. 29).

La mediación gratuita se lleva en los centros de mediación del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y centros de mediaciones públicos (Ley 26.589, 2010, art. 36).

Sobre la confidencialidad, ésta se encuentra como principio de la mediación (Ley 26.589, 2010, art. 7), teniendo como tal todos los documentos en que se haya fundamentado la mediación; este principio no requiere ser pactado (Ley 26.589, 2010, art. 8) y existen casos específicos en donde se puede vulnerar, por ejemplo, si el mediador advierte comisión de delitos o por expresa voluntad de las partes (Ley 26.589, 2010, art. 9).

El Decreto Reglamentario 1.467 de 2011 autoriza a los mediadores a realizar las sesiones de mediación en sus propios despachos (siendo obligatorio que las realicen allí [art. 19]), reduciendo para las partes costos de administración y funcionamiento de centros de mediación.

2.3.2. Bolivia

Bolivia posee la Ley 708 del 2015, de conciliación y arbitraje, la cual en su título II, regula la conciliación; como particularidad encontramos en el art. 22 que establece: la mediación, la negociación o la amigable composición podrán acompañar a la conciliación como medios accesorios, independientes o integrados a ésta, conforme a lo que acuerden las partes. Este artículo se presta para confusiones de las figuras, pues cada una es diferente respecto a su desarrollo y efectos jurídicos²⁰.

Es importante tener en cuenta que para aplicar conjuntamente dos o más ADR, primero, se debe pactar por las partes una cláusula, en la cual se debe indicar el procedimiento, forma de elección de los terceros que ayudarán a resolver el conflicto, honorarios y demás gastos.

El art. 23 trae otra singularidad y es que se puede conciliar donde se cumpla la obligación, en el domicilio del solicitante o en la residencia del obligado.

²⁰ En la legislación de Bolivia, no encontramos regulada la amigable composición.

El art. 27 indica que se pueden usar todas las tecnologías de información incluso en las audiencias; el conciliador puede tener previo consentimiento de las partes, ayuda técnica de otros expertos que le ayuden en la conciliación, (Ley 708, 2015, art. 29).

El acta de conciliación es vinculante para las partes, es de ejecución forzosa (es decir, presta mérito ejecutivo – Ley 708, 2015, art. 35) y hace tránsito a cosa juzgada, con excepciones planteadas por ley, en las cuales debe homologarse ante juez competente, (Ley 708, 2015, art. 33).

Por su parte, el art. 3 indica que los principios de la conciliación son: buena fe, celeridad, cultura de paz, economía, finalidad, flexibilidad, idoneidad, igualdad, imparcialidad, independencia, legalidad, oralidad y voluntariedad. El art. 4 manifiesta los temas que no pueden someterse a conciliación como, por ejemplo: propiedad de recursos naturales, temas fiscales, tributarios, entre otros.

Pese al principio de la voluntariedad; el Código Procesal Civil de Bolivia (Ley 439 de 2013), en su artículo 292, indica que es obligatorio intentar conciliar antes de iniciar proceso judicial excepto en los procesos en que fueren parte los incapaces de obrar, a quienes expresamente les prohíbe la Ley, en beneficio de gratuidad, diligencias preparatorias y medidas cautelares, en procesos concursales, en procesos voluntarios si se suscitare contienda, cuando la parte demandada tuviere su domicilio en jurisdicción departamental distinta al lugar donde se promoverá la demanda principal o en el exterior, o cuando su domicilio fuera desconocido.

Por su parte, el art. 297 del mismo código establece que el testimonio o fotocopia legalizada del acta de conciliación y auto definitivo de aprobación, tendrán valor de documento público o auténtico para el ejercicio de los derechos definidos por esta vía, así como para su inscripción en el registro que corresponda.

El juez, en la audiencia preliminar realiza una tentativa de conciliación (Ley 439, 2013, art. 366).

La información conocida en la conciliación es confidencial y no tiene valor probatorio (Ley 708, 2015, art. 8). Sobre las calidades del conciliador, la ley no indica de qué profesión debe ser este, solo determina que debe tener competencia demostrada en conciliación y formación especializada (Ley 708, 2015, art. 36), sin embargo y luego de consultar los artículos 292 y siguientes del Código Procesal Civil (CPC) de Bolivia, se puede deducir que el conciliador extrajudicial debe ser abogado.

Tanto en la ley de conciliación y arbitraje como en el CPC de Bolivia, no se establece el tiempo que puede durar el trámite de conciliación y si produce efectos de caducidad de las acciones una vez iniciado el proceso conciliatorio.

2.3.3. Colombia

Colombia cuenta con una gran trayectoria en conciliación, configurándose legislativamente esta como medio alternativo de solución de conflictos y mecanismo para la descongestión de los despachos judiciales desde el año 1989; además, posee un desarrollo legislativo y jurisprudencial de gran importancia para el derecho; la normatividad ha abordado la conciliación en civil, comercial, familia, las cuales pueden ser ejecutadas extrajudicialmente o en el proceso judicial en la primera audiencia de trámite (ejemplo art. 371 del Código General del Proceso): la conciliación laboral (desarrollada por los inspectores de trabajo de forma extraprocesal o la judicial por el juez en virtud del proceso judicial), la penal (en el que se presenta de forma particular la mediación penal y la conciliación contenciosa administrativa, desarrollada por el procurador delegado en asuntos contenciosos administrativos; todas estas conciliaciones son en derecho; también se encuentra reglamentada la conciliación en equidad que es desarrollada por los jueces de paz.

Las leyes más importantes de la conciliación en Colombia:

- La Constitución de 1991, en su art. 116 inciso 4, otorga al conciliador la calidad de “administrador transitorio de Administración de la Justicia” —al igual que al árbitro y a los jurados en las causas criminales—. Este es el único caso constitucional donde se reconoce y se comparte la Administración de la Justicia con los particulares (no solamente como jurados, —caso de España, (Constitución Española, art.125)— sino también como árbitros y conciliadores). Esta norma constitucional ha impulsado en gran manera la conciliación en Colombia;
- La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de la Justicia, en su art. 8 manifiesta que “la ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios”, y en su art. 13.3, comparte la jurisdicción con los particulares que actúan como conciliadores o árbitros, facultados por las partes, normas que reafirman lo indicado en el inc. 4º del art. 116 de la Constitución.

- La Ley 23 de 1991, de descongestión de despachos judiciales, amplió competencias en conciliación y facultó para ello a los inspectores de tránsito, inspectores de trabajo, defensor de familia, agentes del Ministerio Público (Ley 23, 1991, art.35) ante el Contencioso Administrativo, los cuales podían conciliar en las materias propias de sus competencias —conciliaciones administrativas—. También habilita a los conciliadores en equidad, que podrán conciliar cualquier tema que sea susceptible de transacción o desistimiento. Igualmente facultó a las Cámaras de Comercio (Ley 23, 1991, art. 66) para que continuaran prestando el servicio de conciliación y arbitraje, y a las Facultades de Derecho a través de sus consultorios jurídicos para que prestaran el servicio de conciliación (servicio que es ofrecido de forma gratuita por los estudiantes en práctica de derecho) —conciliaciones en derecho e institucional—.

El art. 76 de la ley 23 de 1991 manifiesta que “la conciliación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando éste tenga lugar”.

- La Ley 446 de 1998, en su parte III regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ley que modifica y deroga varias normas de descongestión judicial²¹. Permite conciliar en contencioso administrativo, art. 70 (en acciones de los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo), y a los centros de conciliación a tramitar conciliaciones en materia laboral, de familia, civil, contencioso administrativa, comercial, agraria y en contravenciones de policía (Ley 446, 1998, art. 77); regula también otros factores de la conciliación en equidad y de los centros de conciliación, y arbitraje.

Los centros de conciliación pueden solicitar a la autoridad judicial que comisione a los inspectores de policía para realizar la diligencia de entrega de un bien arrendado, cuando exista incumplimiento de un acta de conciliación con un acta al respecto (Ley 446, 1998, art. 69). Con la aplicación de este artículo se demuestra que la figura de la conciliación es orientada para la descongestión de despachos judiciales;

²¹ Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

- Ley 640 de 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

Esta ley incorpora la obligación de conciliar antes de intentar acudir al proceso judicial (Ley 640, 2001, art 35). Al procedimiento de conciliación las partes deben acudir de manera personal, excepto si alguna de ellas se encuentra fuera del territorio nacional o no están en el mismo circuito judicial, caso en el cual pueden hacerlo a través de apoderado facultado por poder para conciliar, (Ley 640, 2001, art.1 par. 2º); y en el párrafo 3º indica que es facultativo acudir con abogado excluido en las conciliaciones contenciosas administrativas en cuyo caso el abogado debe presentar la solicitud de conciliación.

El conciliador debe ser abogado; sin embargo, los trabajadores sociales, psicólogos, psicopedagogos o comunicadores sociales pueden actuar como comediantes (Ley 640, 2001, art. 5); son requisitos adicionales: poseer formación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del estar inscrito en el registro de conciliadores (Ley 640, 2001, art. 7). Se faculta a los notarios para ser conciliadores (Ley 640, 2001, arts. 19 y 27).

Un punto importante de la ley es la ayuda que puede tener el conciliador para lograr la citación a las partes intervinientes en la conciliación, contando con la colaboración de las autoridades de policía (Ley 640, 2001, art. 20 par.), lo que hace efectiva la citación, garantizando la recepción de esta.

En materia contenciosa administrativa, sólo se puede conciliar ante el agente del Ministerio Público asignado a la jurisdicción (Ley 640, 2001, art. 23); el acta que contenga el acuerdo debe ser aprobado por el juez o corporación competente (Ley 640, 2001, art. 24). Las pruebas que se alleguen al procedimiento de conciliación contenciosa administrativa pueden ser solicitadas por el juez competente en caso de no haberse logrado acuerdo (Ley 640, 2001, art. 26).

Se puede conciliar en materia civil, ante los conciliadores de los centros de conciliación, delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público en materia civil, ante los notarios (Ley 640, 2001, art. 27). En materia laboral sólo se puede conciliar ante los inspectores de trabajo, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del Ministerio Público en materia laboral (Ley 640, 2001, art. 28). En materia de familia, ante los conciliadores de los centros de conciliación, los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la

defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público, las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia, los notarios (Ley 640, 2001, art. 31); en los tres casos enunciados, a falta de alguno de los conciliadores indicados en cada artículo en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

En materia de familia, el conciliador puede solicitar al juez la ejecución de hasta por treinta (30) días de medidas provisionales en caso de violencia familiar y violación de derechos fundamentales (Ley 640, 2001, art. 32).

Es competente para conciliar en materia de consumo sólo la Superintendencia de Industria y Comercio (Ley 640, 2001, arts. 33 y 34).

Es obligatorio ir a conciliación (requisito de procedibilidad) para acudir ante los órganos jurisdiccionales en los siguientes procesos: a) civil, en los procesos declarativos, con excepción de los procesos divisorios, de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de personas indeterminadas (otras excepciones en el art. 38); b) familia (Ley 640, 2001, art. 40); c) contenciosa administrativa (Ley 640, 2001, art. 35).

Por su parte, en el artículo 36 (Ley 640, 2001) establece que, si no se logra acuerdo, se debe anexar a la demanda copia de la certificación que para tal efecto expide el conciliador (registrada en el centro de conciliación), so pena de rechazo de la demanda.

El acta con el acuerdo alcanzado tiene valor de título ejecutivo y el efecto de cosa juzgada, una vez haya sido inscrita y registrada en el centro de conciliación al cual pertenece el conciliador. (Ley 446, 1998, art. 66 y Ley 640, 2001, art. 14).

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 (Ley 640, 2001, art. 35 par. 2º). Este artículo puede analizarse desde dos puntos de vista: por un lado hace que las partes acudan a conciliación con claridad y sin pruebas ocultas ante el otro, cuestión que puede facilitar que se llegue a un acuerdo, pues los intervinientes de la conciliación podrán verificar probatoriamente la posibilidad que tienen de ganar en el eventual proceso judicial; por otro lado, no existe aplicación al principio de confidencialidad en el procedimiento de conciliación respecto de la prueba aportada, sólo a lo que se diga en las reuniones.

Se permite conciliar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes (Ley 979, 2005, art. 1).

En ningún caso las actas de conciliación deben ser elevadas a escritura pública (Ley 1395, 2010 art. 50 par. 4º). Este artículo es muy importante para las partes, pues se evita pagar gastos notariales cuando se ha conciliado sobre bienes o derechos que sean susceptibles de registro y requieran para ello de escritura pública.

- Se puede llevar a conciliación la insolvencia de la persona natural no comerciante insolvente (Ley 1380 de 2010). Esta ley es de gran importancia para la descongestión de despachos judiciales;
- La Ley 1564 de 2012, por el cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. En esta se otorga más fuerza a la conciliación como requisito obligatorio para iniciar proceso judicial (Ley 1564, 2012, arts. 90 #7º) y se le imprime más fuerza a la conciliación judicial (Ley 1564, 2012, arts. 372 #6º, 528, 533 y 613).

El demandante de restitución de inmueble arrendado no estará obligado a solicitar y tramitar la audiencia de conciliación extrajudicial como requisito obligatorio antes de demandar (Ley 1564 de 2012, art. 384).

- En materia penal se puede conciliar judicialmente la reparación integral del daño (Ley 906, 2004, art. 103). Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación (Ley 906, 2004, art. 521).

En la conciliación de delitos querellables, la conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal (Ley 906, 2004, art. 522).

Ventajas de la conciliación en Colombia

- La conciliación en Colombia ha tenido acogida y existen datos estadísticos importantes desde que se instauró como obligatoria. Ministerio de Justicia. (s.f.). Sistema de información de la conciliación, el arbitraje y la amigable composición. <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica>;
- En cualquier sitio del territorio nacional, se encuentra un conciliador, lo que facilita a las partes a cumplir con la obligación de intentar resolver su conflicto a través de la conciliación;

- El deber incorporar en la demanda las pruebas documentales aportadas en la solicitud de conciliación, hace que las partes tomen conciencia fácilmente de que con los mismos argumentos probatorios deben acudir al juicio, haciendo que tal vez sea más fácil lograr acuerdo, pues se conocen desde el procedimiento conciliatorio todas las pruebas que se harán efectivas también en el proceso judicial;
- El desarrollo constante en políticas públicas de descongestión de despachos judiciales a través de las ADR;
- La divulgación continúa de las ADR a través de las Universidades y en especial en las Facultades de Derecho, las cuales imparten la cátedra de mecanismos alternativos de solución de conflictos, generando en el futuro profesional el compromiso de recomendar a sus clientes la conciliación al tener conocimiento y práctica de la misma;
- El no tener que elevar a escritura pública en ningún caso el acta de conciliación que contenga el acuerdo, lo que permite a las partes intervinientes economizar en gastos notariales. Esta medida se aplica, por ejemplo, en el caso de que las partes acuerden entrega de bienes inmuebles, para registrar este acto en la oficina de Registro de instrumentos públicos basta con llevar el acta de conciliación debidamente registrada por el centro de conciliación, sin la necesidad de elevarla a escritura pública;
- La posibilidad, para el profesional dedicado a la conciliación que preste sus servicios y se especialice solo en esa área, de tener un gran campo de acción, aunque somos conscientes de que los honorarios del conciliador son de mínimas cuantías.
- Como punto a tener en cuenta a reglamentar es incorporar dentro de la normatividad los principios esenciales del procedimiento de conciliación.
- En la actualidad, es decir, a marzo de 2022 se encuentra en debate en el Congreso de la República de Colombia, el Proyecto de Ley 008/2021 de Senado y 411/2021 de Cámara por medio del cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones. Es importante precisar que, si este proyecto de ley es aprobado en la legislatura 2021-2022, cambiaran algunas normas de conciliación en Colombia, dentro de ellas la más importante, es que la conciliación laboral, la cual podrá desarrollarse ante un conciliador de un centro de conciliación además de los inspectores de trabajo; otro tema importante que plantea este proyecto de ley es la regulación de la conciliación por medios electrónicos, entre otros.

2.3.4. Chile

En Chile se encuentra regulada sólo la mediación familiar, a través de la Ley 19.334 de 1994, que modifica el Código de Procedimiento Civil, estableciendo la conciliación como obligatoria en la generalidad de los procedimientos. La Ley 19.947 de 2004 introduce la mediación y conciliación como un modo de resolver los conflictos que afectan al matrimonio.

Un importante respaldo al desarrollo de esta institución se lo brinda también la Ley 19.968 de 2004 (modificada por la Ley 20.286 de 2008), por la que se crean los Tribunales de Familia en Chile. Dicha ley atribuye al consejero técnico la evaluación de la pertinencia de derivar el asunto a mediación o aconsejar la conciliación entre las partes (Ley 19.968, 2004, art. 5), señalando que en la audiencia preparatoria se procederá a “promover a iniciativa del tribunal, o a petición de parte a la mediación familiar, suspendiéndose el procedimiento judicial en caso de que se dé lugar a ésta” (Ley 19.968, 2004, art. 61.4). Indica igualmente esta ley en su art. 106 que es obligatorio ir a mediación antes de acudir al proceso judicial en causas relativas al derecho alimentos, cuidado personal y regulación de visitas.

El juez, si lo considera pertinente, puede derivar a las partes a mediación. Hay centros de mediación públicos y privados. En el procedimiento de mediación se debe velar por los intereses de los menores. Se crea un registro de mediadores, dependiente del Ministerio de Justicia. Los servicios de mediación son gratuitos para quienes no poseen recursos (Decreto 2308 de 2009).

Si la mediación termina con acuerdo, el acta de mediación firmada por las partes y el mediador se remite al tribunal para su aprobación, y desde la homologación tendrá fuerza ejecutiva; en caso de que las partes no lleguen a acuerdo, continúa el procedimiento en sede judicial en el punto en que había sido suspendido.

El art. 105 de la Ley 19.968 de 2004, contiene los principios de la mediación, y en su literal (c) regula el principio de la confidencialidad, siendo deber del mediador guardar el secreto profesional, excepto si conoce la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de menores, adolescentes o discapacitados. Nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo.

Para ser mediador familiar se requiere: a) poseer un título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación

superior del Estado o reconocida por éste; b) poseer un título o diploma de especialización en mediación y en materias de familia o infancia; c) no haber sido condenado por delito; d) disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación; e) estar inscrito en el Registro de mediadores (Ley 19.968 de 2004, art. 112).

El tiempo máximo para realizar la mediación es de sesenta (60) días (Ley 19.968, 2004, art. 110); el acta de mediación que contenga el acuerdo debe ser aprobada por el tribunal, (Ley 19.968, 2004, art. 111).

2.3.5. Ecuador

La Ley 45 de 1997 de mediación y arbitraje, regula el procedimiento de mediación, el cual comienza a solicitud de las partes o de una de ellas, o cuando exista un convenio escrito (cláusula compromisoria) entre las partes de someterse a mediación – (Ley 45, 1997, art. 46); también puede iniciarse si el juez ordinario dispone que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación en cualquier estado de la causa, bien de oficio o bien a petición de parte –derivación procesal.

La mediación tiene carácter confidencial: los que en ella participen deberán mantener reserva, de modo que las fórmulas de acuerdo que se propongan no incidirán en el proceso arbitral o judicial posterior, si tuviere lugar. Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad (Ley 45, 1997, art. 50).

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efectos de una sentencia firme y cosa juzgada (Ley 45, 1997, art. 47).

La ley no presenta una clara distinción entre los distintos sistemas de resolución, y ello se pone de manifiesto en su artículo 55: “La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta ley se entenderán a la mediación y a la conciliación extrajudicial como sinónimos”. Sin embargo, las características y la función del mediador o del conciliador en su caso, no son idénticas. También es importante destacar que la ley regula la mediación comunitaria que es la realizada por las comunidades indígenas y negras o afroecuatorianas, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias, las cuales podrán establecer centros de mediación para sus miembros, (Ley 45, 1997, art. 59).

La ley no contempla el procedimiento de mediación, requisitos para ser mediador, obligaciones y derechos de mediador y de las partes, causales de abstención, recusación y su procedimiento, régimen sancionador (aunque el art. 17 del Código Orgánico de la función judicial considera la mediación como un principio de servicio a la comunidad, por lo tanto, se asume al mediador como un servidor público que tiene responsabilidades por el desempeño de su función). Todas estas carencias en la ley parece que son delegadas a los centros de mediación (Ley 45, 1997, art. 54), estando por tanto ante una sola clase de mediación, la institucional, aunque la ley no enuncie las clases de mediaciones existentes en Ecuador.

2.3.6. Paraguay

La Ley 1879 de 2002, de arbitraje y mediación en Paraguay tiene como objeto “facilitar plataformas válidas para que el ciudadano tenga un mayor número de caminos de acceso a la Justicia”.

El objeto de la mediación (Ley 1879, 2002, art.54), son los asuntos que deriven de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica, o se vinculen a ella, siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción, conciliación o arbitraje.

Para ejercer de mediador en Paraguay sólo se necesita ser persona de reconocida honorabilidad, capacitación e imparcialidad. Su labor será la de dirigir libremente el trámite de la mediación, guiado por los principios de imparcialidad, equidad y justicia. Como requisito previo al ejercicio de sus funciones, el mediador deberá participar en un curso de capacitación especial dictado por un centro de mediación (Ley 1879, 2002, art. 65).

La precitada ley señala en su artículo 55 que “si antes de sustanciarse la audiencia de conciliación prevista en las normas procesales las partes decidieran recurrir a la mediación, el informe escrito del mediador o del centro de mediación en el que exprese que las partes han concurrido al menos a una audiencia de mediación, tendrá los mismos efectos legales que la audiencia de conciliación establecida en dichas normas procesales”. Hay que tener en cuenta que la audiencia de mediación podrá realizarse en cualquier momento anterior a la interposición de la demanda, o en cualquier momento del proceso antes de que se dicte la sentencia definitiva y ésta sea cosa juzgada.

Remarca la ley el carácter confidencial del procedimiento de mediación que garantiza la actuación reservada del mediador, ya que no podrá ser llamado como testigo o en otro

concepto en ningún juicio posterior entre las mismas partes (Ley 1879, 2002, art. 57); el acuerdo al que lleguen el convocante y convocado, tendrá los efectos de cosa juzgada desde el momento en el que el juez competente lo homologue. Si el acuerdo de mediación tuviera lugar cuando el juicio esté pendiente, será competente para homologarlo el juez de la causa y la homologación producirá además el efecto de terminar el proceso, pero si el acuerdo de mediación fuera parcial, se dejará constancia de ello en el acta de mediación y las partes podrán discutir en juicio las diferencias pendientes de resolver (Ley 1879, 2002, art. 61).

El servicio de mediación en Paraguay se ofrece por centros de mediación privados y por el centro de mediación del Poder Judicial, el cual dispone servicios de mediación judiciales (en mediación civil, comercial, laboral y penal) y extrajudiciales (mediaciones en conflictos vecinales, comunitarios y otras).

A pesar de no existir clasificación de la mediación, concluimos que la mediación en Paraguay es institucional y en derecho.

2.3.7. Perú

La Ley 26.872 de 1997 (modificada por el Decreto Legislativo 1.070 de 2008, y el Decreto Supremo 006 de 2010), regulan la conciliación en Perú. La conciliación extrajudicial en Perú es obligatoria antes de iniciar un proceso judicial (Ley 26.872, 1997, art. 6), siendo conciliables las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes (Ley 26.872, 1997, art. 7), teniendo especial atención en la conciliación familiar y laboral (esta última sólo se puede conciliar en centros de conciliación determinados en el artículo antes citado). Los arts. 7 y 9 de la misma ley, enumera las materias no conciliables y no exigibles de conciliación obligatoria.

Los que participan en la audiencia de conciliación deben mantener reserva de lo actuado; todo lo sostenido o propuesto en ella carece de valor probatorio, exceptuando el conocimiento de hechos que conduzcan a establecer indicios razonables de la comisión de un delito o falta (Ley 26.872, 1997, art. 8). El acta que contiene el acuerdo logrado (Ley 26.872, 1997, art. 18), constituye título ejecutivo.

Para ejercer de conciliador se requiere tener formación en conciliación (específica por materia), estar adscrito a un centro de conciliación, tener vigente la inscripción como conciliador ante el Ministerio de Justicia (Ley 26.872, 1997, art. 20), carecer de antecedentes penales y ser ciudadano en ejercicio (Ley 26.872, 1997, art. 21).

Particularidades de la ley de conciliación peruana:

- El procedimiento de conciliación como tal se entiende en una audiencia única de conciliación, la cual está integrada de varias sesiones (Ley 26.872, 1997, art. 10);
- A la conciliación se acude de manera personal, pero si uno de los intervinientes se encuentra en diferente ciudad o en el exterior (caso en el cual se debe otorgar poder expreso para conciliar por medio de escritura pública), o con cinco (5) personas o más por parte interviniente, podrán ser representadas por un apoderado común (Ley 26.872, 1997, art. 14);
- La exigibilidad de firmar con huella digital²² por todos los intervinientes en la conciliación, el acta que contiene el acuerdo (Ley 26.872, 1997, art.16);
- En este sentido, no se entiende para qué o por qué se debe poner la huella, pues las partes intervinientes en el procedimiento de conciliación se encuentran en un centro de conciliación y han sido identificadas plenamente por el conciliador;
- En caso de encontrarse errores en el acta, se puede rectificar, función que desempeña el centro de conciliación (Ley 26.872, 1997, art.16 A);
- La persona que capacite en conciliación debe estar inscrito en el Registro de capacitadores que lleva el Ministerio de Justicia y debe cumplir ciertos requisitos para poder serlo (Ley 26.872, 1997, arts. 30 A y 30 B), además de otros requisitos como ser conciliador extrajudicial, tener experiencia en capacitar adultos, etc. (Decreto Supremo 006 de 2010-JUS, art. 49);
- La conciliación se rige por los principios de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad, economía y voluntad de las partes (Ley 26.872, 1997, art. 2);

²² En el Perú, es normal que las personas firmen documentos como demandas, solicitudes ante la administración u otros con la huella digital de preferencia del dedo índice de la mano derecha. El artículo 131 del Código de Procedimiento Civil del Perú establece que:

Los escritos serán firmados por el demandante debajo de la fecha, es caso de que sea analfabeto (no sabe leer o escribir) imprimirá su huella digital de preferencia del índice derecho, para lo cual deberá de apersonarse ante el secretario de la causa y ante su presencia se extenderá un acta o certificado, en el que se estampará la huella digital del analfabeto en la última foja de la demanda o en hoja aparte, y certificará la huella digital. Por ejemplo: "Certifico que la presente huella digital es del dedo índice corresponde a la demandante de lo que doy fe".

- La ley 26.872 de 1997 no manifiesta expresamente que clases de conciliación hay en el Perú, pero se deduce que puede ser extrajudicial, judicial y en derecho.

2.3.8. *Uruguay*

La conciliación se reconoce como una etapa importante de cara al proceso judicial en este país, al establecerse su obligatoriedad previa al juicio. El artículo 255 de la Constitución dispone: “No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha intentado la conciliación ante la justicia de paz, salvo las excepciones que estableciere la Ley”.

El Código General del Proceso (Ley 15.982 de 1988) regula la conciliación como preceptiva al proceso judicial (Ley 15.982, 1988, arts. 293 y ss.) además de como un medio de terminar extraprocesalmente un litigio (Ley 15.982, 1988, arts. 223 y ss.).

Su desarrollo actual ha cobrado relevancia con la creación de los Juzgados de conciliación por la Acordada Nro. 7.446 de la Suprema Corte de Justicia; a partir de febrero del 2002, los jueces titulares de dichos juzgados tienen competencia exclusivamente en materia de conciliación obligatoria previa al juicio. Sin embargo, la conciliación se desarrolla en todo el país por organismos y en ámbitos muy diversos, destacando la Ley 17.250 de 2000, de defensa del consumidor, que previó la conciliación en materia de consumo.

En el ámbito laboral, la Ley 18.572 de 2009, abreviación de los procesos laborales, dispone la conciliación previa obligatoria (Ley 18.572, 2009, art. 3) ante Centro de Negociación de Conflictos Individuales de Trabajo o ante la Agencia Zonal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como requisito previo a iniciar el juicio laboral. Este decreto fue modificado posteriormente por la Ley 18.847 de 2011, y en su art. 1 insiste en la conciliación previa al proceso laboral.

En Uruguay también existe la mediación extraprocesal en materia penal, la cual se encuentra regulada en los artículos 382 y siguientes del Código Procesal Penal (Ley 19.239 de 2014), así, el Agente el Ministerio Público puede derivar a mediación extraprocesal cuando se trate de conductas con apariencia delictiva que no revistan gravedad. La mediación extraprocesal no procederá respecto de delitos de violencia sexual (Código Penal, artículos 272, 273 y 274) o explotación sexual (Ley 17.815 de 2004), del delito de violencia doméstica

(Código Penal, art. 321 bis) así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género (Código Penal, art. 382.7).

En noviembre de 2021 fue presentado el proyecto de ley 551 de “Mediación en conflictos”, el cual se encuentra en trámite en el Parlamento de Uruguay, el cual se encuentra aún en trámite y pretende reglamentar entre otros:

El Proyecto de Ley General de Mediación establece el ámbito de aplicación de la mediación; los principios que aplica la figura del mediador tales como la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad en el proceso; las condiciones del mediador y de los profesionales que acrediten formación específica en el tema.

El registro de mediadores se establecería a través del Ministerio de Educación y Cultura, que controlaría a quienes tengan alguna titulación y posean o realicen un curso básico terciario de 100 horas (Parlamento de Uruguay, 4 de noviembre de 2021).

2.3.9. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada en 1999, en su artículo 258 dispone: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”, y el artículo 253 de la misma indica que los medios alternativos de justicia están integrados en el sistema de justicia con todas las garantías constitucionales.

En cuanto a la conciliación, está expresamente regulada en el Código de Procedimiento Civil (arts. 257-262), en el Código de Comercio (arts. 540, 962, 1.005, 1.040, 1.104, 1.105, 1.110), en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (arts. 422, 465, 476, y otros de juntas de conciliación, arts. 502 y 313), en la Ley Orgánica de Procedimiento Penal (arts. 43, 400, 402, 103, 403, 407, 419 y 420), en la Ley Orgánica de Protección de la niñez y la adolescencia (arts. 170, 202, 289 y 308 a 317 Corresponde al Ministerio público promover la conciliación en favor del niño y del adolescente).

La Ley sobre procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes, de 23 de noviembre de 2010, dispone que todo lo relacionado con menores debe ser llevado a conciliación y mediación familiar. El artículo 6, faculta a los menores para que ellos mismos soliciten la conciliación y para que denuncien el incumplimiento de cualquier acuerdo logrado.

En la conciliación familiar, quienes intervienen como conciliadores son los Comités de protección social de niños, niñas y adolescentes de los Consejos Comunales, los defensores y defensoras de niños, niñas y adolescentes, los Consejos de protección de niños, niñas y adolescentes y el Ministerio Público. En la mediación familiar intervienen los jueces de protección de niños, niñas y adolescentes.

Como se aprecia en los artículos de los Códigos citados, en Venezuela se promueve la conciliación judicial, pero le falta más desarrollo legislativo y de ejecución a la conciliación extraprocésal.

2.4. Europa

Es importante precisar que nos referiremos en este apartado a algunos países que son miembros de la Unión Europea (UE), la cual es una entidad geopolítica que cubre gran parte del continente europeo. Es una asociación económica y política única en el mundo, formada por 28 países. A partir de los años 60, Bruselas se ha consolidado como la capital de la UE, donde se concentran la mayor parte de las instituciones comunitarias y viven la mayoría de los funcionarios y responsables. La UE cuenta con una moneda única, una bandera, un himno y el día de Europa, que se celebra cada 9 de mayo. Gobierno de España, Ministerio de relaciones exteriores, Unión Europea y Cooperación, (s.f.)

La UE promueve la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), entre los cuales cabe mencionar la mediación. La Directiva de la Comunidad Europea 52 de 2008 sobre la mediación se aplica en todos los países de la UE y versa sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; también se aplica a los pleitos transfronterizos en materia civil y mercantil y abarca los conflictos en los que al menos una de las partes está domiciliada en un Estado miembro distinto del de las demás, si las partes convienen en acogerse a la mediación o si un órgano jurisdiccional ordena la mediación.

El principal objetivo de este instrumento jurídico es promover el recurso a la mediación en los Estados miembros. A tal fin, la directiva establece cinco normas sustantivas:

- Obliga a los Estados miembros a promover la formación de mediadores y a garantizar una mediación de alta calidad;

- Faculta al juez para invitar a las partes en un conflicto a que prueben la mediación si lo considera adecuado a las circunstancias del caso;
- Dispone que, si las partes lo solicitan, los acuerdos resultantes de la mediación adquieran carácter ejecutivo, lo cual puede lograrse, por ejemplo, mediante la aprobación del acuerdo por un órgano jurisdiccional o su certificación por un notario público;
- Garantiza que:
 - Se respete la confidencialidad en el proceso de mediación. Dispone que no se puede obligar al mediador a prestar declaración ante un tribunal sobre lo ocurrido durante el proceso de mediación durante un conflicto futuro entre las mismas partes;
 - las partes no pierdan la posibilidad de acudir a juicio como consecuencia del tiempo dedicado a la mediación, ya que los plazos para interponer una acción judicial quedan suspendidos durante el proceso de mediación.

2.4.1. Alemania

Según el Código de Procedimiento Civil de Alemania (*Zivilprozessordnung*) – modificado por la ley de mediación (*Mediationsgesetz*) en los artículos que a continuación se citan–, indica que el tribunal antes de emitir sentencia (en los procedimientos en primera instancia, ante los tribunales de distrito), podrá remitir a las partes a cualquier método de resolución de conflictos, como por ejemplo a conciliación o mediación (*Zivilprozessordnung*, § 278, párr. 5).

El § 278. a, sobre mediación extrajudicial, manifiesta que: 1) el tribunal podrá proponer a las partes acudir a mediación u otros métodos de resolución alternativa de conflictos; 2) las partes pueden decidir sobre la aplicación de una mediación u otro método de resolución extrajudicial de conflictos, caso en el cual se suspende el proceso para tratar de intentar llegar a un acuerdo.

La ley sobre el asesoramiento jurídico (*Rechtsberatungsgesetz*) reconoce a los abogados el monopolio en materia de prestación de servicios jurídicos; por ello, se llegó a la conclusión de que las ADR tienen este carácter y pertenecen en exclusividad a aquél colectivo, es decir, el abogado es el llamado a ser mediador.

En Alemania existe la mediación judicial (en los órdenes jurisdiccionales civil, administrativo, social, fiscal y laboral), realizada por jueces distintos a los que llevan el proceso judicial (los cuales, hasta el 2012, eran llamados mediadores de la Corte —§9 de la ley de mediación—) y la extrajudicial, a la cual acuden los interesados de manera voluntaria.

Alemania aprobó el 21 de julio de 2012 la ley de promoción de la mediación y otros métodos de resolución alternativa de conflictos (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*), siendo una ley sencilla. Cuenta con 10 artículos, entre los cuales el artículo 1 está dedicado a la mediación extrajudicial, contemplando: la definición de mediación (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, § 1), la función del mediador (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, § 2), inhabilidades del mediador (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, § 3), confidencialidad (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, § 4), indicando al respecto que el mediador y los intervinientes deben tener confidencialidad de la información manejada en el procedimiento, excepto cuando la ley disponga otra cosa, o por orden público.

Para ser mediador se requiere estar certificado, es decir, cumplir con los requisitos exigidos en la ley para actuar como tal, para ello debe tener una formación específica y continuada. La formación del mediador debe contener conocimientos teóricos y prácticos para que pueda dirigir de una manera eficiente la mediación. Una formación adecuada debe contener: 1) conocimiento de los principios de la mediación, fases de la mediación, procedimiento; 2) negociación y técnicas de comunicación; 3) conflicto y alternativas de resolución de conflictos; 4) conocimiento de la ley de mediación y campos de aplicación de la mediación; 5) ejercicios prácticos, juegos de roles y supervisión (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, § 5). El Ministerio de Justicia reglamentará²³ la formación de los mediadores (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, § 6).

²³ El proyecto de reglamento, indica que la formación para convertirse en un mediador certificado debe estar basada en teoría y práctica, con un número mínimo de horas de 120, las cuales se dictarán en varios módulos.

El proyecto de reglamento de la ley de mediación no habla de registro de mediadores o inscripción de mediadores, ni órganos de vigilancia, sanciones por infracciones, ni desarrolla procedimiento de mediación en sí, solo determina el *pensum* que debe de tener la formación del mediador.

Otra particularidad de la *Mediationsgesetz* es su artículo 7: los Estados Federales pueden determinar incentivos, rebajando las tasas judiciales para las personas que hayan intentado una mediación o hayan utilizado cualquier otra ADR.

En principio, los acuerdos alcanzados en la mediación pueden ejecutarse con la ayuda de un abogado o de un notario (*Zivilprozessordnung*, art. 796, letras a-c, y art. 794, apartado 1, número 5).

2.4.2. Austria

En 2003 se aprobó la ley sobre mediación en asuntos jurídicos civiles (*Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz –ZivMediatG)*), que modifica la ley de matrimonio y el ordenamiento procesal civil, entre otras. Define dicha ley la mediación centrándose en la voluntariedad de las partes y en la intervención del mediador *ZivMediatG*, § 1, # 1), que ha de estar formado técnicamente y actuar desde la neutralidad; éste, empleando métodos reconocidos, provoca la comunicación entre las partes con el objetivo de que éstas logren una solución al conflicto de la que se responsabilicen (para la solución de estos conflictos son competentes, en su caso, los tribunales civiles ordinarios).

Para ser mediador se requiere: a) estar inscrito en la lista de mediadores (*ZivMediatG*, § 13, literal b) tener titulación universitaria; c) seguro de responsabilidad civil (*ZivMediatG*, § 19, #1, literal d) ser una persona honorable, responsable y estar técnicamente cualificado. Este último requisito exige estar familiarizado con las bases jurídicas y psico-sociales de este procedimiento y una formación específica de mediación.

La formación a los mediadores debe contar con una intensidad de 200 a 300 horas teóricas y de 100 a 200 horas de práctica (*ZivMediatG*, § 29), formación que se llevará a cabo en centros, instituciones, o Universidades que se encuentren autorizadas por el Ministro de Justicia para otorgar los cursos en mediación en asuntos jurídico-civiles.

El mediador está obligado a mantener el secreto sobre toda la actuación del procedimiento de mediación; lo creado en una mediación o documentos entregados en la misma son confidenciales. Lo mismo se aplica (*ZivMediatG*, § 18), al personal de apoyo en la mediación y a las personas que trabajan en la formación práctica de los mediadores.

Acudir a mediación es voluntario para las partes, excepto en los casos de conflicto con los vecinos, conflictos en los cuales es obligatoria la mediación u otro tipo de modalidad alternativa de solución de conflictos en una fase previa al juicio.

2.4.3. España

Ripoll-Millet (2001) manifiesta que lo que inicia la mediación familiar en España, es la Ley 30 de 1981, Ley de divorcio, que modificó la regulación del matrimonio civil en el Código Civil, y la causa de nulidad, separación y divorcio; lo cual lo hizo a través del convenio regulador, en el cual se pactan por las partes los efectos de estas; convenio que debe ser aprobado por el juez, salvo que sea en contra de los hijos o perjudicial para los cónyuges.

Por su parte, Marín López (2008, pp.13-15) anota la importancia de la Ley 15 de 2005, por la cual se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la cual contiene hasta cinco alusiones a la mediación familiar, repartidas entre su preámbulo y articulado y consolida normativamente la mediación por primera vez a nivel estatal:

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.

Al analizar las leyes autonómicas de mediación familiar, encontramos que casi todas están fundamentadas en: a) los mismos antecedentes legislativos²⁴, b) operan los principios de voluntariedad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, carácter personalísimo, confidencialidad, secreto profesional, y buena fe; c) para ser mediador se requiere ostentar

²⁴ En los antecedentes legislativos se encuentran:

- Las Recomendaciones del Consejo de Europa:
 - a. Recomendación 12 de 1986: insta a los jueces a la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes, independientemente de la fase del proceso de ruptura en que se encuentren;
 - b. Recomendación 1 de 1998, sobre mediación familiar: insta a los gobiernos de los Estados miembros a instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente;
- El Libro Verde; - Los Estatutos de Autonomía; los artículos 39 de la Constitución y 770 del Código Civil.

título profesional (en algunas comunidades, titulaciones específicas, en otras, cualquier titulación profesional); d) el ámbito territorial de aplicación es la Comunidad Autónoma; e) los asuntos susceptibles de mediar son los conflictos intrafamiliares, en especial los que tienen que ver con las consecuencias de una separación o divorcio.

Podríamos unificar el concepto de mediación familiar existente en las leyes promulgadas así: la mediación familiar consiste en un método de resolución de conflictos al que se acude por iniciativa propia de las partes o por indicación de una autoridad judicial. Se caracteriza por la intervención de una tercera persona (singular o plural) imparcial y experta, denominada mediador familiar, quien informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, para que por ellos mismos se trate de llegar a un acuerdo satisfactorio, duradero y estable, evitando procesos judiciales o precluyendo los existentes.

El 6 de julio del año 2012 España promulgó la Ley 5, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la que el gobierno español traspuso las indicaciones de la Directiva del Consejo Europeo 52 de 2008. El ámbito de aplicación objetiva versa sobre mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta ley la mediación: a) penal; b) con las Administraciones públicas; c) laboral; d) en materia de consumo (Ley 5, 2012, art. 2). Sobre comentarios y análisis de la Ley 5 de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles se puede consultar a: Martí (2013), Soletto (2012), Lara (2013) y González (2012).

Con la recepción de solicitud de mediación ante al mediador o el centro de mediación, se suspende la prescripción o la caducidad de las acciones, pero sí en quince (15) días siguientes a la recepción no se firma el acta de sesión constitutiva, se reanudan los términos, (Ley 5, 2012, art. 4).

Acudir a la mediación es voluntario (Ley 5, 2012, art. 6); otros principios que se deben desarrollar en la medición son la imparcialidad, igualdad entre las partes (Ley 5, 2012, art 7) y neutralidad (Ley 5, 2012, art. 8).

El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido

por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación allegada a este en un posterior proceso judicial o arbitral, excepto cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad, o cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico (Ley 5, 2012, art. 9).

Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos que intervenga (Ley 5, 2012, arts. 11 y 14). Sobre la responsabilidad del mediador se puede consultar a Valero & Cobas Cobiella (2012).

El término de duración de la mediación (Ley 5, 2012, art. 20), lo disponen las partes y el mediador, pero, tratando de lo posible de que sea lo más breve posible.

La mediación se inicia con una sesión informativa, donde se les explica a las partes en que consiste la mediación y su alcance, las partes deciden allí si continúa o no con el proceso (Ley 5, 2012, art. 17); si las partes deciden continuar, se programa sesión constitutiva donde se deja constancia de partes, nombre de mediador, tiempo de la mediación y de las sesiones, objeto de la mediación, costo de la mediación, lugar de desarrollo de las sesiones; de esta, se eleva acta, (Ley 5, 2012, art. 19).

Si las partes logran acuerdo, se levanta acta donde consten claramente los acuerdos, dicha acta es vinculante para las partes, pero si requieren que presta mérito ejecutivo, deben elevarla a escritura pública (Ley 5, 2012, arts. 23 y 25). El tribunal encargado de ejecutar un acuerdo de mediación es el juzgado de primera instancia (Ley 5, 2012, art. 26).

El art, 24 es interesante en la medida que avala la mediación por medio electrónicos así:

1.Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.

2.La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

2.4.3.1. Mediación en el ámbito penal juvenil. En España, la mediación en el ámbito del derecho penal juvenil la encontramos en la Ley Orgánica 5 de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reglamentada por el Real Decreto 1774 de 2004. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5 de 2000 (apartado 13), encontramos que el fundamento de la misma es reparar el daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima, pudiendo dar lugar al sobreseimiento del expediente por la mediación lograda entre las partes, siendo este un mecanismo resocializador. El motor de funcionamiento de este mecanismo es la conciliación, teniendo por objeto que la víctima o perjudicado reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. El compromiso del menor infractor contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, se puede satisfacer mediante trabajos en beneficio de la comunidad o mediante acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

Sanz (2010), indica que este mecanismo es una impartición de justicia más rápida, eficaz e informal, a la vez que se está socializando y humanizando a un menor infractor. Por su parte, Sancha (2001) considera la medida de reparación del daño como una clara voluntad de evitar que la menor sufra las consecuencias, a menudo irreparables, de la pena privativa de libertad.

Las primeras experiencias en materia de mediación en el ámbito de justicia de menores en España se sitúan en Cataluña, en mayo de 1990, con el programa de mediación y reparación en el ámbito de justicia de menores, el cual se inició bajo el marco normativo de la Ley de

Tribunales Tutelares de Menores de 1948, al amparo de la Recomendación 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, en consenso entre los jueces de menores y el equipo de mediación. (Ferreirós, et al., 2008, p. 171).

Características especiales de la mediación penal con menores, según López (2010) son:

a) Una de las partes siempre es un menor (la otra no tiene porqué serlo); b) al menos se ha iniciado un expediente judicial contra un menor —puede que también contra la otra parte sea o no mayor—; c) desde el juzgado el conflicto es considerado o calificado provisionalmente como una infracción penal; d) el posible acuerdo, además de producir efectos entre las partes, produce eficacia en el procedimiento del juzgado de menores (pp. 263-264).

Las partes en la mediación penal de menores son: el menor infractor, la víctima o perjudicado, representantes legales del menor, el mediador.

El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. El desistimiento no es posible si el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza (LO 5, 2000, art. 18).

El art. 18 de la Ley Orgánica 5 de 2000 regula una modalidad de desistimiento del Fiscal por corrección en el ámbito educativo y familiar que se acuerda por decreto motivado y determina el archivo de diligencias preliminares; en este caso se puede aplicar a los delitos definidos en los arts. 13. 2º y 33. 3º del Código Penal.

Los arts. 13 y 51. 3º de la Ley Orgánica 5 de 2000 permiten que la conciliación del menor con la víctima pueda dejar sin efecto, reducirla o sustituir la medida impuesta, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

La mediación penal con menores es una gran herramienta socializadora y educadora, pues el menor que comete infracciones calificadas con penas menos graves, lo hace movido por múltiples factores, como por ejemplo: los estados alterados que le produce la adolescencia, no entender el sistema en el que vive, rebeldía, el prototipo de los adultos de su entorno, falta de coherencia en los adultos, etc., siendo necesario darle una alternativa eficiente, como el espacio que brinda la mediación, para que entienda y comprenda los resultados de su acción en su vida y en la del otro (la víctima o perjudicado). Una vez el menor escuche, justifique ante el otro qué lo movió a realizar ese acto infractor, tome conciencia del daño causado, se

compromete a: a) restablecer la paz en él y en el otro; b) cumplir las medidas o acuerdo al que llegó voluntariamente con la víctima o perjudicado.

La mediación penal es una forma de aplicación de Justicia Restaurativa, por ello recordamos que la filosofía restitutiva implica un nuevo modo de pensar la justicia penal, desde la que se otorga la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño que se pudiera haber causado. Para alcanzar la misma, el medio más adecuado es la mediación, (Barona 2011, p. 135).

Para profundizar más en el tema de mediación penal juvenil, se puede consultar: Cruz Márquez (2005), Curbelo Hernández (2008), Montero Hernanz (2011), García Pérez (2011), Belloso Martín (2010) y, del Moral García (2010).

2.4.3.2. La mediación en el ámbito laboral. La regulación de la mediación como forma para resolver los conflictos laborales se encuentra en la normatividad laboral española en el art. 89.4 del Estatuto de los trabajadores (ET) que prevé la mediación dentro de la tramitación de convenios colectivos.

El art. 91.2 del ET establece que los convenios, los acuerdos interprofesionales regulados en el art. 83.2 del ET y los acuerdos sobre materias concretas del art. 83.3 del ET pueden establecer procedimientos como la mediación y el arbitraje para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. El párrafo segundo del art. 91 del ET posibilita expresamente la sumisión a mediación de los conflictos colectivos jurídicos (esto es, los derivados de la aplicación e interpretación de los convenios). Dichos mecanismos pueden extenderse por la autonomía colectiva a los conflictos colectivos económicos o de intereses.

Téngase también en cuenta que el art. 91.5 del ET extiende los procedimientos de mediación y arbitraje para solucionar las controversias individuales, siempre y cuando las partes se sometan expresamente a ellos; posibilidad que no parece que tenga relevancia práctica, dada la masiva preferencia de las partes de dichos conflictos individuales por las soluciones jurisdiccionales.

La mediación y conciliación en el ejercicio de las potestades administrativas podemos encontrarla expresamente en:

- La Ley 3 de 1998, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, que inserta expresamente la mediación en los procedimientos de gestión y revisión (arts. 19 y 20);
- Ley 7 de 2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 45);
- Decreto 202 del 2000, por el cual se regula el Reglamento del Jurado de Expropiación de Cataluña y que prevé la conciliación voluntaria entre la Administración expropiante y el propietario expropiado en relación con la determinación del justiprecio expropiado (Decreto 202, 2000, art. 10).

Sobre mediación laboral se puede consultar a: Santor Salcedo (2006), Martínez Pecino (2009), Lantarón Barquín (2011), Rodríguez (2009).

2.4.3.3. Mediación en el ámbito tributario. No existe en el derecho tributario español una autorización genérica para la utilización de los métodos autocompositivos. Aunque los arts. 88 y 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) son aplicados de forma subsidiaria al ámbito tributario, el carácter pragmático de estos preceptos impide su consideración con normas de habilitación de los acuerdos. A cambio de esto, si se encuentran en el ordenamiento tributario español autorizaciones concretas de la forma negocial, aunque en ningún caso se ha previsto la incorporación de un mediador o un conciliador. González-Cuellar Serrano (2010, pp. 206-2011).

En materia tributaria, lo que se admite es la participación del ciudadano en la determinación de cualquier elemento de la obligación tributaria si existe incertidumbre, de conformidad con el art. 155 de la Ley General Tributaria.

Aunque las actas de acuerdo, la reducción de sanciones, las consultas vinculantes, y/o los acuerdos previos de valoración, constituyen paliativos importantes, continúa existiendo un nivel elevado de desacuerdos con la Administración Tributaria, que tal vez podrían disminuir y mejorar si se admiten otro tipo de mecanismos alternativos al litigio, no con carácter general sino más bien vinculados a situaciones concretas y bien determinadas. Velarde Aramayo (2006).

Sobre negociaciones en la parte tributaria en España, se encuentran las siguientes normativas, entre otras: Real Decreto Legislativo 4 de 2004, art. 16.7; Real Decreto 1777 de 2004, art. 39; Art. 31 Real Decreto 1777 de 2004; Art. 155 Ley 58 de 2003, art. 31; Real Decreto 939 de 2005, art. 97.3.

2.4.4. Francia

El punto de partida de la mediación en Francia se encuentra en la figura del *Ombudsman* como intermediario entre los particulares y los organismos oficiales. Se inicia, por tanto, en el derecho público, extendiéndose posteriormente al derecho privado. La mediación se institucionaliza en el derecho civil en el año 1990.

A través de la Ordenanza 1540 de 2011, Francia dio cumplimiento a la Directiva 52 de 2008 de la CE, ordenanza que modifica varias leyes. En ella encontramos en su art. 1 (Ordenanza 1540, 2011) las disposiciones generales, de las que resaltamos que la mediación es voluntaria y prima en ella el principio de la confidencialidad, a menos que las partes pacten otra cosa. Lo ocurrido en la mediación no puede ser divulgado por las partes o el mediador en un posterior proceso judicial o arbitral, excepto por razones de orden público, protección de menores o integridad física y psicológica de la persona.

El mediador puede ser elegido por las partes extrajudicialmente o designado por el juez dentro de un proceso judicial, caso en el cual el juez remite a mediación. Los acuerdos logrados en mediación tienen la fuerza de un título de ejecución, artículo 5 de la Ordenanza.

A su vez, Francia incorporó un libro en el Código de Procedimiento Civil, (según el Decreto 66 de 2012 relativo a la resolución alternativa de conflictos), en el cual estipula que las partes de forma voluntaria pueden tratar de resolver sus diferencias en civil, comercial, social y rural a través de la mediación o conciliación.

Para ser mediador se requiere no tener antecedentes penales, no poseer inhabilidades para actuar como tal, tener experiencia y formación especializada (Código de Procedimiento Civil, art. 1533). Adicionalmente, si se es mediador judicial, se requiere una formación de 540 horas; para ser conciliador de justicia, se requieren otros requisitos.

2.4.5. Italia

En Italia existen la conciliación y la mediación como formas de resolver conflictos. La conciliación puede ser judicial y extrajudicial.

La conciliación extrajudicial está prevista por leyes especiales:

- Ley 108 de 1990, que prevé la conciliación extrajudicial en conflictos de derecho del trabajo (sindical o administrativo) como condición para entablar una acción judicial en asuntos que entrañan despido;
- Ley 580 de 1993, modificada por el Decreto Legislativo 23 de 2010, reforma de las cámaras de comercio, industria, artesanado y agricultura: dentro de sus funciones está la de fomentar la conciliación;
- Ley 192 de 1998, en materia de conciliación y arbitraje en conflictos de subcontratación de actividades productivas, siendo necesario intentar conciliar ante la Cámara de Comercio del domicilio del subcontratista (Ley 192, 1998, art. 10).

Las formas de conciliación judicial se establecen en:

- Art. 185 del Código de Procedimiento Civil (CPC) italiano (*Codice di procedura civile*): prevé un intento opcional de conciliación que puede renovarse en el transcurso del procedimiento judicial (puede intentarlo el juez en la primera comparecencia de las partes, cuando la naturaleza del asunto lo permita). Al intentar conciliar a las partes, el juez no debe en modo alguno condicionar la voluntad de estas, ni adelantar su propia opinión, sino simplemente plantear la posibilidad de llegar a un acuerdo sin desempeñar un papel activo (para salvaguardar su propia posición como tercero imparcial). Si se alcanza la transacción, las partes firman un acta de conciliación ante el juez. Esta acta constituye un título ejecutivo y determina el archivo del asunto;
- El Libro II, Título I, del CPC consagra las normas en materia de trabajo; sus arts. 410-412, 420, 646 y ss. establecen que el juez de conocimiento puede siempre intentar la conciliación entre las partes en el transcurso del proceso;
- Art. 708 del CPC: en casos de separación legal de cónyuges, se requiere que el presidente del tribunal intente la conciliación entre las partes.
- La mediación en asuntos civiles y mercantiles ha sido regulada por el Decreto Legislativo 28 de 2010.
- El art. 12 del mencionado decreto confiere eficacia de título ejecutivo al acuerdo alcanzado, el cual debe ser homologado por el presidente del tribunal de la jurisdicción de la institución en la que se efectuó la mediación.
- Se otorgan ventajas fiscales a las partes que acudan y logren acuerdos; éstos están exentos de impuestos y tasas de cualquier tipo. Respecto al impuesto de registro, si

supera el valor de 50.000 euros, el acuerdo quedará sujeto al pago de impuesto por la parte excedente (Decreto Legislativo 28, 2010, arts. 17 a 20).

Sobre el deber de confidencialidad, indica la ley que cualquier persona que preste sus servicios en el procedimiento de mediación está obligada a guardar confidencialidad en relación con las declaraciones y la información adquirida durante las sesiones (Decreto Legislativo 28, 2010, art. 9).

El art. 10 del Decreto Legislativo 28 del 2010, por su parte, manifiesta que las declaraciones y la información adquirida durante el procedimiento de mediación no pueden ser utilizadas total o parcialmente en futuros procesos si fracasa la mediación, al igual que no podrán usarse en testimonio o juramento. De la misma manera, el mediador no puede ser obligado a declarar sobre el contenido de las declaraciones y de la información adquirida en el procedimiento de mediación, ya sea ante un tribunal o ante otras autoridades, aplicándose los arts. 103 y 200 del Código de Procedimiento Penal.

Decreto Ministerial 180 de 2010 relativo al establecimiento de criterios y procedimientos para la inscripción y el mantenimiento del registro de los organismos de mediación, la lista de formadores, y sobre la aprobación de las indemnizaciones pagadas a las agencias, de conformidad con el artículo 16 del Decreto Ley 28 de 2010. En dicho decreto se establecen los requisitos para ser mediador:

- a. Gozar de un grado no más bajo que el título universitario de tres años o, en su defecto, deben estar inscritos en un colegio profesional;
- b. Formación específica que debe ser actualizada por lo menos cada dos años;
- c. Condiciones de integridad: el mediador no debe haber sido condenado por delitos dolosos o, a penas de prisión; no haber incurrido en prohibición perpetua o temporal para ejercer cargos públicos; no haber sido objeto de medidas preventivas o de seguridad; no debe haber tenido sanciones disciplinarias diferentes de las advertencias;
- d. La documentación apropiada para probar las habilidades lingüísticas necesarias, para los mediadores que deseen inscribirse en las listas mencionadas en el artículo 3, apartado 3, parte i) de la sección B y de la Parte II) Sección B.

La *sentenza costituzionale* 272 del 24 de octubre de 2012, publicada el 6 de diciembre de 2012, declara la inconstitucionalidad del artículo 5, apartado 1, del Decreto Legislativo 28 de 2010, por lo tanto, ya no es obligatorio acudir a mediación antes de un proceso judicial,

restableciendo la mediación voluntaria. La Corte Constitucional llegó a esta conclusión por considerar que el art. 5.1 trasgredía los arts. 3 y 24 de la Constitución, pues si se limita la mediación a ciertos asuntos, esto daría lugar a una diferencia no justificada por elecciones razonables de política legislativa. Además, los costes de la mediación introducen una disparidad de tratamiento socioeconómico; el término de cuatro meses para concluir el proceso de mediación excede el umbral de tolerabilidad.

El Ministerio de Justicia emitió el 10 de enero de 2013 El Libro Verde para la preparación de manuales de calidad de los organismos de mediación, con el cual se pretende mejorar la calidad de mediadores, capacitadores y entidades prestadoras de servicios de formación y del procedimiento de mediación.

Sobre mediación familiar en Italia se puede consultar a: Ferrante (2005), Domínguez Ruiz (2012). Y en mediación en civil y mercantil a: Ortiz (2010), Pilia & Mancaloni (2012).

2.4.6. Portugal

El nuevo Código de procedimiento civil de Portugal exhorta al juez a realizar audiencia de conciliación, en aras de verificar si las partes pueden lograr un acuerdo, lo cual se encuentra plasmado en los artículos 385, 591, 594, 604, 879, 931, 991.

Por su parte, el art. 273 del código enunciado, indica que el Juez en cualquier estado del proceso, puede derivar a mediación a las partes, o éstas pueden solicitar suspensión del juicio para intentar resolver el conflicto a través de la resolución del conflicto.

La resolución Alternativa de Conflictos en Portugal es liderada por el Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de Política de Justicia (DGPIJ). La mediación se encuentra dirigida a través del sistema público de mediación dividido en: Sistema de Mediación Familiar (SMF), Sistema de Mediación Penal (SMP) y Sistema de Mediación Laboral (SML).

El SMF está regulado por la Orden 18 778 de 2007. Los conflictos que se pueden resolver son: a) ajuste, alteración y omisión de la responsabilidad parental; b) divorcio y separación de personas y bienes; c) separación de personas y bienes en el divorcio; d) reconciliación de los cónyuges separados; e) asignación y modificación de los alimentos, provisionales o definitivos; f) privación del derecho a utilizar el apellido del otro cónyuge; g) la autorización para utilizar el apellido de un ex cónyuge o el uso de vivienda familiar (Orden 18 778, 2007, art. 2).

Lo ocurrido durante el procedimiento de mediación es confidencial y el mediador familiar no puede ser llamado como testigo, perito o representante de procedimientos subsiguientes a la mediación familiar (Orden 18 778, 2007, art. 7).

Para ser mediador familiar se requiere: a) ser mayor de 25 años; b) estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos; c) tener la licencia apropiada; d) acreditar formación de mediación familiar, reconocida por el Ministerio de Justicia; e) ser persona competente; f) tener conocimiento del portugués; g) inscribirse en la lista de mediadores familiares que lleva el Gabinete de Resolución de Conflictos de la DGPJ (Orden 18 778, 2007, art. art. 8). La formación para los mediadores se encuentra reglamentada a través del Decreto 56 de 2010 del Presidente de la República.

El SMP está regulado en la Ley 21 de 2007. La mediación en penal procede en los siguientes casos: 1) cuando el conocimiento de un delito proceda de la denuncia o acusación particular; 2) en delitos contra las personas o la propiedad, independientemente de la naturaleza del delito; 3) en los casos en que la víctima no tiene discernimiento para comprender el alcance y el significado del derecho de denuncia o murió sin haber renunciado a la reclamación, la mediación puede tener lugar con intervención del denunciante en lugar de ofendido. Sobre el sistema de mediación penal en Portugal, se puede consultar a: Marques Cebola (2011).

La mediación en el proceso penal no puede tener lugar en los siguientes casos: a) el tipo de delitos que contempla pena de prisión de más 5 años; b) en los procedimientos por delitos contra la libertad o la autodeterminación sexual; c) en el procedimiento por un delito de malversación de fondos, corrupción o tráfico de influencias; d) cuando la víctima es menor de 16 años; e) si se trata de un delito conocido en un proceso acelerado (Ley 21, 2007 art. 2).

Se puede acudir a mediación penal por: a) ser remitido a mediación por los fiscales en cualquier momento del proceso; b) si la víctima o el acusado requieren la mediación (Ley 21, 2007, art. 3).

El contenido de las sesiones de mediación penal (Ley 21, 2007, art. 4), es confidencial y no puede ser valorado como prueba en proceso ante el tribunal.

La Ley 29 de 2013, establece los principios generales aplicables a la mediación llevada a cabo en Portugal, así como el régimen jurídico de la mediación civil y mercantil, entre otros. Dicha ley traspone la directiva 52 de 2008 del CE, así:

- a. El principio de confidencialidad (Ley 29, 2013, art. 5), abarca todo lo ocurrido en las sesiones de mediación, no pudiendo ser tratado nada de lo concernido en mediación en un proceso judicial o arbitral;
- b. La (Ley 29, 2013, art. 9) determina el principio de ejecución, manifestando que los acuerdos logrados en mediación son ejecutables por sí solos sin la necesidad de recurrir al tribunal para su homologación si: i) no determina que sea necesario homologarlo; ii) cuando las partes tienen capacidad para actuar; iii) no vulnera el orden público; iv) el mediador de conflictos que actuó en el procedimiento de mediación está inscrito en las listas de mediadores del Ministerio de Justicia;
- c. Pese a lo contemplado en el artículo antes citado, si las partes lo deciden pueden homologar el acuerdo preferiblemente a través de medios electrónicos ante el tribunal competente, el cual verificará el contenido del acuerdo respecto a: i) que la controversia sea objeto de mediación; ii) capacidad de las partes; iii) si se respetan los principios generales del derecho; iv) si no constituye un abuso del derecho y su contenido no viola el orden público (Ley 29, 2013, art. 14.3°);
- d. La solicitud de homologación tiene carácter de urgente, decidiéndose sin distribución (Ley 29, 2013, art. 14. 4°). Si la homologación se deniega las partes tienen diez (10) días para presentar un nuevo acuerdo (Ley 29, 2013, art. 14. 5°).

El art. 18.1° que establece que las partes pueden estar personalmente o representadas en la mediación, lo que puede entenderse como vulneración al principio de carácter personalísimo que debe acompañar la voluntariedad de las personas en conflicto.

Sin embargo, el artículo anterior se contradice con el art. 36, que afirma que la presencia de las partes es obligatoria en la mediación realizada en el sistema público de mediación.

Como conclusión de este capítulo:

- La figura de la conciliación y la mediación se conocen y utilizan a nivel mundial;
- Es más común el término de mediación para resolver los conflictos extrajudiciales y el de conciliación cuando es el juez es quien aviene a las partes a resolver el conflicto, dentro del proceso judicial, generalmente, en la primera audiencia del proceso o antes de que se dicte sentencia de primera instancia;
- El conciliador o mediador es un tercero neutral, imparcial que, una vez designado por las partes de mutuo acuerdo o por una institución de mediación o de conciliación, ayuda a las

partes a resolver el conflicto; este tercero es un profesional que ha recibido capacitación en mediación o conciliación, y que sabe técnicas de negociación;

- El acuerdo a que lleguen las partes es vinculante para éstas, por lo general presta mérito ejecutivo y en algunos Estados hace tránsito a cosa juzgada.

CAPÍTULO III

TÉCNICAS DE CONCILIACIÓN

3. Técnicas de conciliación

Las técnicas para desarrollar el procedimiento o las sesiones de conciliación son varias y cada día se crean y configuran más, volviéndose mixtas o eclécticas.

Estas técnicas parten de las técnicas o manejo de la negociación, siendo la más conocida el modelo de Harvard. Luego aparecen modelos propios de la mediación como el transformativo y el circular narrativo.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que existen conciliadores con habilidades innatas en su práctica profesional que poseen estilos propios y formas autóctonas para abordar con efectividad a las partes inmersas en un conflicto.

3.1. Modelo tradicional-lineal de Harvard

La escuela de Harvard, a través de su programa de negociación, es la institución que más ha contribuido a la teoría de la negociación. Los fundamentos del método aparecen en el libro *Sí, de acuerdo*, de Fisher & Ury (1989).

El fin de la utilización del modelo o técnica de negociación o de conciliación es poder llegar a un acuerdo sensato, definido por Fisher *et al.*, (1993) como: “aquel que satisface los intereses legítimos de ambas partes dentro de lo posible, que resuelve los conflictos de intereses con equidad, que es durable, y que tiene en cuenta los intereses de la comunidad” (p. 4).

El modelo de negociación de Harvard consiste en una técnica de negociación asistida por terceros, en donde el conflicto debe abordarse desde los principios, intereses y necesidades de las dos partes que se encuentran en discordia y que pretenden la realización de su derecho.

La negociación basada en principios se desarrolla cuando los participantes se implican en la solución del problema, tratando de lograr un resultado sensato en forma eficiente y amistosa, separándose las personas del problema, abordando fuerte al problema y siendo suaves con los implicados, prima la confianza; se visualizan, tratan y exploran los intereses; no se

abordan las posiciones, pues estas separan a las partes para poder llegar a acuerdos; se incentiva la creatividad dando muchas soluciones; se evita decir: “esta es mi última postura”, porque genera cierre de la comunicación; se actúa y se habla sobre criterios objetivos; se debe ceder a los principios, no a las pretensiones.

Respecto al método utilizado en esta negociación, aborda cuatro (4) etapas a saber, planteadas por Fisher & Ury (1989, pp. 19-94):

1. Separe las personas del problema

Se debe partir de la base que los negociadores son seres humanos, personas que tienen toda clase de sentimientos, emociones, problemas, frustraciones, traumas, amenazas, etc., por lo tanto, se debe fortalecer la confianza, la amistad y el respeto para llegar a acuerdos.

Todo negociador tiene dos tipos de intereses: en la sustancia y en la relación. El negociador no debe olvidar que, tal vez esté siendo contratado por una de las partes, pero eso no lo puede hacer olvidar que debe lograr un mejor acuerdo para todos.

El negociador debe enfrentarse directamente al problema, para lo cual debe tener una percepción de cada parte, de su estado de ánimo, de sus emociones, ponerse en lugar del otro, deduciendo sus intenciones con base en sus temores, debe ser empático, no culpar a las partes por el problema, comentar las mutuas percepciones, darles participación en el proceso a las partes, hacer que las propuestas compaginen con sus valores.

El negociador, debe tener en cuenta el control de:

- Emoción: el negociador debe reconocer y comprender sus emociones y las de los otros, procura que se hagan explícitas y las reconoce como legítimas, permite que la otra parte se desahogue, no reacciona ante un estallido emocional y usa gestos simbólicos que generan empatía;
- Comunicación: este proceso conlleva aplicar buenas prácticas de comunicación, es escuchar atentamente y reconocer lo que las partes dicen, hacerse entender en lo que se expresa, hablar sobre él mismo, no sobre ellos (partes implícitas en el conflicto), hablar con propósito;
- Prevenir los conflictos: ahora, lo mejor es que no haya conflictos, por eso también es importante prevenir los conflictos poniéndose siempre en el lugar del otro y estableciendo buenas relaciones.

2. Concentrarse en los intereses, no en las posiciones

Consiste en indagar cuáles son los intereses que tienen las personas cuando están inmiscuidas en un conflicto, pues siempre se encuentran intereses compartidos, para ello, la técnica es preguntar ¿Por qué? o ¿Por qué no? Verificando por tanto que cada parte tiene múltiples intereses, teniendo siempre en cuenta que los intereses más poderosos son las necesidades humanas básicas: seguridad, bienestar económico, un sentido de pertenencia, reconocimiento y control sobre la propia vida. Fisher & Ury (1989, p.57)

Realizar una lista de los intereses para tenerlos en cuenta, discusión sobre los intereses, expresar los objetivos debe ser de forma concreta, pero viva, tal vez con fechas, horas, nombres, etc.; reconocer que los intereses de los otros son parte del problema; se debe controlar el tono de voz, para que el interés no sea escuchado como una imposición; se debe mirar hacia adelante, no hacia atrás; ser concreto y flexible; hay que dar muchas alternativas de solución y siempre pensar que la otra parte podría estar de acuerdo con usted/con él otro; siempre con una mente abierta; duro con el problema y suave con las personas.

3. Inventar opciones de mutuo beneficio

Fisher & Ury (1989) invitan a hacer un diagnóstico que debe incluir 4 etapas: i) juicios prematuros: consiste en hacerse preguntas fácticas acerca de qué necesita o le importa al otro, inventado a la vez soluciones imaginativas; ii) La búsqueda de una única respuesta: no se puede pensar que la solución es una sola respuesta, que lo es, pero para llegar a ella hay que explorar múltiples opciones, ir sopesándolas y llegar por fin a una solución justa y equilibradas para todas las partes; iii) el supuesto de un pastel de tamaño fijo: las negociaciones no pueden ser todo o nada, deben existir opciones para analizar y discutir; iv) La creencia de que la solución del problema de ellos es el problema de ellos: es fundamental encontrar empatía, ponerse en los zapatos del otro para poder darle solución conjunta a los problemas, si no se piensa en que la solución favorecerá el bienestar de todas las partes, nunca se llegará a una solución.

Ahora, para encontrar el remedio al problema, se necesita: i) separar el acto de inventar opciones, del acto de juzgarlas: debe darse espacio para recibir lluvia de ideas primero, luego se podrán analizar una a una, no importa que sean ideas un poco descabelladas o sin sentido, porque se depurarán después de tenerlas juntas, es más, pueden ser útiles para complementarse entre sí. Antes de la lluvia o tormenta de ideas, hay que: a) Definir el propósito; b) Seleccionar participantes, esto en caso de que las partes tengan más de dos personas, esto hace que el diálogo sea fluido y haya un representante por parte; c) modificar

el ambiente: lugar, hora, comodidad, espacio acogedor; d) diseñar un ambiente informal: buscar que todos estén cómodos, espacios aireados, tal vez pensar en sección de cafetería, refrigerios, etc.; e) seleccionar un facilitador: éste puede medir tiempos, ceder el uso de la palabra, hacer cumplir reglas acordadas en la reunión inicial, entre otros detalles propios de la reunión.

Durante la lluvia de ideas se debe pensar también en: a) acomodar a los participantes intercaladamente; b) aclarar reglas, incluyendo la regla que no se aceptan críticas; c) suministro de ideas; d) registrar las ideas de tal forma que todos las vean, para lo cual se puede usar un tablero o escribirlas y proyectarlas en un *video beam*, por ejemplo.

Después de la tormenta de ideas: a) señale las ideas más prometedoras; b) invente cómo mejorar las ideas prometedoras; c) reserve tiempo para evaluar las ideas y decidir.

Ampliar opciones: es más fácil encontrar una solución entre cien ideas que en una sola.

Multiplique las opciones yendo de lo específico a lo general y viceversa. El diagrama circular:

Paso 1 (En el mundo real): El problema: en este espacio se debe preguntar: ¿Qué sucede? ¿Cuáles son los síntomas actuales? ¿Cuáles son los hechos que disgustan, contrastados con la situación preferida? Segundo paso (en teoría): Análisis. Diagnostique el problema: Clasifique los síntomas; observe que falta, tome nota de las barreras para solucionar el problema. Paso III (qué se puede hacer): Enfoques. ¿Cuáles son las posibles estrategias o remedios? ¿Cuáles son algunos de los remedios teóricos? Genere ideas amplias sobre lo que podría hacerse. Paso IV: Ideas para la acción ¿Qué podría hacerse? ¿Qué pasos específicos pueden darse para solucionar el problema? Fisher & Ury (1989, p.79).

Otra manera de generar opciones múltiples es mirar a través de los ojos de un experto, en este sentido, puede el negociador mirar el problema desde varios puntos de vista, ejemplo: mirarlo desde la mirada de un educador, un médico, un psicólogo, un financiero, etc.

Invente acuerdos de diferente intensidad. Puede comenzar buscando acuerdos en el procedimiento de mediación, luego, puede continuar con lo sustancial y en este orden de ideas, puede llegar al acuerdo de lo más sencillo, para pasar al punto más álgido de la solución.

Cambiar el alcance del acuerdo propuesto, es decir, fraccionar la ejecución de este, hacer más proporcionado el acuerdo, beneficiando a todas las partes.

Buscar un beneficio mutuo: es mejor buscar ganancias conjuntas que perdidas y esto solo se logra con soluciones creativas.

Identificar los intereses comunes pues esto hace que las partes lleguen más fácil al acuerdo que les beneficiará a todos.

Complementar los intereses diferentes: puede ser que cada parte quiere algo diferente, pero que la solución sea que a través de la escucha cada uno obtenga su parte sin perjudicar al otro y las dos partes obtener lo que a cada uno le interesa. Por esto es importante hacer pensar en: ¿Existe alguna diferencia de intereses? ¿Creencias diferentes? ¿Diferentes valoraciones de tiempo? ¿Previsiones diferentes? ¿Diferencias en la aversión ante el riesgo?

Por lo anterior, hay que preguntarles a las partes que prefieren, para poder inventar varias opciones.

El negociador debe hacer que sea fácil para las partes: decidir. Es necesario coger en este estado un papel, un computador y comenzar a escribir el borrador del acuerdo. El acuerdo debe escribirse de manera legítima. Una vez escrito debe obtener un sí, uno que sea suficiente.

4. Insistir en que los criterios sean objetivos. Cuando se está negociando es importante no colocarse en la posición del otro, sino que a través de preguntas se abordan los intereses, por eso la escucha activa y tener criterios objetivos, por ejemplo, pedir explicaciones de por qué se llega a esa propuesta, bajo qué criterio se toma esa propuesta, si se pensó en tal condición, donde se estipula el valor, etc.

Para la negociación con criterios objetivos los autores recomiendan énfasis tres elementos: 1) Formule cada aspecto como una búsqueda común de criterios objetivos; 2) Sea razonable, y escuche razones, respecto a los criterios que puedan ser los más apropiados y respecto a la manera de aplicarlos; 3) Nunca ceda ante la presión, solo ante los principios. En resumen, concéntrese en criterios objetivos con firmeza, pero también con flexibilidad. (Fisher & Ury, 1989, p. 102).

5. ¿Qué pasa si ellos son más poderosos? Encuentre su Mejor alternativa a su acuerdo negociado (MAAN). El MAAN se encuentra realizando estas tres operaciones:

1) Inventar una lista de acciones que se podrían realizar en caso de no llegar a un acuerdo; 2) mejorar algunas de las ideas más prometedoras y convertirlas en alternativas prácticas; y 3) seleccionar, en forma tentativa, la mejor de estas alternativas. (Fisher & Ury, 1989, p.120).

Se debe tener en cuenta que las partes en una negociación tienen sus estrategias, por tanto, el otro también puede poseer un MAAN atractivo, por esto, si ambas partes tienen su mejor MAAN es posible que el mejor resultado sea no llegar a un acuerdo. En estos casos, casi que los MAAN se vuelven posturas por lo tanto si se desea una negociación exitosa se debe tratar de negociar en forma amigable y eficiente que lo mejor para los intereses de ambas es explorar otras posibilidades y cesar en el intento de llegar a un acuerdo.

6. ¿Qué pasa si ellos no entran en el juego? – Utilice el *jujitsu* de la negociación.

En este sentido, los autores indican que hay que “suponer que toda posición que ellos asuman es un intento sincero de tener en cuenta los intereses básicos de ambas partes” Fisher & Ury (1989, p.127). Igualmente, se aconseja no defender las propias ideas, sino pedir que lo critiquen y asesoren; convertir un ataque contra usted, en un ataque contra el problema, por esto hay que escucharlos, mostrarles que entiende lo que dicen y luego de que ellos terminen de exponer el ataque contra usted, llevarlo hacia el problema.

Preguntar y hacer pausa: es importante hacer preguntas en lugar de declaraciones, pues estas generan resistencia, las preguntas educan y un silencio es la mejor de las armas, pues puede entenderse como un empate que la otra parte se sienta tan incómoda que responde con otra pregunta o con una nueva sugerencia.

Si las posiciones basadas en principios han fracasado, se puede intentar, por último, llevar un preacuerdo escrito y comenzar a reconstruirlo conjuntamente, pero este proceso lo debe hacer el tercero mediador o negociador.

Para más información sobre el modelo de Harvard, puede consultarse también a: Luquin Bergareche (2007, pp.118-120), García García (2003, pp. 61-62) y Álvarez (2003, pp. 128-130).

3.2.Modelo transformativo

El libro: *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, de: Robert Baruch Bush y Joseph Folger (1996) aborda un método o técnica para manejar la mediación, partiendo de que se debe buscar una transformación de las personas en conflicto, para que ellas desarrollen durante el proceso mediado sus propias habilidades y se concienticen de que ellos pueden transformarse a través de buscar la solución del problema que poseen.

El modelo transformativo pretende empoderar a las partes; que éstas se reconozcan como seres sintientes y dolientes, que comprendan que les afecta la misma situación, sin importar si obtienen un acuerdo a través de la mediación o no.

El modelo desde el primer momento invita a la revalorización así:

- a. Revalorización por referencia a las metas. En este sentido, es importante preguntarles a las partes cuáles son sus metas (personales, no las del conflicto), así se les va llevando al campo de sus intereses para terminar, indicando que sus metas y sus intereses son muy importantes.
- b. Revalorización de las alternativas. Esta se logra haciéndole comprender a las partes que ellas pueden obtener sus metas y tener control de ella pero que, para obtenerlas, se deben tomar buenas decisiones, controlando por tanto la emocionalidad y siendo coherente con las metas.

Se debe hacer comprender a las partes que pasa si no continúan en un proceso mediado, que efectos jurídicos pueden tener si van a juicio y cómo puede afectar un fallo a la relación que de una forma u otra en ese momento se puede encontrar un poco deteriorada por la falta de resolución.

Acá, es fundamental que comprendan que lo que emana de cada uno como solución al conflicto es de ellos, no es externo, como pasaría con una decisión de un juez, que ellos conocen sus límites económicos, emocionales, laborales, familiares, mientras si se deja al externo al conflicto, no.

- c. Revalorización de las habilidades. A las partes hay que llevarlas a la creatividad de opciones, de soluciones, que encuentren su “idea genial”, que se escuchen, organicen, comuniquen, evalúen las propuestas que surgen y así de esta forma, se refuerzan esas cualidades-habilidades utilizándose en la mediación.
- d. Revalorización de los recursos. Esto se puede lograr a través de preguntarle a las partes cuáles son sus cualidades, sus habilidades, una vez se tienen, se llevan al campo de la mediación, mostrándole que es gran líder, un gran orador, una persona que sabe escuchar, etc., y que todas esos recursos personales lo aproximan a su meta, que es importante para la otra parte contar con esas virtudes que posee y que con el apoyo del mediador o conciliador, puede canalizar todo esto maravilloso que es él, para poder llegar a comprender la solución al conflicto.
- e. Revalorización con respecto a la decisión. Desde la primera reunión de conciliación, se deben dejar a las partes que ellas mismas lleguen al primer acuerdo, y es cómo quieren manejar los tiempos, el uso de la palabra, que se responsabilicen del buen trato, uso de la

palabra y escucha activa, etc. Esto hace que ellas evalúen sus criterios paso a paso y que vayan verificando que, desde lo particular y pequeño, pueden construir acuerdos.

En cuanto al reconocimiento, este se logra cuando ya existe grado de revalorización, las partes ya se encuentran sensibilizadas y saben y aceptan que están frente a otro ser humano que también necesita llegar a un entendimiento y a la búsqueda de la mejor solución.

El reconocimiento se logra a través de que la parte comprende que:

- Tiene capacidad y fortaleza para reflexionar, reconocer lo que está pasando en su situación, aprecia que está frente a otro ser humano que está en la misma dificultad que él;
- La situación que viven, no solo lo afecta a él sino al otro y a terceros no implicados directamente;
- Debe alentar el deseo real de comprender al otro;
- Se concentra en lo que está sintiendo, experimentando y reconoce ese momento en el desarrollo de la sesión;
- Se permite tener una óptica diferente y más favorable del otro que antes;
- Dedicar a reinterpretar la conducta y comportamientos anteriores y verlos de modo más compasivo;
- Debe tratar siempre de ponerse en lugar del otro para poder entenderlo;
- Percibió de forma diferente las aptitudes o comunicación del otro, tal vez por su propia frustración y miedo;
- El otro puede tener comportamientos aparentemente incomprensibles, pero que se deben a las presiones que le impusieron las circunstancias.

El reconocimiento verbal se consigue a través de:

- Le comunica al otro que tenía una interpretación errada;
- Expresa directamente a la parte o solamente al mediador que después de escuchar y analizar en las sesiones ve diferente el problema y al otro, que todo tiene más luz;
- De una forma directa o indirecta ofrece disculpas por haber interpretado mal, por tratar mal o indiferente al otro, etc.

El reconocimiento en actos comprende:

- Se promueve adaptación al hecho ya comprendido, decidiendo encontrar una solución equilibrada para ambos;
- Expresa que no puede adaptarse a la situación y que no encuentra vías de solución, por eso recurrirá a un tercero que decida y que se acogerá a lo que este decida, pero, todo esto lo expresa desde el respeto, no desde el coraje que antes tenía de la situación.

Según Bush y Folger (1996), este enfoque pretende evitar el protagonismo del mediador o conciliador que tan a menudo ocurre y pretende que las partes asuman su corresponsabilidad en el manejo del conflicto y en sus resultados.

Como se observa, este modelo aborda el conflicto como una oportunidad de crecimiento moral que abarca el fortalecimiento del yo y en la superación de los límites para relacionarnos con los otros.

El manejo de las sesiones de conciliación, bajo la técnica o modelo transformativo debe llevarse en tres momentos, o actos, señalados por los autores así:

- a. Microenfocar: consiste en hacer reflexionar a las partes sobre sus posibilidades, sus perspectivas y la adopción de decisiones, hacia dónde los pueden llevar estas. Reconocer a las partes y que estas se reconozcan entre sí, el mediador o conciliador no persigue el acuerdo, debe ayudar y cuestionar y profundizar en las ideas de cada parte;
- b. El mediador o conciliador debe promover estimular la deliberación de los intervinientes y la adopción de decisiones;
- c. Promover el reconocimiento del otro, exista acuerdo o no.

Sobre el modelo transformativo se puede consultar a: Bush & Folger (1996), Luquin Bergareche (2007, pp.120-121) y García García (2003, pp.62-63).

3.3.El modelo circular-narrativo de Sara Cobb

El modelo circular-narrativo se fundamenta en los siguientes componentes:

- a. la psicología del yo, y en particular en la formulación de Erikson y White²⁵ (s.f) citados por Munuera (2007). En este sentido, el conciliador debe hacer que las partes se liberen,

²⁵ Para White y Epsom (s.f), las personas dan sentido a sus vidas y relaciones relatando su experiencia, y al interactuar con otros la representación de sus relatos modifican sus vidas y relaciones. Estos autores son los creadores de la terapia narrativa en psicología. (Caballero, 2019).

estimulando y motivándolos para cambiar, busca reducir los temores y la ansiedad que maneja el conflicto. Munuera (2007). Debe hacer que las partes se liberen del conflicto para que no usen mecanismos de defensa, lo que se logra concentrándose en liberar las capacidades afectivas y cognitivas para poder resolver la dificultad;

- b. Aplicar la Teoría General de Sistemas²⁶, que ayuda a comprender la comunicación con la familia, el ciclo de vida familias con sus roles, reglas y procesos de cambio;
- c. Aplicar la causalidad circularidad de las pautas de interacción familiar. Se analiza a través de la totalidad, se trabaja en el aquí y en el ahora;
- d. Construcción de historias, historias que contienen argumentos que vayan a las personas, no a los contextos, es replantear la historia y narrar sin apasionamientos, no desde el dolor, sino desde el entendimiento, desde la comprensión.

El modelo de Sara Cobb puede indicarse que es la unión de los dos anteriores, es decir, del Harvard y del Transformativo, por ellos, señala la necesidad de transformar las historias conflictivas que las partes traen, siendo indispensable analizarlas a través de los significados que las personas atribuyen a los hechos y a las actitudes de los otros, y teniendo en cuenta las relaciones entre las personas, el contexto cultural, los mitos, los valores.

En este caso, la conciliación les ofrece a las partes la oportunidad de transmitirse (narrarse) sus historias de modo diferente, posibilitando que interactúen de forma diferente y, así, se aproximen a la vía del acuerdo.

La aplicación de este modelo requiere mucha práctica para lograr los resultados esperados y que las partes dispongan de tiempo para escuchar y narrar sus historias reformuladas.

Existen otros modelos más que al igual que el anterior mezclan los dos anteriores o configuran algo diferente y especial, están entre ellos:

- a. *Modelo estratégico de mediación* propuesto por Calcaterra (2002), nace con la aspiración, en palabras del autor, de otorgarle un campo propio a la mediación.

²⁶ Para Bertalanffy (2000), la teoría General de Sistemas parte del concepto de “sistema” que puede definir como un conjunto de elementos que interactúan entre ellos. Los sistemas se definen por sus características estructurales, como la relación entre los componentes, y funcionales; por ejemplo, en los sistemas humanos los elementos del sistema persiguen un fin común. El aspecto clave de diferenciación entre los sistemas es si estos están abiertos o cerrados a la influencia del entorno en que se sitúan.

Pretende el modelo hacer converger los postulados de los tres modelos anteriormente señalados, tratando de diferenciar entre ellos. Tiene como objetivos: la reconstrucción de la relación y la co–construcción de la solución.

- b. *El modelo tópic*: consiste en discutir sobre el bien o derecho que causa la diferencia. El conciliador debe localizar y utilizar los *topoi* o lugares comunes generalmente aceptados y referentes a la concepción de lo justo y de lo injusto del conflicto que afecta a las partes. (Bandieri, 2007). Se busca el sentido común, para llegar a la solución del conflicto.
- c. Modelo ecosistémico de mediación familiar. Este modelo diseñado por Parkinson (2005), se centra en la familia como un todo. Los niños y los demás miembros de la familia son incluidos en el marco, indirectamente o, si es posible, también directamente. El conciliador mantiene mejor la equidistancia al considerar las necesidades de la familia como un todo que si se centra sólo en la pareja parental del conflicto.

Para más comentarios sobre el modelo circular-narrativo, puede consultarse a: Munuera Gómez (2007), Luquin Bergareche (2007, pp.121-122), García García (2003, pp.63-64), Ripoll-Millet (2003) y Hansen (2003).

Para concluir, es importante que el conciliador o negociador escoja el método con el cual se siente más cómodo o mezcle las técnicas; es importante asistir a cursos para aprender a desarrollarlos, leer los libros que los contienen, para entender la teoría y así obtener la comprensión de las técnicas. Ningún método se puede decir que sea bueno o malo, todos aportan herramientas importantes para la resolución de conflictos.

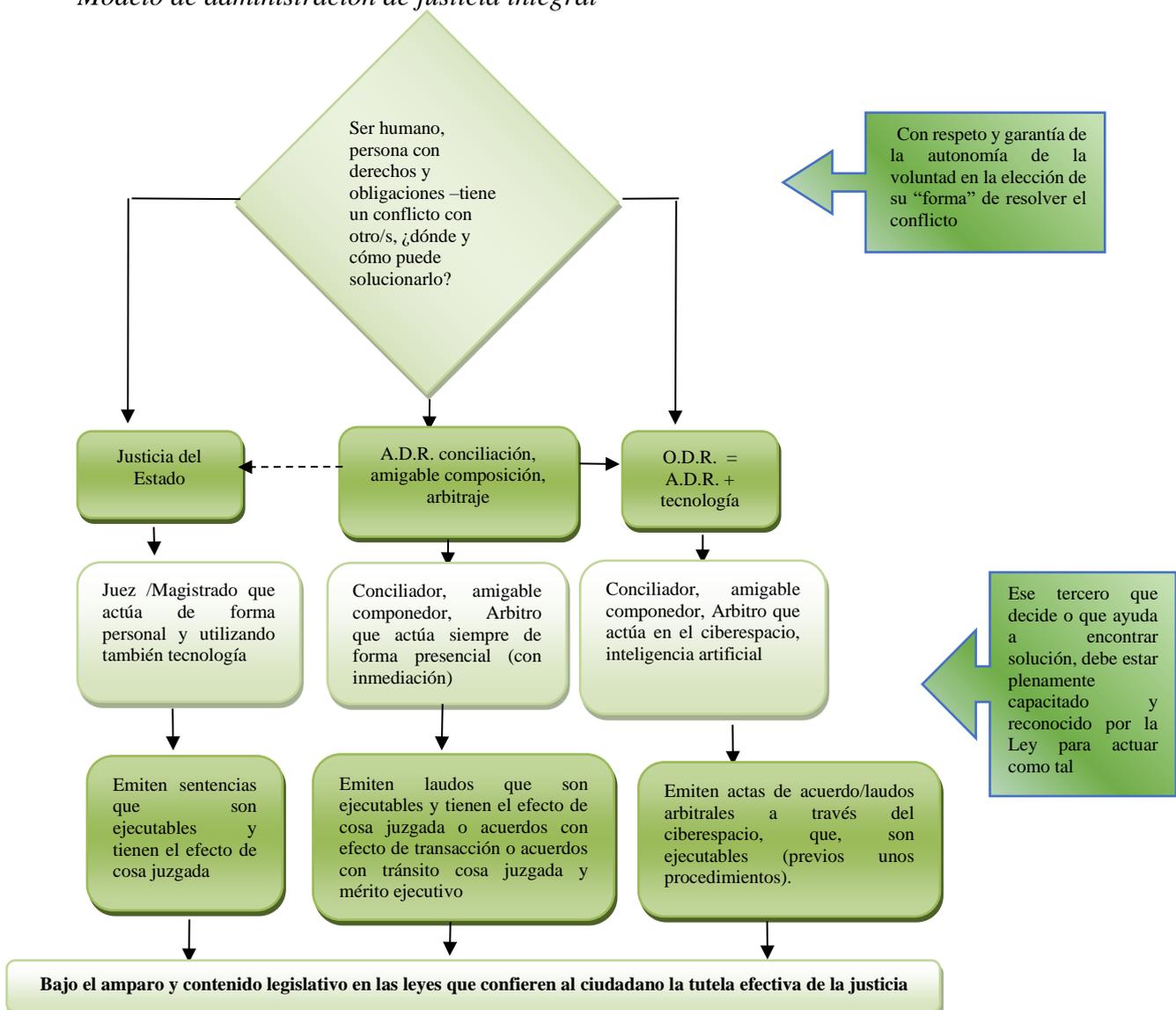
CAPÍTULO IV. CONCILIACIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

4. La conciliación y tutela judicial efectiva

Se pregunta: ¿Cuáles deben ser las opciones que el Estado debe disponer para que el ciudadano elija dónde y cómo acudir a resolver sus conflictos en derecho a efecto de lograr una excelente Administración Justicia?

Figura 3.

Modelo de administración de justicia integral



Para llegar a respuestas adecuadas al interrogante que se plantea al inicio de este capítulo, debemos verificar cuales son las alternativas que ofrece el Estado a los ciudadanos para que resuelva sus conflictos dentro del ordenamiento legal; así las cosas, el Estado colombiano ofrece dos vías: la jurisdiccional a través de toda la rama judicial y la alternativa de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que no está integrada físicamente dentro de la rama judicial (palacios de justicia), pero que se presta y desarrolla bajo la vigilancia del Ministerio de Justicia y del Derecho (por entidades sin ánimo de lucro, universidades con facultad de Derecho, Cámaras de Comercio, notarios, funcionarios de la administración pública, entre otros) y que está amparada por el art. 116 de la C.P.

La justicia ordinaria, es decir, la ofrecida por la rama del poder judicial debe actuar y está legislada bajo los principios de la tutela judicial efectiva (C.P., 1991, art. 29), que no comprobaremos en este capítulo, pues no es del objeto de estudio; lo que se pregunta en esta investigación es comprobar si la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos posee o no, todas las garantías de la TJE.

En la Constitución política de Colombia no se encuentra expresamente el término de tutela judicial efectiva (TJE), razón por la cual debemos acudir al desarrollo de ésta por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.

En la sentencia (Corte Constitucional, T 550, 2016)²⁷ expresa:

El derecho a la administración de justicia, también denominado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

Y continuando con la misma sentencia, la Corte Constitucional insiste en que:

[...] El fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra principalmente en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, así como también en los artículos 25 de la

²⁷ En sentencia (Corte Constitucional, T 608, 2019) se reitera que:

...el derecho de acceso a la administración de justicia también se denomina “derecho a la tutela judicial efectiva”, pues el Estado no solamente está en la obligación de garantizar el derecho de los ciudadanos de acceder al aparato judicial a través de su participación en los procesos establecidos para ese propósito, sino que también implica que “a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas”.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 229 de la CP expresa: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado” y el artículo 29 de la CP: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Por su parte, el artículo 228 de la Carta Magna manifiesta:

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

En la sentencia (Corte Constitucional T 550, 2016), encontramos que la Corte²⁸ señala que el contenido de la TJE es:

... (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, (ii) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales para la efectiva resolución de los conflictos, (iii) contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez, (iv) el derecho a una decisión de fondo a sus pretensiones, (v) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas, y (vi) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable. injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso.

En la sentencia (Corte Constitucional, T608, 2019) se hace una claridad adicional que refuerza los puntos antes citados con:

A partir de lo anterior, se evidencia que la protección del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia tiene dos dimensiones: (i) la posibilidad de acudir ante un juez o tribunal a presentar las pretensiones para la protección de sus derechos o intereses y (ii) que dicho acceso a la justicia sea efectivo, al obtener la resolución de fondo de las pretensiones presentadas y que la misma se pueda hacer efectiva a través de su correcta ejecución.

[...]

Esto supone que el desarrollo de dicho derecho esté orientado a garantizar: (i) el acceso a un juez o tribunal imparcial, como materialización del acceso a la justicia, (ii) a obtener la sentencia que resuelva las pretensiones planteadas de conformidad con las normas vigentes, y

²⁸ En igual sentido, la sentencia (Corte Constitucional, sentencia C 426, 2002).

(iii) a que el fallo adoptado se cumpla efectivamente; siendo estos dos últimos elementos los que permiten la materialización de la tutela judicial efectiva.

Lo anterior, necesariamente, conlleva a que dentro del ámbito de protección de las garantías constitucionales consagradas tanto en el artículo 29, como en los artículos 228 y 229 de la Constitución, se puede apreciar el derecho a obtener una respuesta oportuna frente a las pretensiones que se formulen y el derecho a que, en el trámite de las actuaciones judiciales, no se incurra en omisiones o dilaciones injustificadas.

Y en la sentencia (Corte Constitucional, C159, 2016), recae todo el contenido de la TJE en el legislador²⁹ así:

Sobre esta materia, la jurisprudencia constitucional ha reafirmado que el legislador está habilitado para definir los diferentes aspectos de los procesos judiciales. Para la Corte, “en virtud de la potestad de configuración con la que cuenta el legislador, este puede regular y definir entre los múltiples aspectos de su resorte legislativo, algunos de los siguientes elementos procesales: (i) el establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades, -esto es, los recursos de reposición, apelación, u otros -, así como los requisitos y las condiciones de procedencia de los mismos. (ii) Las etapas procesales y los términos y formalidades que se deben cumplir en cada uno de los procesos. (iii) La radicación de competencias en una determinada autoridad judicial, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita en la Carta. (iv) Los medios de prueba y (v) los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos.

Sintetizando lo encontrado en las sentencias antes citadas, podemos decir que tal como lo expresa el tratadista Garberi (2008, p. 19), la tutela judicial efectiva contiene los siguientes derechos:

1. El derecho de acceso a la jurisdicción;

²⁹ La sentencia citada también indica que:

Ciertamente, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 2º del artículo 150 Superior, la regulación de los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos es atribución exclusiva del legislador, el cual, atendiendo a las circunstancias socio-políticas del país y a los requerimientos de justicia, goza para tales efectos de un amplio margen de configuración tan sólo limitado “por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales.

2. El derecho a obtener de los tribunales un procedimiento fundado en el derecho objetivo, que será de fondo cuando concurren todos los presupuestos procesales y que observará los requisitos de la motivación y la congruencia;
3. El derecho a los recursos que las leyes establezcan contra las resoluciones judiciales;
4. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales;
5. El derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos al efecto, y
6. El derecho a no sufrir indefensión en el proceso.

Por su parte, González (2001 p. 57) manifiesta que la tutela judicial despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, en que sea posible la defensa y la obtención de la solución en un plazo razonable; tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.

A continuación, estudiaremos cada uno de los contenidos o derechos de la TJE y vamos a verificar mediante la comparación analógica si la figura de la conciliación posee todos los derechos de la TJE.

4.1.El derecho de acceso a la jurisdicción

La jurisdicción en la TJE, según manifiesta Taruffo (1996, p. 142), se puede entender desde dos puntos de vista: uno, existe derecho a accionar en juicio cuando la ley sustancial atribuye a un individuo un derecho subjetivo y este derecho resulta cuestionado o violado.

En otro punto de vista, se habla de “*total justice*”, que, según una concepción abierta y creativa de la jurisdicción, existe o preexiste en todo momento, es decir, no se necesita tener un derecho vulnerado, sino que antes de los derechos existen los remedios. Es lo que Taruffo (1996) llama: “*remedies precede to rights*”, es decir, la posibilidad de acceder a un *remedy* jurisdiccional no puede quedar subordinada a la previa existencia de un *right* sustancial.

Lo expresado por Taruffo (1996) se entiende que antes de existir vulneración del derecho sustancial, deben de estar los procedimientos y las personas adecuadas que van a resolverlos a través de las garantías, teniendo varias opciones para que los ciudadanos resuelvan sus diferencias en derecho.

En Colombia, contamos con una Constitución política que pensó en los remedios, no sólo judiciales sino extrajudiciales como la conciliación y el arbitraje, en el inciso 4 del artículo 116, así:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Y en el mismo orden de ideas, la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia" en sus artículos 8 y 13 reitera y amplía la norma constitucional precitada:

Artículo 8. Alternatividad. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

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

El Estado entonces se hace responsable de tutelar los derechos, sustituyendo así la autodefensa, y establece una serie de circunstancias legales predeterminadas para conceder esa tutela cuando corresponda mediante opciones ajustadas a la ley. No necesitamos, tal como afirma en su exposición De La Oliva (1980, p. 12), una especie de oficina de reclamaciones: la sociedad necesita que sus derechos estén protegidos, pero también que se le dé una solución oportuna y eficiente a sus conflictos que afectan los derechos.

A mayor abundamiento, Figueruelo (1990, p. 50) también confirma que a las personas se les ha prohibido satisfacer por sus propios medios el conjunto de derechos e intereses que constituyen su patrimonio jurídico, es decir, ejercer la autotutela, y, por lo tanto, el ordenamiento positivo prevé la solución de conflictos siguiendo la pauta de convenciones sociales ordenadas a la idea de justicia, o desde otras perspectivas, a valores que socialmente se reconocen como justos. De ahí que, si se prohíbe que cada cual ejercite sus derechos por medio de la autodefensa, el Estado proteja a través del mecanismo de la justicia, poniendo en marcha el denominado derecho a la jurisdicción.

El derecho de acceso a la jurisdicción lleva implícito el principio del juez natural, en este sentido, la sentencia (Corte Constitucional C 755, 2013) sostiene que: "La Constitución prevé expresamente que "[n]adie podrá ser juzgado sino [...] ante juez o tribunal competente" (CP, art. 29).

Y la sentencia (Corte Constitucional, T 916, 2014) incorpora lo que conlleva el juez natural, el cual supone:

i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley; ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión; iii) que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc); y iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial.

El numeral 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)

Y, el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos orienta que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Así las cosas, corresponde al legislador vislumbrar quien, y como se debe resolver las diferencias en la comunidad, es por lo que primero la norma crea es quién y qué hace el juez natural.

4.1.1. Que, el órgano que va a desarrollar la conciliación como ADR haya sido creado previamente por ley

Comparamos analógicamente: Que, el órgano judicial haya sido creado previamente por ley ↔ Que, el órgano que va a desarrollar la conciliación como ADR haya sido creado previamente por ley.

La base más importante de los MASC o ADR y específicamente de la conciliación³⁰, la encontramos en el inciso 4 del artículo 116 de la CP y el art. 64 de la ley 446 de 1998, define a la conciliación como mecanismo de resolución de conflictos gestionado por un tercero neutral y calificado denominado conciliador:

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.

¿Dónde se puede conciliar en Colombia?

Para contestar esta interrogante, debemos tener en cuenta que existe conciliación judicial y extrajudicial. La extrajudicial en derecho se puede realizar en:

- Los centros de conciliación autorizados por ley (Ley 446, 1998, art. 91);
- Centros de conciliación de carácter universitario (Ley 446, 1998, art. 92);
- En las notarías (Ley 640, 2001, art.19);
- En las procuradurías delegadas en asuntos contenciosos administrativos;
- En las inspecciones de trabajo;
- En las defensorías y comisarías de familia.

Existen unas conciliaciones de temas particulares y especiales que están reglamentadas:

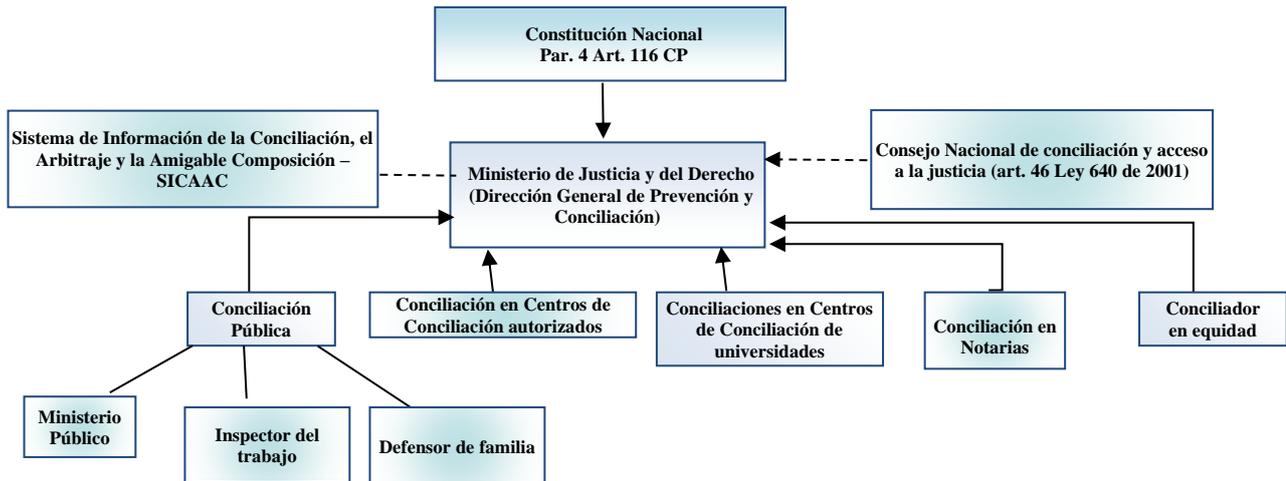
- Conciliación internacional: la cual se rige por la Ley 267 de 1996, por la cual se aprueba la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados;
- Conciliación para la indemnización de perjuicios causados a víctimas de la violación a los derechos humanos, en virtud de decisiones de organismos internacionales de defensa de los derechos humanos: se realiza ante el agente del ministerio público adscrito al tribunal contencioso administrativo que sería competente;
- Conciliación por reclamos en la prestación de servicios turísticos (Ley 300, 1996, art. 67): ante el Director Operativo del Ministerio de Desarrollo Económico;
- La conciliación en equidad se encuentra regulada en la Ley 446 de 1998, artículos 106 a 110, pero esta no es objeto de estudio en este análisis;
- En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

³⁰ La conciliación en Colombia ha sido reglamentada desde 1991, la mayoría de las leyes y decretos han estado motivadas para lograr la descongestión judicial.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las entidades públicas podrán crear centros de conciliación, previa autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho (Ley 640, 2001, art. 10).

Figura 4.

Esquema de la conciliación en Colombia



4.1.2. Que, las leyes de conciliación hayan investido de competencia al conciliador, con anterioridad al hecho motivador de la actuación

Por analogía tenemos: Que, la ley lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación judicial ↔ Que, las leyes de conciliación hayan investido de competencia al conciliador con anterioridad al hecho motivador de la actuación.

Se entiende por competencia objetiva el conjunto de normas procesales que distribuyen jerárquicamente, entre los diversos órganos judiciales de un mismo orden jurisdiccional, el conocimiento de la fase declarativa de los objetos procesales. Gimeno (2007, p. 75).

En cuanto a los factores de competencia podemos anotar:

La competencia por razón de la cuantía es el valor económico que se otorga a lo que es objeto del proceso, sirve para determinar la clase de procedimiento a utilizar y, en consecuencia, el órgano jurisdiccional al que corresponde conocer, cuando no haya quedado ya fijado por razón de la materia. Gómez de Liaño & Pérez -Cruz (2002, p. 257). En este sentido, las leyes de conciliación tienen atribuida competencia por razón de la cuantía, por

ejemplo, en art. 11, núm. 1 de la Ley 640 de 2001, expresa: “Los estudiantes podrán actuar como conciliadores sólo en los asuntos que por cuantía sean competencia de los consultorios jurídicos”. En los demás casos, es decir, cuando el conciliador en derecho es abogado inscrito ante un centro de conciliación, no tiene límites en la cuantía a conciliar.

La competencia por razón de la materia atiende a la naturaleza de los derechos deducidos o al tipo de tutela que se solicita, e incluso a la calidad de las personas enjuiciadas. Se determinan por ley, de forma casuista y por razones de oportunidad, las que han de ser conocidas por uno u otro tribunal. Gómez de Liaño & Pérez -Cruz (2002, p.256); en este sentido tenemos:

- a. Conciliación extrajudicial en derecho: cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias (Ley 640, 2001, art. 3). La conciliación extrajudicial puede intentarse en cualquier tiempo, inclusive si es esta en el proceso judicial, antes de que se dicte sentencia. Ante conciliadores de centros de conciliación se puede conciliar en temas de: Civil, comercial y familia;
- b. Ante los Defensores de familia (Ley 23, 1991, art. 47): conciliación en familia;
- c. La conciliación contenciosa administrativa: “Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción”. (Ley 640, 2001. art. 23);
- d. Conciliación laboral:

La conciliación extrajudicial en derecho en materia laboral podrá ser adelantada ante los inspectores de trabajo, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público en materia laboral. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales. (Ley 640, 2001, art. 28);

- e. Conciliación judicial: Es realizada por un juez dentro del desarrollo del proceso judicial (Ley 640, 2001, art. 3);
- f. Conciliadores en equidad: pueden actuar en cualquier caso se sea susceptible de transacción y desistimiento (Decreto 1818, 1998, art.89);
- g. Otras conciliaciones que pueden ser o no extrajudiciales y en las que no opera el requisito de procedibilidad:
 - i) Conciliación en casos de competencia desleal, prácticas comerciales restrictivas y conciliación en materia de consumo: Superintendencia de Industria y Comercio (Ley 640, 2001, arts. 33 y 34).

- ii) Conciliaciones en las acciones de grupo: la realiza el juez (Ley 472, 1998, art. 61);
- iii) Conciliación internacional sobre diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados: la Ley 267 de 1996. El conciliador es el secretario general del centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones;
- iv) Conciliación para la indemnización de perjuicios causados a víctimas de la violación a los derechos humanos, en virtud de decisiones de organismos internacionales de defensa de los derechos humanos: el gobierno nacional solicitará la audiencia de conciliación ante el agente del ministerio público adscrito al tribunal contencioso administrativo que sería competente (Ley 288 de 1996).

La competencia objetiva la encontramos debido a la materia³¹, en Colombia, la Ley 640 de 2001, en su art. 27, faculta para conciliar extrajudicialmente en materias que sean de competencia de los jueces civiles, a los conciliadores de los centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público en materia civil, los notarios o, a falta de los anteriores, los personeros y los jueces civiles o promiscuos municipales. En igual sentido, (Ley 640, 2001, art. 31), que faculta a ciertos conciliadores para conocer de conciliaciones en derecho de familia; y en la Ley 640, 2001, art. 33, se indica que sólo se puede conciliar en materia de consumo ante la Superintendencia de Industria y Comercio; sí podría darse una competencia subjetiva en el sentido de que los centros o instituciones de conciliación pueden clasificar a los conciliadores por profesión y especialidad.

Se entienden por competencia funcional los criterios legales de atribución del conocimiento del objeto procesal en atención a las distintas fases procesales (declarativa, impugnación y ejecución) que las partes han de transcurrir a fin de obtener la tutela efectiva de sus pretensiones. La competencia funcional exige, pues, la pendencia de un proceso para determinar a qué órgano jurisdiccional, dentro de los distintos grados de un mismo orden jurisdiccional, le corresponde una fase determinada del proceso. Gómez de Liaño & Pérez - Cruz (2002, p. 79.). En las leyes de conciliación encontramos la competencia funcional en dos etapas:

³¹ Existe delimitación de competencia por materia o especialidad del conciliador en Perú, para ser conciliador laboral se requiere formación específica (Decreto Legislativo 1070, 2008, art. 20).

- a. En la declarativa están los conciliadores indicados en los factores de competencia anteriormente indicados;
- b. Impugnación: Las actas de conciliación no poseen impugnación, pero, en la conciliación contenciosa administrativa, el artículo 243 numeral 4 indica:

Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos: [...] 4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público (Ley 1437, 2011, art.243, núm. 4).

- c. La ejecución del acta de conciliación: es por jurisdicción a los jueces de la República.

La competencia territorial viene otorgada en las normas procesales que, en atención a la demarcación judicial, asignan el conocimiento en primera instancia de los objetos litigiosos entre los distintos juzgados de un mismo grado. Gómez de Liaño & Pérez -Cruz (2002, p.85).

En conciliación la competencia territorial se asimila a:

- a. El conciliador inscrito en un centro de conciliación puede conciliar en el centro de conciliación o en cuantos se encuentre inscrito; en el mismo sentido, el notario, sólo puede conciliar en su propia notaría;
- b. Los conciliadores públicos, es decir, el procurador delegado en asuntos contenciosos administrativos, el inspector de trabajo, el defensor de familia, concilian en su jurisdicción, asignada directamente por su ente rector.

El fuero legal común es el del domicilio de la persona. En conciliación, por lo general se concilia en el mismo lugar donde residen las partes, por ello, el convocante acude a centros de conciliación de la misma ciudad, en ese sentido podría realizarse la conciliación *online*, para ejecutar conciliaciones independientemente del sitio donde se encuentre la parte convocada.

Las reglas sobre competencia territorial son las que nos permiten determinar qué juez de entre todos aquellos que dentro de un mismo grado existen a lo largo del territorio nacional, es competente para entender de una determinada causa. Los criterios que se utilizan para determinar esas reglas se denominan fueros, que pueden ser de carácter convencional, derivados de la voluntad de las partes, y de carácter legal, impuestos por la ley.

Se dice que la persona física titular del órgano jurisdiccional es competente cuando no tiene relación con los sujetos o el objeto procesales que le prive de conocer de la causa, es decir, el juez tiene la característica de ser imparcial, por ello es competente subjetivamente en el conocimiento del juicio, Rivera Morales (2012, p. 156). La competencia del conciliador es subjetiva, pues la competencia objetiva la dispensan las partes (legítimamente determinadas

por ley para resolver un conflicto a través del procedimiento de conciliación), éstas invisten de competencia del conciliador en el momento en que lo designan o éstos aceptan la designación, quedando (el conciliador) con la facultad de ayudarles a resolver su conflicto (siempre y cuando no esté inmerso en causales de abstención o recusación, actuando por ende con imparcialidad y neutralidad en el desempeño de su función).

4.1.3. Que, no sean especiales ni excepcionales sus regímenes orgánico y procedimental, pero sí puede tratarse de conciliador y procedimientos especiales por razón de la materia u objeto de la conciliación

Comparamos así: Que, no sean especiales ni excepcionales sus regímenes orgánico y procesal, pero sí puede tratarse de jueces ordinarios con especiales competencias por razón de la materia o del territorio ↔ Que, no sean especiales ni excepcionales sus regímenes orgánico y procedimental, pero sí puede tratarse de conciliador y procedimientos especiales por razón de la materia u objeto de la conciliación.

Partimos de la consideración de que la ley prohíbe que se creen órganos judiciales *ad hoc* sin estar previstos previamente en la ley. En cualquier caso, se garantiza el derecho al juez natural predeterminado por la ley.

Adaptando a las peculiaridades propias de la conciliación, para el caso de los conciliadores podemos formularla en el siguiente sentido:

- a. El conciliador, debidamente reconocido como tal ante los órganos competentes, puede optar por prestar sus servicios en varios centros de conciliación donde se encuentre inscrito, pudiendo para cada caso ser viable que preste su servicio libremente en cada caso en concreto, siempre que se ajuste al ámbito competencial objetivo y subjetivo preestablecido en la ley y en los reglamentos de los centros de conciliación;

- b. Cuando se trate de conciliaciones en derecho administrativo³² o laboral³³, existen normas precisas, cualidades y procedimientos especiales para los conciliadores y/o para las entidades que prestan este servicio de la misma forma que ya se ha establecido para la conciliación en derecho privado.

4.1.4. *Que, la forma de designar conciliador venga establecida primero por la voluntad de las partes, o, en su defecto, por la ley*

Que, la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros
↔ Que, la forma de designar conciliador venga establecida primero por la voluntad de las partes, o, en su defecto, por la ley.

La finalidad de este requisito es doble, ya que se asegura que no exista ningún tipo de manipulación en la Administración de la Justicia, tanto en el órgano judicial competente, como en la propia composición de este, procurando, por otra parte, la pacificación del conflicto, ya que la preconstitución del órgano jurisdiccional con criterios públicos y objetivos es el medio para disipar cualquier sospecha entre los litigantes sobre la imparcialidad e independencia del tribunal. La constatación de la imparcialidad del juez por parte de los litigantes es garantía de sus resoluciones, no siendo razonable exigir que el tribunal deba estar predeterminado también respecto a los hechos que dan origen al proceso, salvo que acreditará que la modificación competencial después de los hechos constituya una maquinación fraudulenta, cuya finalidad sería precisamente alterar el derecho al juez natural predeterminado por la ley, Bodas (2005, pp.388-389).

³² La conciliación contenciosa administrativa se encuentra reglamentada en la Ley 446 de 1998, arts. 70 a 76, siendo susceptibles de esta conciliación las acciones contempladas en la Ley 1437 de 2011, arts. 138, 140 y 141, podrán formular solicitud de conciliación prejudicial ante los agentes del Ministerio Público asignado al juez; esta conciliación debe llevar pruebas que fundamenten la petición. La conciliación administrativa prejudicial sólo se puede intentar cuando no procediere la actuación administrativa y estuviere agotada. Por su parte, Ley 640 de 2001, arts. 1, par.3, 11 y 23 a 26 y el Decreto 1716 de 2009, por medio del cual, las normas del decreto se aplicarán a la conciliación extrajudicial en asuntos contenciosos administrativos.

³³ La conciliación laboral está regulada en Ley 640 de 2001, arts. 28 a 30.

Respecto al nombramiento de jueces, el Consejo Superior de la Judicatura es el órgano encargado de administrar la carrera judicial, al respecto, en la sentencia (Corte Constitucional, C 285 de 2016) manifestó:

El Consejo de Gobierno Judicial es el órgano, encargado de definir las políticas de la Rama Judicial de acuerdo con la ley y postular las listas y temas de candidatos que la Constitución le ordene. También corresponde al Consejo de Gobierno Judicial regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador; expedir el reglamento del sistema de carrera judicial y de la Comisión de Carrera Judicial, cuya función será la vigilancia y control de la carrera; aprobar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial que deberá ser remitido al Gobierno; aprobar el mapa judicial; definir la estructura orgánica de la Gerencia de la Rama Judicial; supervisar a esta entidad, y rendir cuentas por su desempeño ante el Congreso de la República.

En este sentido, la TJE no sólo se extiende a garantizar un juez en concreto, sino también el derecho a que la causa sea resuelta por el juez –el competente- o por quien funcionalmente haga sus veces, y no por otra persona o entidad.

Este requerimiento trasladado a nuestro ámbito de estudio exigiría legalidad y ética en el momento de designar al conciliador. Simultáneamente otorga la certeza de que podrá desarrollar su actividad profesional de una manera transparente, independiente e imparcial, evitando que se designe siempre al mismo conciliador y garantizando que el procedimiento de selección sea equitativo para todos los miembros inscritos como conciliadores.

Respecto al nombramiento del conciliador en sentencia (Corte Constitucional, C 902 de 2008), expreso:

4) La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.

5) Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

Para el Centro de Conciliación es importante también tener dentro de sus listados de conciliadores, profesionales competentes y bien capacitados, pues pueden recaer en entidad responsabilidades por la mala actuación de un conciliador, así como es importante que ofrezcan con carácter general y previo las condiciones de designación de los conciliadores que intervengan en dicha institución.

Algunas sentencias como: (Corte Constitucional, T 305 de 2017; C 573 de 1998) también entienden que este derecho comprende la garantía de la imparcialidad judicial, esto es, la opción de recusar a jueces y magistrados cuando concurran las causales tipificadas para ello, para evitar que conozcan de un asunto en el cual puedan tomar algún interés objetivo o subjetivo, directo o indirecto.

En la sentencia (Corte Constitucional, C 902 de 2008), se debe tener en cuenta que, así como el juez, el conciliador debe declararse impedido si se encuentra con algún impedimento frente a las partes o en su defecto, también puede ser recusado por las partes: en este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales en la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. La imparcialidad que debe tener el conciliador será tratada más adelante, en el apartado de sujetos de la conciliación, y específicamente en el capítulo V.

Respecto a la abstención, afirma Couture (2010, p. 109):

las circunstancias de abstención establecen una verdadera inhabilidad para conocer y el juez, se encuentra transformado aun en contra de su voluntad en *judex inhabilis*. En la recusación no existe, propiamente, inhabilidad, sino causal de recelo, que la parte perjudicada eventualmente puede superar; el juez, es, apenas, *judex suspectus*; está en el poder jurídico de la parte a quien el motivo perjudica, consentir la permanencia o alejar al magistrado. En la abstención no existe ni inhabilidad ni sospecha; existe tan sólo un escrúpulo de conciencia del propio magistrado. Si él lo plantea y el superior lo comparte, deja de conocer; si él no lo plantea, el superior no puede alejarlo; si él lo plantea y el superior no lo comparte, el juez debe seguir conociendo el asunto.

La recusación se configura como el remedio arbitrado por la ley para desplazar del conocimiento del procedimiento de la conciliación que posea una especial relación con las partes o con el objeto del procedimiento y que por ello suscita recelo sobre su imparcialidad.

4.1.4.1.Designación del conciliador. El artículo 16 de la Ley 640 de 2001 manifiesta:

Selección del conciliador.

La selección de la persona que actuará como conciliador se podrá realizar:

- a. Por mutuo acuerdo entre las partes;

- b. A prevención, cuando se acuda directamente a un abogado conciliador inscrito ante los centros de conciliación;
- c. Por designación que haga el centro de conciliación, o
- d. Por solicitud que haga el requirente ante los servidores públicos facultados para conciliar.

La designación del conciliador en Colombia se realiza a través de los Centros de Conciliación autorizados, ya sea de mutuo acuerdo, directamente de sus listas de conciliadores, a través de su propio sistema de designación. No es muy dado en Colombia que se acuda a un conciliador a prevención³⁴.

Ahora bien, cuando se acude a un conciliador servidor público, las partes no pueden designar toda vez que ellos, si son varios, tienen su modo de repartir las solicitudes que lleguen al despacho.

Una vez designado, el conciliador debe verificar si está impedido para actuar como tal ante las partes, si no lo hace, las partes podrán recusar y corresponde al director del Centro de Conciliación decidir sobre ellas (Ley 446, 1998, art.100).

Las leyes de conciliación no dicen nada en cuanto al trámite que debe hacer el conciliador una vez designado, es decir, en qué tiempo debe citar y fijar fecha y hora para la audiencia de conciliación; consultado varios estatutos de los Centros de conciliación tampoco lo manifiestan, lo que puede entenderse que sólo se legisla para la conciliación institucional, es por lo que se llevan las solicitudes de conciliación a los centros de conciliación y son estos los que:

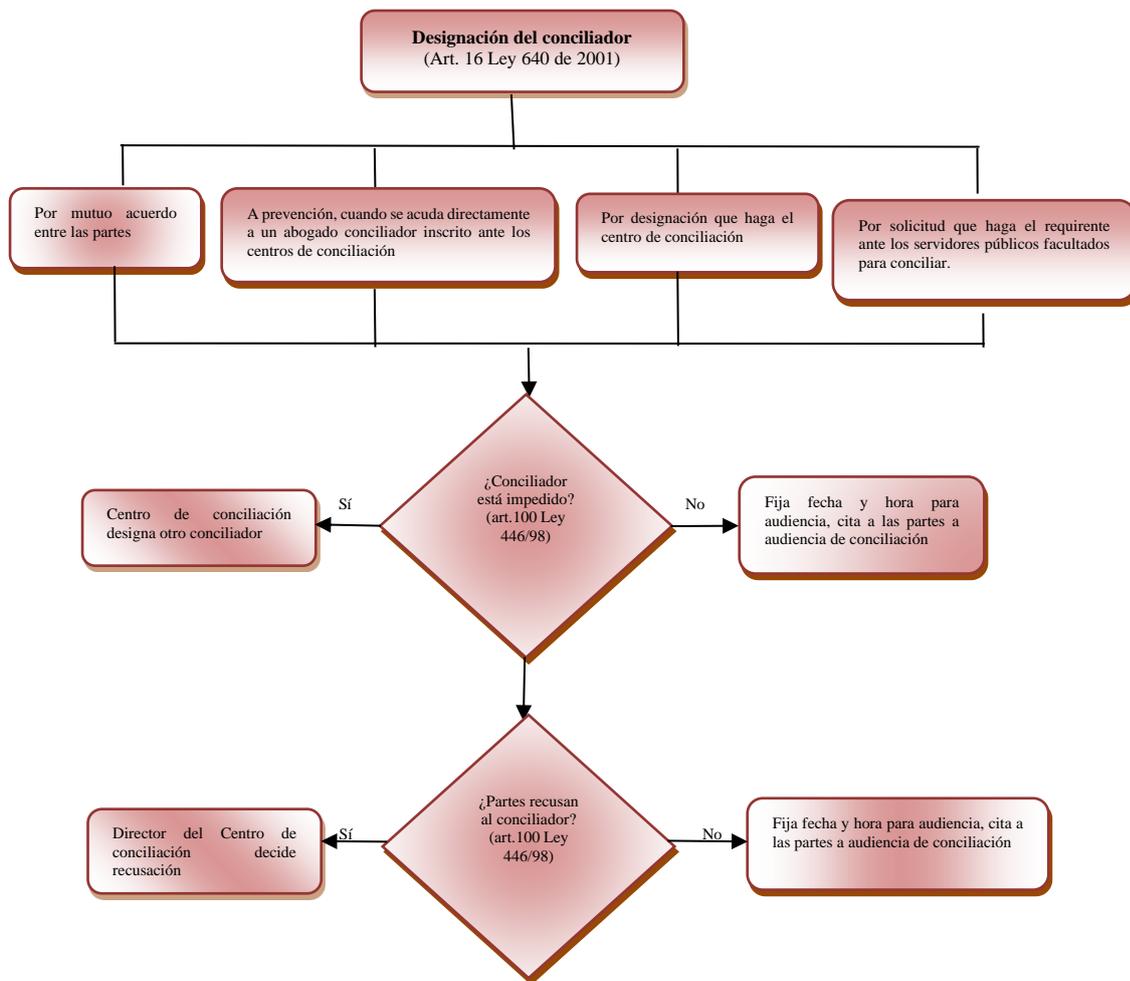
- a. Reciben solicitud;
- b. Designan conciliador;
- c. Es deber del conciliador, conforme a estatutos de los centros de conciliación, manifestar si tiene impedimentos o si no los posee;
- d. Con la secretaría del centro de conciliación se establece fecha y hora para la audiencia de conciliación;
- e. La secretaría del centro de conciliación, cita a la conciliación;
- f. El conciliador estudia y lleva a cabo procedimiento de conciliación hasta llegar al acuerdo o no;

³⁴ Sobre la selección del conciliador a prevención se podría realizar una investigación para verificar si esto se da o no en Colombia, o si no se ha explorado esto por los conciliadores colombianos.

- g. El mismo centro de conciliador registra el acta y las partes pueden obtener la primera copia que presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.

Figura 5.

Designación del conciliador



4.2. El derecho a un procedimiento de conciliación fundado en derecho objetivo, que observará la voluntad de los intervinientes y la congruencia legal

Equiparamos lo propio de la justicia ordinaria con la conciliación: El derecho a obtener de los tribunales un procedimiento fundado en el derecho objetivo, que será de fondo cuando concurren todos los presupuestos procesales y que observará los requisitos de la motivación y de la congruencia ↔ el derecho a un procedimiento de conciliación fundado en derecho objetivo, que observará la voluntad de los intervinientes y la congruencia legal.

La RAE define el procedimiento como:

Procedimiento

1. m. Acción de proceder.
2. m. Método de ejecutar algunas cosas.
3. m. Der. Actuación por trámites judiciales o administrativos.

● procedimiento arbitral

● 1. m. arbitraje (procedimiento extrajudicial para resolver conflictos).

● procedimiento contradictorio

1.m. procedimiento que permite impugnar lo que en él se pretende.

El procedimiento de conciliación debe dar las acciones, los pasos a seguir para llegar a lo que se pretende, sin olvidar que no tiene un fin específico, sino que es un medio a través del cual los intervinientes por su libre albedrío llegan o no a un acuerdo con la ayuda facilitadora del conciliador³⁵. Esto diferencia el procedimiento de conciliación del proceso judicial, pues en el último el fin es llegar a la sentencia.

La Corte en Sentencia (Corte Constitucional, C 1195 de 2001) indicó que la justicia normal no siempre es efectiva, ni idónea, por eso se requieren de procedimientos menos formales a través de los cuales, autocompositivamente como la conciliación, se pueden llegar a soluciones.

La palabra “procedimiento” va asociada “a una consideración meramente formal o externa de la actividad procesal”, que refleja sólo la mecánica e integración del conjunto de actos que integran el proceso, mientras que el concepto de este último alude a la contextura jurídica de los actos, Ortells (1999, p.3).

Para De la Oliva & Fernández (1986) el procedimiento es la palabra que puede utilizarse para cualquier serie o sucesión de actos jurídicos, mientras que la voz proceso se reserva para el procedimiento jurisdiccional propiamente dicho. Se debe añadir que el término procedimiento se utiliza innumerables veces en relación con la actividad jurisdiccional, haciendo referencia sólo a los trámites, al aspecto externo de dicha actividad, dejando fuera asuntos tales como la capacidad y legitimación de los litigantes, el objeto del proceso, la jurisdicción y competencia del tribunal, etc. (p.75).

³⁵ No debemos olvidar que se está verificando el contenido de la TJE en las leyes de conciliación en Colombia; aclaramos que no analizamos ni tratamos el procedimiento de conciliación desde las técnicas (fases o pasos a seguir en cada sección del procedimiento), como por ejemplo lo desarrolla Redorta (2010, p.39), que desglosa el procedimiento de conciliación en siete fases: a). Introducción o discurso inicial; b) fase de relatos; c) fase de clarificación; d) fase de confrontación; e) fase de generación de opciones; f) fase de negociación e implementación de acuerdos; g) despedida.

Tal como lo exclama la sentencia (Corte Constitucional, C 1195 de 2001), la acepción procedimental de la conciliación consiste en desarrollar los pasos para lograr o no acuerdo:

El término conciliación tiene dos sentidos distintos según el contexto en que es utilizado: uno procedimental y otro sustancial. En relación con su acepción procedimental, 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.” Según esta acepción, la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto -eventual, no necesario- la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador.

El proceso es la totalidad, la unidad. El procedimiento es la sucesión de los actos. Los actos procesales tomados en sí mismos son procedimiento y no proceso, Couture (1993, p. 202).

El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, como sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo (*v.gr.*, procedimiento incidental o impugnativo). Así, pues, mientras la noción de proceso es esencialmente teleológica, la de procedimiento es de índole formal, Gómez Lara (2000, p.217).

Los llamados a ejecutar el procedimiento de conciliación, en primer lugar, son los intervinientes, quienes poseen legitimación y competencia para poner en marcha toda la estructura organizativa de esta ADR; en segundo lugar, la entidad de conciliación (que debe ofrecer un servicio óptimo y eficiente) y los conciliadores debidamente acreditados, los cuales desarrollan con experticia el procedimiento de conciliación, dando en cada fase del procedimiento seguridad jurídica, procurando que: a) los intervinientes lleguen a pactos justos; b) las decisiones que tomen se realicen bajo el amparo legal; c) no caigan en errores patentes, manifiestos o notorios; d) no partan de premisas inexistentes; e) no se produzcan efectos negativos en la esfera de quienes involucra directamente (los intervinientes) o indirectamente (terceros) el conflicto y su solución.

Sobre la voluntad, la Sentencia (Corte Constitucional, C 893 de 2001), ha pronunciado:

Por mandato del artículo 116 Superior la conciliación tiene un carácter esencialmente voluntario, porque son las partes las que, en cada caso en concreto, seleccionan en forma espontánea al particular que habrá de hacer las veces de conciliador, lo cual impide que, desde este punto de vista, se establezca una suerte de permanencia en el ejercicio de dicha función.

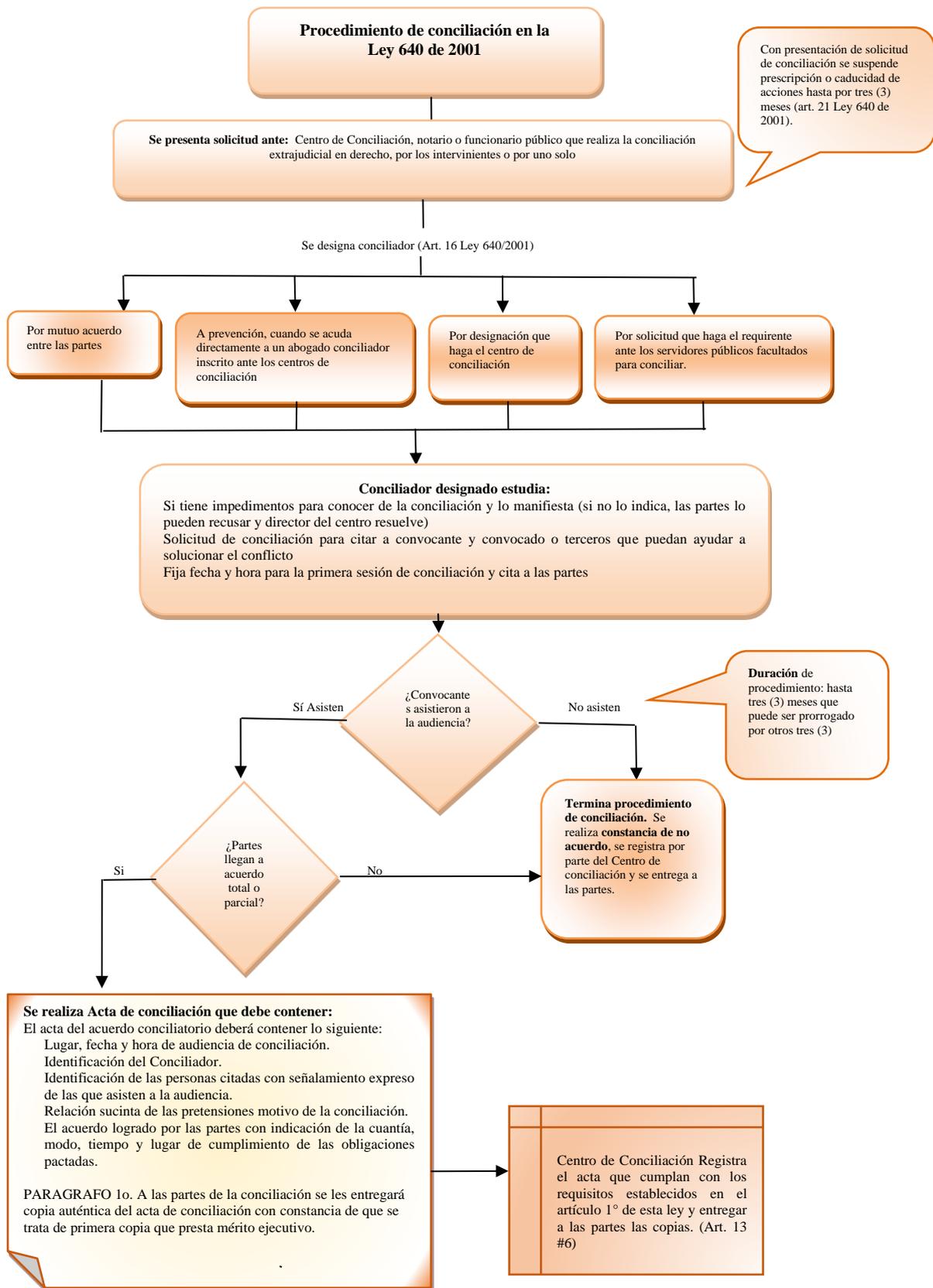
El factor del tiempo en el procedimiento de conciliación

La dimensión temporal del procedimiento de conciliación deriva del hecho de estar constituido por una sucesión de actos; en este sentido, las leyes de conciliación deben contener plazos estipulados para las actuaciones:

- Término de caducidad y prescripción de las acciones y desde cuando comienza a regir;
- Plazo que tienen los Centros de conciliación de dar trámite a la solicitud de conciliación y, en su caso, dar traslado a la otra persona (si no se ha presentado conjuntamente);
- Plazos para resolver sobre el beneficio de la gratuidad de la conciliación;
- El término o plazo para designar conciliador; tiempo de aceptación o no, y para fijar fecha de la primera o única sesión;
- El plazo para que los funcionarios facultados para resolver la recusación del conciliador emitan la resolución y otorgar plazos para los respectivos traslados al conciliador y a los intervinientes para que se manifiesten sobre dicha resolución en caso de ser desfavorable;
- El tiempo de duración máxima del procedimiento de conciliación y sus posibles prórrogas (compete a los intervinientes y a la persona conciliadora fijar la duración de las sesiones y la periodicidad de estas, sin exceder el tiempo establecido en la ley de conciliación);
- Determinación del día desde el cual comienza el tiempo máximo establecido en la ley para desarrollarse el procedimiento de conciliación;
- Los plazos para resolver sobre las infracciones del procedimiento sancionador, notificación de su decisión y posibles recursos.

Figura 6.

Procedimiento de Conciliación



Obligaciones del centro de conciliación



1. Establecer un reglamento que contenga:
 - Los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional;
 - Las políticas y parámetros del centro que garanticen la calidad de la prestación del servicio y la idoneidad de sus conciliadores;
 - Un código interno de ética al que deberán someterse todos los conciliadores inscritos en la lista oficial de los centros que garantice la transparencia e imparcialidad del servicio.
2. Organizar un archivo de actas y de constancias con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional.
3. Contar con una sede dotada de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo al trámite conciliatorio.
4. Organizar su propio programa de educación continuada en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos.
5. Remitir al Ministerio de Justicia y del Derecho, en los meses de enero y julio, una relación del número de solicitudes radicadas, de las materias objeto de las controversias, del número de acuerdos conciliatorios y del número de audiencias realizadas en cada periodo. Igualmente, será obligación de los centros proporcionar toda la información adicional que el Ministerio de Justicia y del Derecho le solicite en cualquier momento.
6. Registrar las actas que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1o. de esta ley y entregar a las partes las copias. (Art. 13)

4.3. El derecho a los recursos establecidos en la Ley

El artículo 31 en su inciso primero de la CP establece: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

La conciliación, al ser un acto de libre disposición de las partes y al no tener un tercero que decida (emitiendo sentencia o laudo, como en el caso de los métodos heterocompositivos [proceso judicial o arbitraje]), no tiene segunda instancia, ni proceden los recursos establecidos para el proceso judicial (recurso de reposición y apelación).

Sin embargo, en lo que se refiere: a) obtención del beneficio de la conciliación gratuita; b) régimen sancionador; c) procedimiento que resuelve la abstención o recusación del conciliador; sí se deben establecer recursos de reposición y apelación para garantizar así que no se vulneren los derechos de los sujetos implicados.

La conciliación produce efectos jurídicos que deben ser válidos y eficaces entre los sujetos intervinientes y frente a terceros. Dentro de los actos de voluntad de los intervinientes, se pueden presentar problemas jurídicos o vicios en la celebración del acto jurídico. Estos

vicios o defectos pueden ser de diferente fondo o contenido, y, según el caso, podrían generar invalidez del acto.

Así, puede ocurrir que se concilie sobre un asunto que no sea de libre disposición de las partes, siendo un objeto ilícito que caería dentro del ámbito de la nulidad.

La nulidad es un instrumento procesal consistente en la valoración de la adecuación entre uno o más actos procesales y las normas que regulan su proceso de formación, esto es, las normas de procedimiento y los principios procesales básicos, de modo que, apreciada una infracción, actúan las consecuencias jurídicas previstas por la ley en cada caso, que oscilarán, dependiendo de la gravedad de la infracción, entre la subsanación del acto y la eliminación del mismo como si nunca hubiera existido, según la importancia que el legislador haya otorgado a los valores de justicia y seguridad jurídica al regular este mecanismo procesal. Lourido Rico (2004, pp. 64-65)

La nulidad en la conciliación puede recaer en el procedimiento o en el acta que contiene el acuerdo logrado. Los motivos de nulidad pueden ser inconsistentes, amañados, torticeros o engañosos para una de las partes o para terceros, que caen dentro del ámbito de la ilicitud. También pueden darse eventos en que uno de los intervinientes, que tenga dotes de versatilidad, poder de convicción, influencia sobre la otra persona, o aprovechándose de la inferioridad o dependencia de la otra parte interviniente, logrando doblegar su voluntad, viciando el consentimiento por error, fuerza o dolo hacia el otro, mediante conductas o maniobras disfrazadas, de tal manera que el conciliador no lo perciba o no comprenda su alcance.

De igual manera, puede presentarse que uno de los intervinientes adolezca de capacidad legal para conciliar, pero pese a ello, se lleva a cabo un acuerdo, produciendo nuevas situaciones jurídicas. Todos estos casos pueden generar nulidades absolutas y por ende el acto de la conciliación cae en el ámbito de la invalidez. Los anteriores casos de vicios son sustanciales.

Ahora bien, es obligación del conciliador, en primera instancia en el procedimiento conciliatorio, hacer control de legalidad en el momento de ejercer como tal; al respecto la sentencia (Corte Constitucional T252 de 2016) arguyó:

Los artículos 2 numeral 3º y 20 de la Ley 640 de 2001, consagran la obligación en cabeza del conciliador de ejercer el control de legalidad sobre cualquier tipo de conciliación; consistente en: i) verificar si el asunto objeto controversia es o no susceptible de conciliación; ii) evaluar el acta de conciliación tanto en su contenido formal como material, con el fin de evitar que en el acuerdo conciliatorio quede afectado total o parcialmente, por vicios de ineficacia, inexistencia o de nulidad; iii) velar por la licitud de los acuerdos conciliados a fin de evitar que se vulneren los derechos de las partes o normas legales de carácter imperativo; iv) asegurar que

el contenido del acta refleje las decisiones adoptadas por las partes dentro del marco jurídico de disposición; v) la capacidad de las partes conciliantes o el poder suficiente de sus apoderados; vi) el carácter transigible del conflicto y el consentimiento libre de vicios; y, vii) que lo conciliado recaiga sobre un objeto lícito.

6.8 El control de legalidad de todo tipo de conciliación tiene origen constitucional y es el resultado del desarrollo de la ley estatutaria de la administración de justicia, que faculta al conciliador como parte del proceso. En el ejercicio del control de legalidad la falta de uno o más de los requisitos esenciales mencionados genera la inexistencia del acuerdo conciliado como acto jurídico.

6.9 El control de legalidad permite declarar la inexistencia, la nulidad o la ineficacia del acuerdo conciliatorio, siempre y cuando se observe alguna de las siguientes circunstancias:

i) Inexistencia:

Por ausencia de capacidad y consentimiento en las partes, o por tener causa y objeto ilícitos;

Por falta de algunos de los requisitos sustanciales;

Por incumplimiento de una de sus formalidades; no constar por escrito en una acta; no estar avalada con la firma del conciliador.

ii) Nulidad:

Por violación de normas sustantivas en las fórmulas del arreglo: recaen sobre el estado civil de las personas, con títulos falsos u obtenidos con dolo o fuerza; sobre venta entre cónyuges (C.C. 1852); sobre la creación de una sociedad colectiva con menores de edad; privación del ejercicio de la Patria Potestad.

Por violación de una norma procedimental: cuando se liquida una sociedad patrimonial sin haberse declarado previamente la existencia de la Unión Marital de Hecho por un juez de familia.

iii) Ineficacia:

Cuando el acuerdo no produce ningún efecto.

El juez ordinario tiene la potestad de declarar la nulidad de aquellas cláusulas afectadas por objeto ilícito, como serían aquellas que implican una violación de derechos fundamentales.

Las nulidades pueden ser advertidas por el juez en caso de que el acuerdo vaya a homologación o demanden el acta de conciliación por nulidad existente en ella, no advertida en primera instancia por el conciliador. Pero tal como lo manifiesta la Corte Constitucional, el no cumplimiento del acuerdo, no es óbice para declarar el acuerdo nulo:

El derecho a la conciliación es una prerrogativa inviolable, y su consumación hace tránsito a cosa juzgada, por primar la exteriorización de un acuerdo de voluntades, que es de rigor cumplir para cada una de las partes. Una cosa es un acuerdo incumplido, y otra muy distinta la nulidad del mismo. El incumplimiento de lo pactado no anula la conciliación. Todo lo contrario, es por la eficacia de la misma que dicha conciliación presta mérito ejecutivo. La litis está abierta a la conciliación, y, es más, si se trata de derechos susceptibles de transacción, ha de buscarse, a toda costa, la conciliación. El acto de conciliar no puede ser de una manera única, rígida e inflexible, porque lo que importa realmente es el fin que persigue. Es un acto que admite múltiples formas de realización. Se permiten todos los medios para conciliar, mientras no vulneren el derecho de nadie, y, por sobre todo, mientras no se desconozca el derecho de defensa. (Corte Constitucional, sentencia T 197 de 1995).

Como puede observarse, en Colombia el derecho a los recursos y, a acceder a la acción de nulidad del acta de conciliación, ya sea por causas sustanciales o procedimentales, se cumple, por lo tanto, debe considerarse como la unión perfecta y armónica entre la ADR, en este caso la conciliación, y el proceso judicial, garantizando la tutela efectiva.

4.4. El derecho a la ejecución del acuerdo logrado en conciliación

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales ↔ El derecho a la ejecución del acuerdo logrado en conciliación.

Otro aspecto importante y problemático de la efectividad de la tutela jurisdiccional tiene que ver con la existencia de instrumentos adecuados de ejecución coactiva de las decisiones judiciales. En efecto, una tutela que se detenga en el formal reconocimiento del derecho no es efectiva si la satisfacción real de ese derecho acaba por depender solamente de la buena voluntad del sujeto obligado. Por el contrario, parece que sólo se podrá hablar de tutela efectiva cuando el ordenamiento judicial disponga de instrumentos ejecutivos eficaces para obtener la ejecución de cualquier resolución jurisdiccional, Taruffo (1996, p. 143).

Es fundamental que el acuerdo logrado tenga la posibilidad de ser ejecutado, porque nada sirve tener centros de conciliación, procedimiento de conciliación, conciliador acreditado, etc., si al llegar a la fuerza ejecutoria del acuerdo, éste no la tiene, primero porque el conciliador no tuvo a consideración desde el momento de la recepción de la solicitud, verificar todos los temas de legalidad y capacidad del convocante y convocado; segundo, la mala redacción del

acuerdo alcanzado; tercero, porque se acordaron obligaciones sobre derechos que no pueden ser disponibles por los intervinientes.

Tal como indica Taruffo (1996), la *total justice* no opera, pues no hay plenitud en los remedios. En esta perspectiva, el sistema ideal es aquel en el que tenga aplicación el principio de *plenitud de los remedios*, o sea, aquel en el que cada situación jurídica encuentre instrumentos jurisdiccionales adecuados capaces de asegurar tanto la posibilidad de obtener decisiones eficaces como su efectiva realización (p. 144).

Para que exista *total justice* con respecto al proceso judicial y las ADR, debe aplicarse la “tutela efectiva de la justicia”, propiciando que por cualquiera de los métodos de resolución de conflictos se garanticen los derechos del ciudadano.

El acta que contiene el acuerdo logrado por los intervinientes debe quedar perfectamente elaborada, pero ¿a quién compete realizar este documento para que cumpla con el fin aquí cuestionado, o sea, ser ejecutable?

El conciliador es un facilitador del procedimiento de conciliación, dirigiéndolo hasta el momento en que los intervinientes lleguen o no a un acuerdo. Su obligación finiquita con la redacción del acta que contiene el acuerdo, pero no otorga la ejecutabilidad al mismo.

En cuanto a la necesaria efectividad de la tutela jurisdiccional, se trata de un principio cuya validez se encuentra ya uniformemente reconocida pero que posee contenidos todavía inciertos y mal definidos en muchos aspectos. Así, por ejemplo, no es claro si el derecho a una TJE comprende también el derecho a servirse de medidas cautelares adecuadas, ni cómo deberán configurarse éstas para adaptarse a las diversas situaciones concretas, Taruffo (1996, p. 143).

El Decreto Ley 019 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, señaló en su artículo 90:

Actas de conciliación. Las actas de conciliación no requieren ser elevadas a escritura pública. Cuando las partes en el Acta de la Conciliación extrajudicial a que se refiere la Ley 640 de 2001, acuerdan transferir, disponer gravar, limitar, afectar o desafectar derechos de propiedad o reales sobre bienes inmuebles, el cumplimiento de lo pactado se hará mediante documento público suscrito por el conciliador y por las partes conciliadoras. Lo mismo sucederá, si el bien es mueble y la ley requiere para los efectos antes mencionados, el otorgamiento de escritura pública. El Notario velará porque se presenten los documentos fiscales que señala la ley y demás requisitos legales.

Por su parte, el art. 66 de la Ley 446 manifiesta: “El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”.

El derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial confiere al ciudadano, con relación a las medidas cautelares, los siguientes derechos, Chamorro Bernal (1994, pp. 293-294):

- a. El derecho a solicitar la adopción de medidas cautelares para evitar la ineffectividad de la resolución final a dictar. En este sentido, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva el juez o tribunal que no admitiera en cualquier proceso, en cualquier momento y sea cual fuera la medida cautelar solicitada, dicha petición;
- b. El derecho a ofrecer al órgano jurisdiccional los medios probatorios que, guardando la debida proporción con el proceso principal donde se plantea, sean precisos razonablemente y en forma preliminar para acreditar bien el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*. Y ello, a pesar de las limitaciones que el legislador haya podido establecer al respecto, que podrían ser inconstitucionales ya que, dada la finalidad de la medida cautelar, lo importante es la rapidez con que el juez pueda adquirir el convencimiento del peligro de pérdida del objeto del proceso, no el medio a través del cual lo obtenga;
- c. El derecho a obtener del órgano jurisdiccional, respecto a esa solicitud de medidas cautelares, una resolución. En aras de su deber constitucional de promover la efectividad de la tutela judicial, el juez o el tribunal, valorando razonablemente y proporcionadamente los intereses en cuestión, ha de pronunciarse de una forma motivada con respecto a la medida cautelar interesada;
- d. El derecho a que la decisión judicial sobre medidas cautelares garantice la permanencia, durante el proceso, del derecho o interés jurídico a tutelar, de tal forma que si, por la ausencia o insuficiencia de la decisión adoptada en relación a la cautela, se pierde el objeto del proceso, podrá haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

En Colombia contamos con dos eventos a través de los cuales el conciliador puede solicitar medidas cautelares: si se trata de acuerdos de entrega de un inmueble arrendado y medidas provisionales para proteger a los menores de edad:

En la Ley 446 de 1998, artículo 69:

Conciliación sobre inmueble arrendado, los centros de conciliación podrán solicitar a la autoridad judicial que comisione a los inspectores de policía para realizar la diligencia de entrega de un bien arrendado, cuando exista incumplimiento de un acta de conciliación con un acta al respecto.

Y en la Ley 640 de 2001, artículo 32, dispone sobre las medidas provisionales:

Medidas provisionales en la conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de familia, si fuere urgente, los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las

autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.

Los conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales y los notarios podrán solicitar al juez competente la toma de las medidas señaladas en el presente artículo.

Cuando se fijen alimentos provisionales se debe tener en cuenta el art.111 del Código de infancia y adolescencia.

4.5. El derecho a la inmodificabilidad en los acuerdos logrados en conciliación

El derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos al efecto ↔ El derecho a la inmodificabilidad en los acuerdos logrados en conciliación:

Los efectos de cosa juzgada de la conciliación pueden verse enervados cuando el acuerdo de voluntades está afectado por un vicio del consentimiento que lo invalide, por lo que excepcionalmente se puede poner en tela de juicio la cosa juzgada por infracción a los supuestos del artículo 1502 del Código Civil, sin que ello desvirtúe el carácter serio y responsable con el que las partes deben intervenir en este caso. (Corte Constitucional T 446 de 2001).

Manifiesta de La Oliva que la cosa juzgada material subviene (como la cosa juzgada formal, pero en mayor medida y más claramente) a la seguridad y a la paz jurídicas. A esas necesidades sirve una vinculación que impida: 1) que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente y se vuelva a entablar acerca de un asunto ya definido firmemente por la jurisdicción; 2) que se produzcan resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren, injusta e irracionalmente, sentencias con el mismo contenido sobre el mismo asunto (1991, p. 23).

Al no poseer el acuerdo el efecto de cosa juzgada, no se puede impedir que sea demandado en un proceso posterior con idéntico objeto (no se puede proponer la excepción de cosa juzgada); si el objeto de un proceso es conexo con el objeto del acuerdo logrado y terminado, así el juez no podrá predeterminar su fallo en la función positiva de la cosa juzgada, de la Oliva & Fernández (1986, p. 20).

La Corte Constitucional se ha manifestado en este sentido sobre la improcedencia de tutelas para desconocer el efecto de un acuerdo logrado en conciliación así:

[...] debe reiterarse la improcedencia de la acción de tutela para desconocer el efecto vinculante de actas de conciliación laboral suscritas sin menoscabo de derechos fundamentales, de manera legal, por personas capaces de disponer y susceptibles de poner fin, con valor de cosa juzgada y por mutuo consentimiento, a relaciones laborales preexistentes. También aquí, tal como se lo hizo en reciente pronunciamiento, debe resaltarse la improcedencia de la tutela por la imposibilidad de cuestionar la validez de actas de conciliación laboral ante la justicia constitucional, por la existencia de la jurisdicción ordinaria laboral como mecanismo de protección, por la no demostración de la vulneración del derecho de asociación sindical, por la ausencia de perjuicio irremediable y por la imposibilidad, ante la manifiesta divergencia entre los supuestos fácticos, de aplicar los precedentes invocados por los actores (Corte Constitucional, sentencia T 942 de 2005).

4.6. El derecho a no sufrir indefensión en la conciliación

El Derecho a no sufrir indefensión en el proceso ↔ El derecho a no sufrir indefensión en la conciliación.

El derecho a no sufrir indefensión tiene unas características constitucionales, a saber:

4.6.1. *Derecho a no padecer indefensión y obligación judicial de impedir indefensión*

Afortunadamente, nuestra Corte Constitucional se ha manifestado sobre la posible indefensión en la conciliación, y ha indicado que, si existe dentro de una conciliación vulneración al debido proceso, este podrá ser defendido a través de la acción de tutela:

La obligatoriedad de la audiencia de conciliación prejudicial y los efectos que tiene el acta de conciliación en caso de que las partes lleguen a un acuerdo, no elimina la posibilidad de que éstas tengan acceso a un recurso judicial efectivo. Ante posibles fallas ocurridas dentro del procedimiento conciliatorio, –como cuando se desconoce el debido proceso, se afectan derechos de terceros que no participaron en la conciliación, se tramitan a través de la conciliación asuntos excluidos de ella, se desconocen derechos de personas que se encuentran en condiciones de indefensión o se concilian derechos no renunciables- que lleguen a constituir una vulneración o amenaza de derechos fundamentales, procedería la acción de tutela. En materia contencioso administrativo, el legislador previó la aprobación judicial como mecanismo de control judicial de la conciliación en estas materias (Corte Constitucional, sentencia C 1195 de 2001).

En la conciliación, son titulares para no sufrir indefensión los intervinientes, y los terceros que deban ser llamados a ella, porque el acuerdo puede beneficiarlos o perjudicarlos. Se debe igualmente respetar el derecho a la libre discusión del conflicto de una manera respetuosa. Se pueden aportar documentos probatorios, pero estos deben ser valorados y aceptados por los intervinientes, siendo ellos quienes deciden sobre su confidencialidad o aportación en un posterior proceso judicial.

El derecho a que los intervinientes no experimenten indefensión debe estar garantizado por el conciliador, quien vela en todo el procedimiento de conciliación, por los intervinientes (y terceros) y por la seguridad jurídica de sus acuerdos.

4.6.1.1. Requisitos para la apreciación de la indefensión. En relación con la indefensión, la sentencia (Corte Constitucional, T 145 de 2016) señaló que:

[...] ésta alude a aquellas situaciones en las que la persona no cuenta con la posibilidad material de hacer frente a las amenazas o a las transgresiones de otra, en algunas ocasiones por la ausencia de medios ordinarios de defensa y en otras porque éstos resultan exiguos para resistir el agravio particular del que se trata. Así, ha precisado que “el estado de indefensión es un concepto de naturaleza fáctica que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias que rodean el caso, no le es posible defenderse ante la agresión de sus derechos”, bien porque se “carece de medios jurídicos de defensa” o porque “a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.

En la conciliación, se garantiza que los intervinientes no sufran indefensión a través de:

- La aplicación de los principios que la rigen (es de aclarar que estos principios no están contemplados en las leyes de conciliación, están en los reglamentos internos de los centros de conciliación, tal como lo establece la Ley 640 de 2001 en su art. 13:

Obligaciones de los centros de conciliación.

1. Establecer un reglamento que contenga (...):

c. Un código interno de ética al que deberán someterse todos los conciliadores inscritos en la lista oficial de los centros que garantice la transparencia e imparcialidad del servicio;

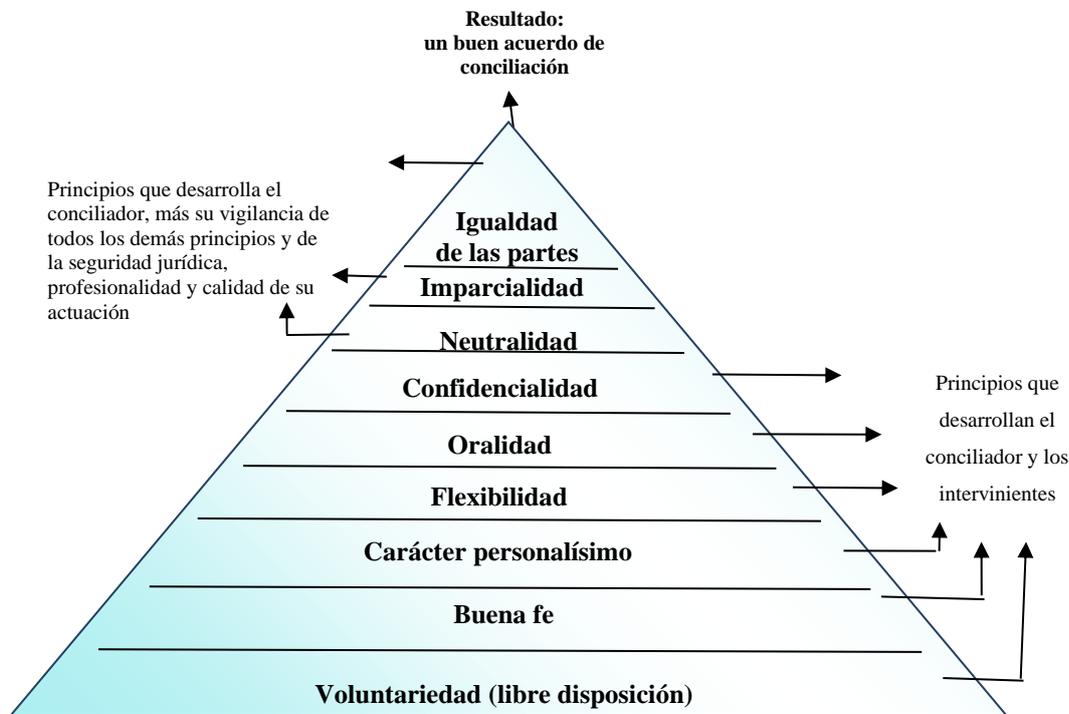
- La garantía de prestación del servicio a personas de escasos recursos económicos, bajo la consagración del beneficio de la gratuidad;

- El régimen sancionador establecido para las posibles infracciones que cometa el conciliador;
- El procedimiento de recusación y abstención del conciliador;
- La posibilidad nulidad del acuerdo logrado en conciliación o del procedimiento de conciliación.

Pese a lo indicado sobre los principios, se considera que la conciliación debe tener los siguientes:

1. Voluntariedad;
2. Igualdad de las partes;
3. Confidencialidad;
4. Carácter personalísimo;
5. Imparcialidad;
6. Flexibilidad;
7. Oralidad;
8. Neutralidad;
9. Buena fe.

La importancia de los principios para lograr un buen resultado en la conciliación la representamos así:

Figura 7.*Pirámide de los principios de la conciliación*

En la base de la pirámide se encuentra el principio más importante para la conciliación que es la voluntad de las partes; la voluntad de las partes, buena fe, carácter personalísimo flexibilidad, oralidad y confidencialidad son principios desarrollados por las partes intervinientes y el conciliador; la neutralidad y la igualdad de las partes, deben ser ejecutadas por el conciliador.

4.6.1.2. De los principios que deben desplegar los intervinientes y el conciliador en el procedimiento de conciliación para que no existe indefensión. La conciliación busca potencializar a las partes para que ellas busquen las soluciones a sus controversias. Todo lo que encaja en ella, en su procedimiento, va cimentado en principios coherentes a su fin, como son la voluntariedad, la buena fe, la oralidad, la flexibilidad, el carácter personalísimo y la confidencialidad.

4.6.1.2.1. La voluntariedad. En términos generales, la voluntariedad en las leyes de conciliación es definida como la libertad que tienen las personas implicadas en un conflicto de acogerse a la conciliación o no, así como de desistir en cualquier momento del procedimiento y de alcanzar acuerdos conforme al derecho. La voluntariedad también concierne al conciliador, quien puede negarse a iniciar la conciliación, y también puede suspender o darla por finalizada si aprecia circunstancias para tomar esta decisión.

Para nosotros, la voluntariedad consiste en permitir que las personas capaces³⁶ puedan decidir libremente³⁷ dónde y cómo quieren resolver (en derecho) los conflictos que poseen. Eligiendo la conciliación como opción, pueden acudir a un centro de conciliación y designar de mutuo acuerdo el conciliador, para que éste, sí es también su voluntad, los oriente y ayude a encontrar soluciones al conflicto; en el procedimiento de conciliación se manifiesta la voluntad de los intervinientes cuando acuden y participan activamente o no en las sesiones de conciliación; analizan las propuestas de solución y deciden o no llegar al acuerdo. La voluntariedad debe estar garantizada por el Estado a través de la legislación, la institución o centro de conciliación y por el conciliador durante todo el procedimiento de conciliación.

La autonomía de la voluntad es analizada a través del negocio jurídico movido por la voluntad y ánimo de legislar los propios actos. Sin embargo, se debe tener en cuenta, al aplicar la voluntariedad, que no se pueden regir las propias acciones si afectan el orden público o las buenas costumbres. Sólo se puede disponer libremente del patrimonio propio (si se cuenta con capacidad); de lo transigible (establecido por el derecho subjetivo³⁸) y del mismo negocio jurídico.

Respecto a la autonomía de la voluntad, Ferri (2001, pp.36-37) manifiesta:

A mi parecer, la autonomía privada no es sólo la libertad o un aspecto de ésta; y ni siquiera es únicamente licitud o facultad, es decir, libertad que se mueve en el ámbito del derecho, dentro de los límites fijados por éste. Esta última concepción representa un paso adelante respecto a la idea de la autonomía como mera libertad, pero no pone en evidencia todavía la esencia del fenómeno (tanto más que, aunque sea excepcionalmente, la actividad negocial podría salir de los confines de lo lícito aun conservando plena validez). El negocio jurídico no es el resultado

³⁶ En este sentido hablamos de capacidad para contratar (Código Civil, art. 1502); así las cosas, no pueden prestar consentimiento los menores de edad no emancipados.

³⁷ Cuando enunciamos la libertad en la voluntariedad, debemos tener en cuenta que esa libertad no debe estar viciada por error, fuerza o dolo (Código Civil, art. 1508).

³⁸ Cuando se habla de los derechos subjetivos se está haciendo referencia a situaciones de poder o de preferencia (también de ventaja) respecto a cosas o contra personas, Montero (2007, p.47).

del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el derecho o, mejor, no es solamente el resultado de éste, sino que es, ante todo, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía privada se identifica con ese poder o potestad.

El poder de producir cambios jurídicos y de producirlos del único modo posible: con el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica. Se deduce de esto que los negocios jurídicos, como manifestación de autonomía privada, son siempre actos de ejercicio de poder: tanto los negocios que contienen actos de disposición de derechos patrimoniales como los que determinan el nacimiento de meros efectos obligatorios.

Ahora bien, la voluntad en el derecho se define en forma general como la indeterminación de los sujetos o la autodeterminación de un sujeto tendiente a la celebración de un acto que produce efectos jurídicos, Junco (1999, pp.120-124).

La voluntariedad en la conciliación puede ser vista desde la disposición que tienen los intervinientes de lograr o no acuerdo, o de acudir a esta ADR *versus* el procedimiento judicial Bustelo (2009, pp. 43-44), Martín (2010, pp. 71-87).

Nos preguntamos: ¿la voluntad se vulnera cuando la legislación de algunos países impone acudir primero a mediar (requisito de procedibilidad), antes de interponer una demanda?

Es una forma o política estratégica que posee el Estado de disponer que el ciudadano conozca la existencia de otros medios alternativos para resolver los conflictos. Hacemos hincapié en que, pese a la obligatoriedad de acudir a conciliación antes de intentar un proceso judicial –establecido en algunas de las legislaciones consultadas– (ver el capítulo II; “*La conciliación/mediación en el panorama mundial*”), se respeta la voluntad de las partes de resolver su conflicto por este medio o de continuar con un proceso judicial. La obligatoriedad consiste en que las partes en conflicto asistan a la primera sesión informativa, en la que recibirán instrucción sobre el procedimiento de conciliación, sus costos, efectos del acta y se verifica si desean resolver o no el conflicto por este medio o como en Colombia, cumplir con el requisito de procedibilidad en el cual se intenta conciliar.

Ahora bien, el Estado que impone esta obligación “pre-procesal” de acudir a mediación/conciliación antes de interponer un proceso judicial debe garantizar la prestación del servicio de forma gratuita para las personas con escasos recursos económicos, y que el servicio sea prestado en todo el territorio nacional.

4.6.1.2.2. La buena fe. La buena fe en las leyes de conciliación no se encuentra definida como tal, sólo se manifiesta que las partes actuarán conforme a las exigencias de la buena fe.

El principio de la buena fe tiene que ver con la confianza que se deben las partes. Tal como expresa Larenz (1985, pp. 95-96):

El principio de la confianza tiene un componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad del tráfico. Uno y otro no se pueden separar. El componente de la ética jurídica resuena sólo en la medida en que la creación de la apariencia jurídica tiene que ser imputable a aquel en cuya desventaja se produce la protección del que confió. En cambio, el componente ético-jurídico está en primer plano en el principio de la buena fe. Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es “imputable” cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar. En esta medida es idéntico al principio de la confianza. Sin embargo, lo sobrepasa y va más allá. Demanda también un respeto recíproco ante todo en aquellas relaciones jurídicas que requieren una larga y continuada colaboración, respeto al otro también en el ejercicio de los derechos y en general el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico.

La sentencia (Corte Constitucional, sentencia C 1049 de 2004) establece a la buena fe como uno de los principios generales del derecho y reseña:

El principio de la buena fe en términos amplios es entendido como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico. De igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.

La buena fe puede ser objetiva y subjetiva. La buena fe objetiva es la que requiere del otro el deber de información, de actuar con lealtad, con veracidad, con el deber de secreto o

reserva. La buena fe subjetiva tiene que ver con la apariencia de quien se cree que actuó legítimamente.

Así las cosas, el no utilizar la buena fe puede ocasionar daños a los intereses de alguna de las partes, (Ordoqui, 2011, pp. 31 y ss.), lo cual se consigue actuando de alguna de las siguientes formas:

- Ocultando la realidad a través de reticencia o dolo pasivo;
- Falsificando la realidad mediante disminución de lo verdadero;
- Silenciando por negligencia o ignorancia culpable la existencia de una causa de ineficacia;
- Apartándose injustificada y arbitrariamente de los acuerdos;
- Prolongando deliberadamente las tratativas para luego contratar con un tercero;
- Actuando sin poder de representación o más allá de sus límites;
- Revocando la propuesta realizada, habiendo renunciado a la facultad de retractarse.

La aplicación del principio de la buena fe en la conciliación incumbe a la institución de conciliación privada y al conciliador cuando se fijan los honorarios y el número de sesiones a desarrollar en el procedimiento, pues si existen más sesiones, y más horas, ambos se pueden ver más favorecidos. También puede vulnerarse la buena fe por el conciliador si el acuerdo al que lleguen los intervinientes de algún modo le beneficia.

La buena fe es actuar con lealtad, respeto, honestidad, coherencia, sin ocultar información, ser correcto en todo momento, no defraudar al otro transgrediendo la voluntad con que éste accedió para solucionar el problema a través del diálogo, de la solución conciliada.

4.6.1.2.3. Del carácter personalísimo. Las leyes de mediación/conciliación contemplan que el conciliador y los intervinientes deben asistir siempre de manera personal a las reuniones de conciliación, y que podrán utilizarse medios electrónicos en alguna reunión de conciliación.

Para resolver un conflicto, se requiere la presencia personal de las personas implicadas en el mismo: para manejarlo, comprenderlo y resolverlo nadie más que ellos para mover emociones enquistadas, encontrar el punto donde se inició y las fórmulas de acuerdo. Si asisten

personas a quienes se delega la asistencia a las sesiones y la decisión a tomar, se pueden lograr soluciones no sentidas por los implicados y fracasaría la negociación establecida.

Es fundamental en la conciliación que sean las partes en conflicto, de manera personal, las que se enfrenten a sí mismos, a sus miedos, problemas de comunicación, a encontrar una solución, pues sólo ellas conocen el fondo de la situación conflictiva y saben qué les conviene o no. Entendemos que, si se parte de los principios de la conciliación concernientes a los intervinientes, como lo son la voluntad, buena fe, oralidad, confidencialidad, no deben otorgarse poderes a terceras personas (como por ejemplo los abogados) para que decidan por ellos, pues eso se asemeja a entregarle a un tercero (juez o árbitro) la decisión del litigio a través de una sentencia o laudo arbitral. En la conciliación es necesaria e imprescindible la presencia de las partes implicadas (con capacidad legal) para lograr un acuerdo.

Con la inmediatez o carácter personalísimo, es posible que el conciliador identifique los verdaderos hechos generadores del conflicto, intereses y necesidades de los intervinientes, y se informe un criterio acertado para dirigir diligentemente el procedimiento y poder acercar a los intervinientes a la solución.

En virtud de este principio, el conciliador tendrá una relación directa y sin intermediarios con los implicados (solicitantes de la conciliación) y terceros necesarios para resolver el conflicto.

Parkinson (2005) considera que en las conciliaciones donde están implicados menores, éstos deben asistir para identificar con precisión qué necesitan, qué es lo más conveniente para él, logrando así un acuerdo efectivo. El criterio de Parkinson (2005, pp.201-202) es que la intervención de un menor en la mediación debe ser muy bien programada y coordinada con los padres; además, hay que tener presente que lo que diga el menor en la reunión de mediación/conciliación, no puede ser tenido en cuenta en un eventual proceso judicial.

Nos parece importante tener en cuenta que, si el conciliador es abogado, para este caso de conciliación familiar con intervención de menores, sería prudente para lograr unos buenos resultados que estuviera acompañado en el procedimiento de conciliación de un comediador con una formación que lo complementa, como por ejemplo un psicólogo o un trabajador social.

Respecto a la presencia de los abogados de los intervinientes en el procedimiento de conciliación, es importante acotar que, aunque no es necesaria, se acepta. El abogado puede asesorar en privado a su cliente, pero nunca decidir ni tomar un papel protagónico en el procedimiento de conciliación, pues la discusión de soluciones parte y depende de los

intervinientes, no de terceros, de ahí la importancia de formar al abogado respecto a la conciliación para que no entorpezca el procedimiento de conciliación ni su resultado, sino que más bien facilite y ayude a lograr acuerdos.

4.6.1.2.4. Flexibilidad. Según la RAE, flexibilidad viene de flexible:

Flexible.

(Del lat. *flexibilis*).

1. adj. Que tiene disposición para doblarse fácilmente.
2. adj. Que en un enfrentamiento se pliega con facilidad a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro o de otros. Carácter, persona flexible.
3. adj. Que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas. Ideología, legislación flexible.
4. adj. Susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades. Horario, programa flexible.
5. m. Cable formado de hilos finos de cobre recubiertos de una capa aislante, que se emplea como conductor eléctrico.
6. m. sombrero flexible.

Para las leyes de conciliación, la flexibilidad consiste en desarrollar de manera antiformal el procedimiento, adaptándose a las situaciones de los intervinientes (dado el carácter voluntario), garantizando la calidad y los requisitos mínimos que exige la ley.

La flexibilidad en la conciliación se refleja en el procedimiento en sí al no deberse encuadrar en normas precisas ni en plazos preestablecidos. El procedimiento de conciliación y algunos de sus plazos son susceptibles de cambios, dependiendo de las necesidades existentes de los intervinientes y del conciliador.

La aplicación de la flexibilidad debe respetar los términos máximos fijados en las leyes de conciliación. La flexibilidad puede operar en:

- El tiempo o duración del procedimiento de conciliación, el cual debe respetar los límites fijados en las leyes;
- La aceptación de los intervinientes de que el conciliador, estando implícito en motivos de abstención, continúe dirigiendo el procedimiento;

- El número de reuniones y el tiempo que tarda en desarrollarse cada una, así como aplazarlas o programarlas dependiendo de la agenda conjunta de los intervinientes y del conciliador;
- Cambios y modificaciones en el contrato de conciliación (acta de primera sesión o sesión constitutiva);
- Las personas que puedan intervenir en cada una de las reuniones;
- El sitio donde se realiza cada reunión;
- La admisión de reuniones presenciales o a través de medios electrónicos (videoconferencia, sala virtual, etc.);
- Que, una vez logrado el acuerdo de conciliación, posteriormente se puede modificar por la misma voluntad de las partes, siempre y cuando no contraríen la ley.

4.6.1.2.5. La oralidad. Siempre que se habla del mundo del derecho (como profesión), nos imaginamos la perfecta oralidad, pues recordamos como grandes juicios se han desarrollado de manera oral. Las sociedades antiguas que gozaban de una cierta base para entrar en conocimiento científico del derecho establecieron un procedimiento cierto y público para la resolución de sus conflictos. Esto implica un mecanismo para su publicidad, en principio el lenguaje, Gagarín (2001) citado por Narváez Hernández (2007).

Cuando una o ambas partes afectadas por un conflicto piensan en resolverlo decidiendo acudir a conciliación, su primer paso será presentar un escrito de solicitud de conciliación en el cual hacen una breve descripción de su diferencia; una vez la institución de conciliación da trámite a esa petición, designan conciliador, el cual cita a la primera o única sesión, y desde ahí comienza una fase netamente ejecutada a través de la oralidad.

La palabra y los gestos que acompañan demuestran la forma que tenemos de comunicarnos. Antes que aprender a escribir, hablamos, y durante mucho tiempo, en la humanidad, se hablaba, antes de aprender a leer y a escribir, de ahí la importancia de que la conciliación sea un proceso netamente verbal.

La oralidad genera agilidad en el proceso y hace conscientes a las partes de los errores que cometen al hablar, de los problemas que causan por usar mal el tono de voz, la forma de decir las cosas, los gestos, pues todo ello genera grandes conflictos, de ahí el valor de que el

conciliador sea un experto en técnicas de comunicación para lograr empatía con los intervinientes y generar una buena dirección y fluidez en el procedimiento al poseer la habilidad de manejar momentos álgidos en la conversación entre los implicados en un conflicto.

Culminada la fase de negociaciones (basada en la oralidad), la conciliación terminará como empezó, de forma escrita, a través de un acta que contendrá el acuerdo logrado.

4.6.1.2.6. La confidencialidad. Las leyes de conciliación al hablar de la confidencialidad indican que toda información, dato, hecho y documentación obtenida en el transcurso del procedimiento de conciliación será secreta, salvo autorización expresa de todas las partes. El conciliador puede decidir vulnerar la confidencialidad si infiere existencia de hechos delictivos o de amenaza para la vida o integridad física de alguno de los intervinientes o miembros del núcleo familiar de éstas. La confidencialidad se debe entre los intervinientes, el conciliador y los técnicos o expertos que por cualquier motivo conozcan del procedimiento de conciliación.

La confidencialidad consiste en mantener en secreto de reserva todo lo que llega al procedimiento de conciliación: es guardar discreción, prudencia absoluta, (de lo tratado en las reuniones conjuntas o separadas), de la documentación aportada, de las actas de reunión que contienen posibles fórmulas de acuerdo, de lo dicho y escrito, para no ser revelado a terceros ajenos al procedimiento o utilizado en contra de uno de los intervinientes en un eventual proceso judicial.

La conciliación, al ser un procedimiento personal y oral, genera entre los intervinientes y el conciliador una sinergia, permitiendo la generación de confianza entre los sujetos de la conciliación.

La confidencialidad no es absoluta, pues en el desarrollo del procedimiento de conciliación pueden presentarse o conocerse hechos punibles o situaciones de maltrato, violencia, situaciones de peligro en contra de menores, incapaces o intervinientes, para lo cual el conciliador deberá acudir ante la autoridad competente y poner el hecho en conocimiento; igualmente debe indicarles a los intervinientes si es una causal para dar por terminado el procedimiento de conciliación.

Otro evento en que el conciliador no puede guardar la confidencialidad podría ser una posible renuncia (justificada y motivada) de su encargo por factores posteriores luego del inicio de la conciliación (como por ejemplo pérdida de imparcialidad o por circunstancias personales), momento en el cual deberá transmitir al nuevo conciliador toda la información recibida durante el procedimiento; para ello, deberá contar con la aquiescencia de los intervinientes. Sobre confidencialidad y secreto profesional a: Corvo (2011), Viola (2010), Menéndez & Torrès–Fernández (2008), Lega (1976, pp.145 y ss.) y Azerrad (2007, pp.428 y ss.).

4.6.1.3. De la gratuidad del servicio de conciliación. El principio de gratuidad para acceder a la justicia pretende proteger a toda persona que no posea medios económicos para impetrar un proceso judicial para de esta forma obtener todas las oportunidades y garantías procesales, partiendo del principio de igualdad. Al ser la conciliación una ADR reconocida para resolver conflictos en derecho, debe contemplar en su normatividad el derecho a la gratuidad del servicio a personas carentes o escasas de recursos económicos.

La gratuidad de la justicia, o mejor, el beneficio de asistencia judicial gratuita no es un privilegio que deba otorgarse indiscriminadamente, sino un medio para compensar situaciones económicas desiguales de los litigantes, para que ninguno de éstos pueda verse privado de obtener la efectiva tutela jurisdiccional para la protección de sus derechos y legítimos intereses, Pacheco (1995, p.17).

Ahora bien, si nos referimos al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es evidente que el alargamiento del proceso afecta especialmente a la persona con escasos o nulos recursos económicos, por lo que los procedimientos para reconocer el derecho a la conciliación gratuita deben ser rápidos y oportunos, con plazos cortos para resolver la petición; por ejemplo, la resolución otorgando o no el beneficio de la gratuidad, una vez solicitada, no debe tardar en su concesión más de diez días, de lo contrario, se violarían los principios de celeridad, flexibilidad y antiformalismo de las ADR.

El beneficio de la gratuidad en la prestación del servicio de conciliación es objeto de desarrollo legislativo, pues la persona que desea utilizar voluntariamente este mecanismo para resolver sus conflictos debe gozar de garantía para acceder al mismo; lo cual se observa directamente en las leyes que a continuación se citan:

- a. Respecto a la conciliación en equidad, está siempre se ofrece de forma gratuita, como lo establece la Ley 23 de 1991, art. 23 y Decreto 1818 de 1998, art. 87: “El ejercicio de

las funciones de conciliador en equidad se realizará en forma gratuita, teniendo en cuenta que el nombramiento constituye especial reconocimiento al ciudadano de connotadas calidades”.

- b. Desde la reglamentación que se realizó de la conciliación en 1998, se estableció la gratuidad de la conciliación en la Ley 446 de 1998, así:

Artículo 41. Servicio social de centros de conciliación.

El Gobierno Nacional expedirá el reglamento en que establezca un porcentaje de conciliaciones que los centros de conciliación y los notarios deberán atender gratuitamente cuando se trate de audiencias sobre asuntos respecto de los cuales esta ley exija el cumplimiento del requisito de procedibilidad y fijará las condiciones que los solicitantes de la conciliación deberán acreditar para que se les conceda este beneficio. Atender estas audiencias de conciliación será de forzosa aceptación para los conciliadores.

Artículo 96 Tarifas.

El artículo 72 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

Artículo 72. Los Centros de Conciliación deberán fijar anualmente sus tarifas dentro del marco que para el efecto determine el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Sin embargo, los Centros de Conciliación organizados en las Universidades, en los términos de esta ley, prestarán gratuitamente sus servicios.

- c. Para poder cumplir con el requisito de procedibilidad, Ley 640 de 2001, precisa:

Artículo 4. Gratuidad.

Los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas serán gratuitos. Los notarios podrán cobrar por sus servicios de conformidad con el marco tarifario que establezca el Gobierno Nacional.

Artículo 10. Creación de centros de conciliación.

El primer inciso del artículo 66 de la Ley 23 de 1991 quedará así:

Artículo 66. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las entidades públicas podrán crear centros de conciliación, previa autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho. Los centros de conciliación creados por entidades públicas no podrán conocer de asuntos de lo contencioso administrativo y sus servicios serán gratuitos.

- d. Ahora bien, la gratuidad de la conciliación se garantiza en Colombia para las personas de escasos recursos económicos, y que pertenecen al estrato social 1 y 2, conforme al Decreto 1829 de 2013. Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012:

Artículo 11. Principios.

[...]

d) Responsabilidad social. Los Centros deben garantizar que sus servicios se ofrezcan de forma gratuita o bajo condiciones preferenciales de acceso a personas de los *estratos 1 y 2*”.

Artículo 24. Jornadas Gratuitas de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición. Los Centros de entidades sin ánimo de lucro deberán organizar y realizar mínimo una jornada gratuita al año, ya sea de conciliación, arbitraje o amigable composición, que deberá ser coordinada con el Ministerio de Justicia y del Derecho.

En dichas jornadas deberá atenderse un mínimo de casos presentados según lo defina el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de cualquiera de los métodos alternativos de solución de conflictos, que no debe ser inferior al cinco por ciento (5%) de los casos atendidos por el Centro en el año inmediatamente anterior. [...]

Los árbitros y los conciliadores tendrán la obligación de prestar gratuitamente sus servicios en las jornadas a las que se refiere este artículo.

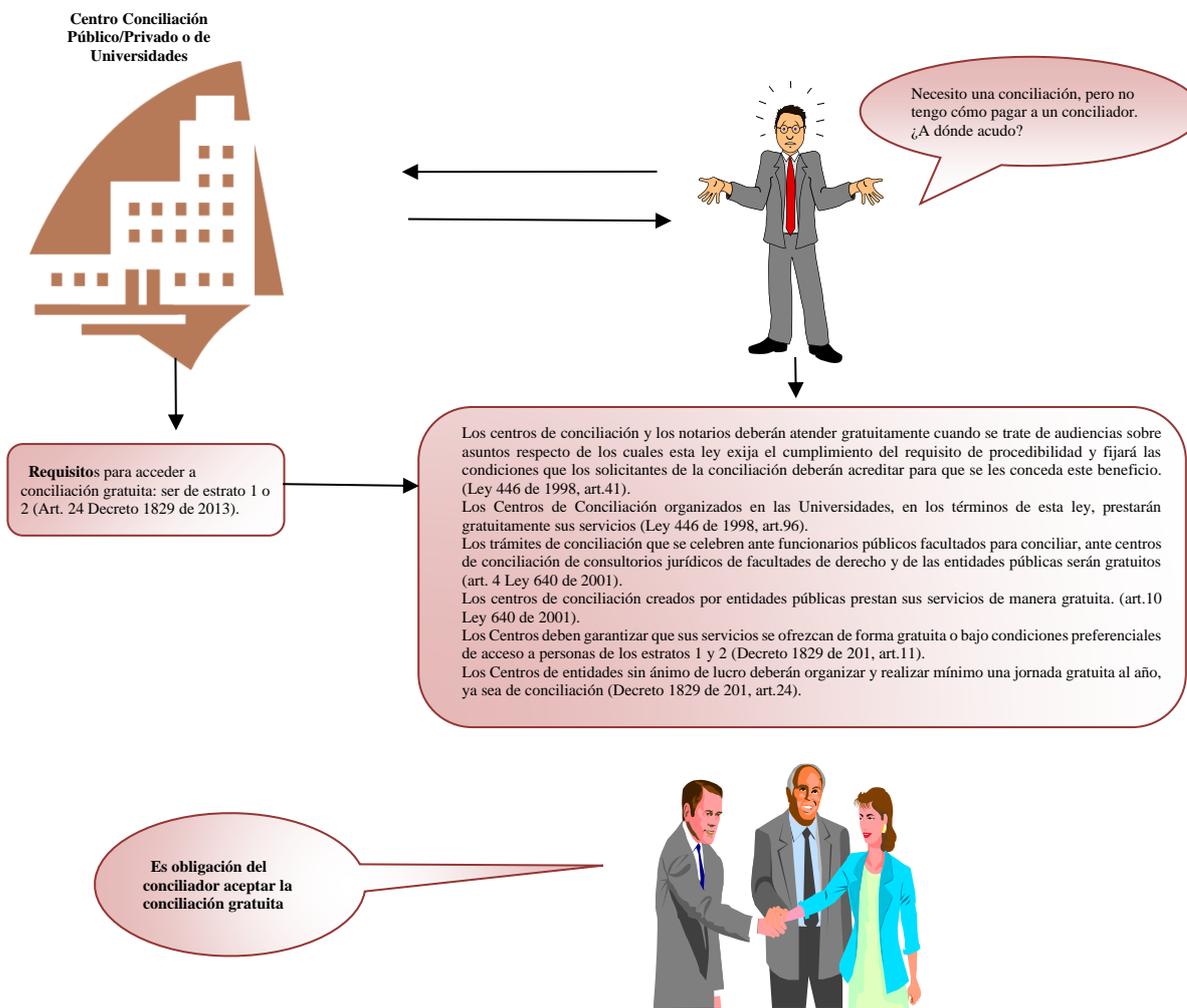
[...]

Si dentro de una misma jornada no se presentare el porcentaje mínimo de solicitudes de conciliación, arbitraje o amigable composición conforme a lo establecido en el inciso segundo, el Centro deberá organizar una nueva jornada gratuita.

Como puede observarse, la legislación colombiana se ha preocupado por que la conciliación sea gratuita, que las personas que no tienen recursos económicos suficientes puedan acceder a cumplir con su requisito de procedibilidad o, a conciliar si es su voluntad, ahora bien, compete a los Centros de Conciliación reglamentar en sus estatutos el prestar de forma gratuita el servicio de conciliación para las personas que lo soliciten.

Figura 8.

Acceso a la conciliación gratuita



Un procedimiento completo para otorgar el beneficio de la conciliación gratuita debe tener las siguientes características:

- Se concede el beneficio de la gratuidad de la conciliación a las personas físicas. Las personas jurídicas deberán en todo caso pagar los honorarios del conciliador y los gastos de administración al centro de conciliación, excepto cuando se realicen jornadas de conciliación, caso en el cual todas las conciliaciones que se inicien serán gratuitas para las personas físicas y jurídicas;
- El centro de conciliación proporcionará al interesado del beneficio de la conciliación gratuita un modelo de solicitud de beneficio de conciliación gratuita, con listado anexo donde se le informará de la documentación que debe aportar junto a la solicitud;

- La solicitud con sus anexos deberá ser presentada en las instalaciones del centro de conciliación, en cuya recepción se verificará que la solicitud se encuentre debidamente diligenciada y que estén los documentos necesarios aportados. Si adolece de algún error o falta de documentación solicitada, se le informará en el acto al interesado, para que la adicione o modifique y la presente nuevamente cuando lo considere oportuno;
- Presentada en debida forma la solicitud, el director del centro de conciliación resolverá la petición o la denegará en un plazo de dos (2) días hábiles, después de haber recibido la solicitud en las instalaciones del centro. Si la solicitud es aprobada, en la resolución se designará conciliador principal y suplente:
 - Se notifica la resolución al interesado y a los conciliadores designados dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la emisión de la resolución;
 - La designación del conciliador es de estricta aceptación, no pudiendo excusarse sino por motivos de abstención. El conciliador principal designado continúa con el trámite del procedimiento de conciliación.
- Si la solicitud fuere denegada, deberá motivarse y concederse el recurso de reposición y en subsidio el de apelación: Se notifica al interesado la resolución denegatoria, informándole que tiene tres (3) días hábiles para presentar y sustentar el recurso de reposición ante el director del centro de conciliación;
- Vencido el término, si el interesado presentó en tiempo el escrito que contenga el recurso de reposición, el director del centro de conciliación deberá resolverlo en un término de tres (3) días hábiles; si confirma la resolución anterior, deberá notificar la decisión al interesado en un término de tres (3) días hábiles, para que éste manifieste por escrito si desea interponer recurso de apelación ante el superior jerárquico del director del centro de conciliación;
- El superior jerárquico del director tendrá cinco (5) días hábiles para resolver el recurso de apelación, el cual deberá ser notificado al interesado dentro de los dos (2) días después de que se emita la resolución;
- Si la resolución emitida confirma la decisión del director del centro conciliación, sobre esta decisión no proceden más recursos;
- Si la resolución es favorable para el interesado, en la misma se designa al conciliador principal y suplente, siendo de estricta aceptación el nombramiento, excepto si el

conciliador se encuentra inmerso en motivos de abstención (para lo cual se aplicará el procedimiento de abstención y recusación), tomando el conciliador suplente la orientación del procedimiento de conciliación;

- Se notifica resolución al interesado y los conciliadores designados. El conciliador principal designado, inicia el procedimiento de conciliación.

4.6.2. Del régimen sancionador

Al hablar de sanción administrativa, primero nos debemos recordar que el conciliador por el artículo 116 inc. 4 de la Constitución política está administrando justicia de manera temporal, es decir, desde su designación hasta la firma del acta de conciliación o la emisión de la constancia de no conciliación, por tanto, es posible aplicar el régimen de faltas para los funcionarios judiciales.

El parágrafo 2 artículo 72 de la Ley 1952 de 2019 Código general disciplinario expresa:

Sujetos y faltas gravísimas. Los sujetos disciplinables por este título solo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas; son faltas gravísimas las siguientes conductas: [...]

PARÁGRAFO 2. Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además regímenes de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado.

Así las cosas, el conciliador que no advierta sobre sus impedimentos, inhabilidades (Ley 270. 1996, art. 150), incompatibilidades (Ley 270, 1996, art. 151), conflictos de intereses estipulados en la Constitución Política, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y demás leyes (Código general disciplinario, art. 242), podrá ser sancionado conforme al procedimiento establecido en el código general disciplinario.

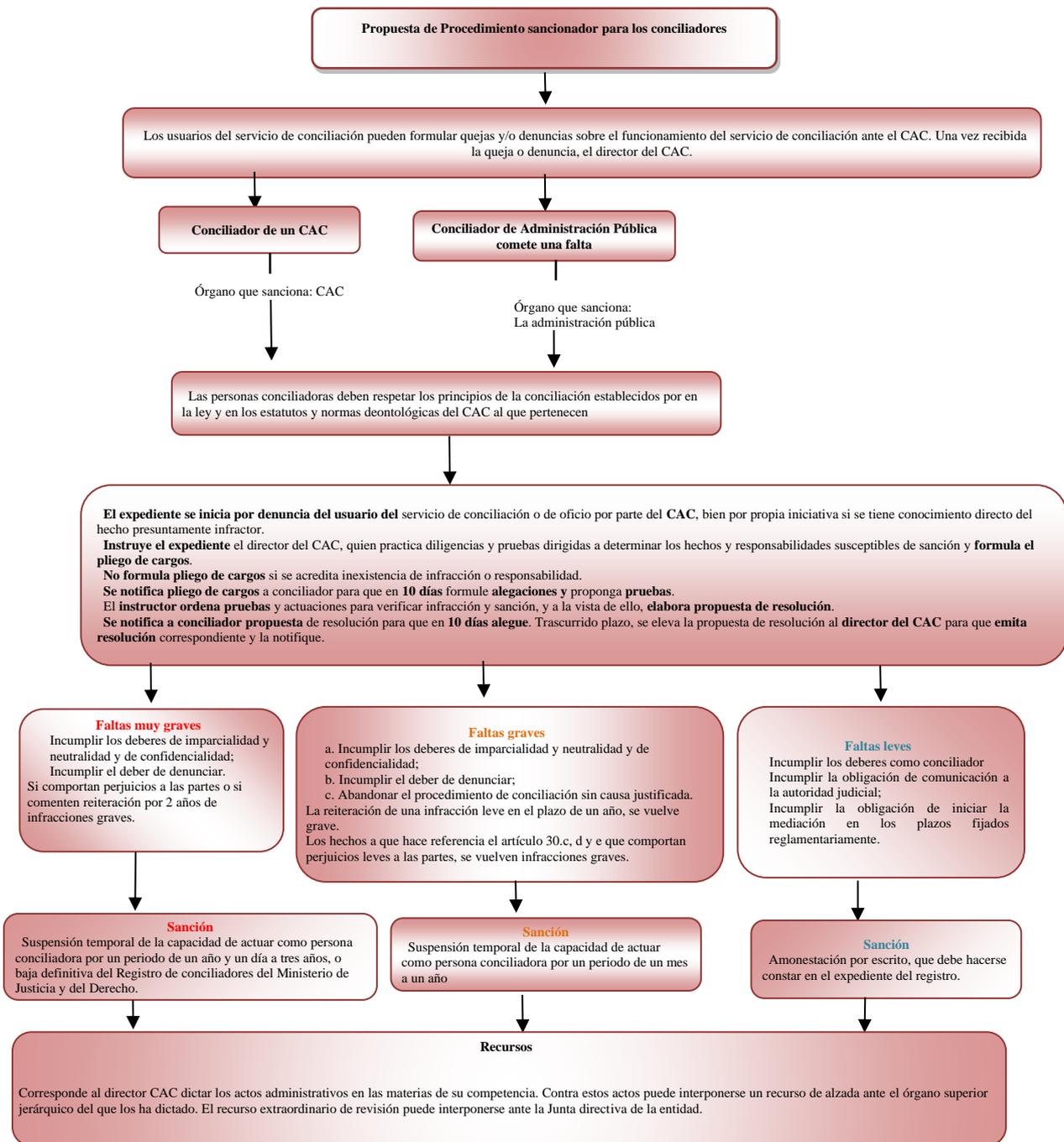
Por otro lado, cada centro de conciliación posee su propio código de ética y debe tener su propio régimen sancionador, el cual debe respetar el debido proceso.

4.6.2.1. Recomendaciones personales al régimen sancionador del conciliador. En términos generales, reglamentos de los centros de conciliación, deben precisar en el régimen sancionador:

- a. Procedimiento sancionador para las instituciones conciliación;
- b. Las clases de conciliación y conciliadores (qué régimen sancionador se les aplica y a quién le compete ejecutarlo);
- c. Ante qué órgano, entidad y titular se debe presentar la denuncia de la infracción;
- d. Qué órgano, entidad y titular debe instruir, emitir la resolución sobre la infracción y su posible sanción o absolución;
- e. Plazos en que los funcionarios deben resolver;
- f. Tiempo en que prescriben las infracciones y las sanciones;
- g. Graduación de las sanciones;
- h. Recursos que tienen los intervinientes sobre las resoluciones emitidas y plazos para interponerlos y resolverlos;
- i. Publicación de las sanciones.

Figura 9.

Propuesta de procedimiento sancionatorio para conciliadores



Para concluir este capítulo podemos indicar que en sentencia (Corte Constitucional, C 1195 de 2001) analizó la TJE en la mediación, así:

De las consideraciones anteriores se concluye que la mediación forma parte de políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia y que los resultados observados indican que realmente pueden llegar a cumplir, en mayor o menor grado, dicha finalidad. No obstante, esto no es suficiente para precisar la relevancia constitucional de la mediación a la luz del derecho a acceder a la justicia. Para ello es necesario adelantar algunas consideraciones sobre el concepto de tutela judicial efectiva.

El derecho a acceder a la justicia también 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.”

Tanto para la protección de los derechos, como para la solución de conflictos, el derecho a acceder a la justicia –formal o alternativa– exige en todas y cada una de las etapas del proceso que la actividad de justicia esté orientada a facilitar la solución pacífica de los conflictos y asegurar de manera efectiva el goce de los derechos. Por eso la Constitución expresamente establece que el derecho sustancial prevalece sobre el derecho formal.

El derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que:

(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos para definir cuándo no existe recurso judicial efectivo:

... no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un

cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

En conclusión, 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 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. Así han sido concebidos y desarrollados, como se anotó anteriormente cuando se hizo referencia a las “olas” de las reformas para promover el acceso a la justicia.

A manera de conclusión de este capítulo, se demostró en el que la figura o institución de la conciliación, recopilada en las leyes actualmente vigentes en Colombia contienen y respetan todos los derechos de la Tutela Judicial Efectiva (ver en Anexo: Tabla N° 9. Resumen de la conciliación y la TJE), siendo por lo tanto la conciliación una alternativa de resolución de conflictos con soporte legal constitucional y jurisprudencial, de gran contenido garantista, la cual debe ser más difundida y llevada directamente a los palacios de justicia donde se ofrezca de manera gratuita y en algunos casos onerosa, logrando integrar acertadamente a la justicia ordinaria, dejándola de ver como un mecanismo de descongestión de despachos judiciales.

CAPÍTULO V.

LOS SUJETOS EN LA CONCILIACIÓN

5. Sujetos del derecho a la tutela judicial efectiva en la conciliación

5.1. Los intervinientes

A pesar de que en las leyes de conciliación se llama a las personas que intervienen en el procedimiento de conciliación “partes”, nos parece que el término debe ser diferente, pues siempre se ha utilizado y vinculado la expresión de “partes” al proceso judicial, siendo una parte demandante y otra, parte demandada.

Sabemos de todas formas que el concepto “parte” no es un término exclusivo del derecho procesal. La palabra, aún en sentido lógico, implica algunos de los elementos de un todo.

Desde el punto de vista jurídico, “parte” se refiere a los sujetos de derecho, es decir, a los que son susceptibles de adquirir derechos y obligaciones. Así, en el contrato, las partes son las creadoras de este, son las que han intervenido en su celebración y las que se beneficiarán o perjudicarán con los efectos del mismo. También en cualquier relación jurídica, se puede hablar de las partes de esta, o sea, de los sujetos vinculados por dicha relación, Gómez (2000, p. 189).

Parte, desde el punto de vista del proceso civil, son aquel o aquellos sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquél o aquéllos respecto de los cuales o frente a los cuales se pide esta tutela. Más precisamente aún, partes son únicamente los sujetos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del juez o tribunal, sea que conceda o deniegue la tutela pedida, sea que establezca que no puede pronunciarse sobre ella en ningún sentido, de la Oliva & Fernández (1986, p. 315).

Por lo anterior, pensamos que en conciliación se debe crear un término que identifique dentro del ambiente del procedimiento de conciliación a los sujetos más importantes en él, por lo que no es prudente llamarlas solamente partes. Nosotros nos decantamos por denominarlos “intervinientes”, aunque también nos parece correcto llamarlos “partes conciliadas” o “convocante y convocado”. Los intervinientes son los sujetos más importantes de la conciliación, pues son ellos quienes tienen la facultad de decidir sobre la solución de su propio conflicto. Las partes son tratadas por el derecho procesal de forma diferente que en la ADR que

nos ocupa, pues no se habla de parte activa y parte pasiva del conflicto y deben ser tratadas por el tercero (conciliador) con igualdad y equilibrio.

A mayor abundamiento, Devis (2004, p. 307) indica que todos los autores distinguen, con mayor o menor claridad, las relaciones extraprocerales y las procesales, para a su vez separar la noción de parte aplicada a cada una. Cuando se trata de relaciones procesales, el concepto de parte se refiere a quienes intervienen en el proceso, sin que importe la situación en que se encuentren con respecto al derecho sustancial discutido o por satisfacer y al litigio que sobre ese derecho se haya presentado. De esta suerte, puede ser parte en el proceso quien no lo sea en la relación sustancial, ni en el litigio que sobre ella exista, o puede ser parte en dicha relación y en el litigio quien no lo sea en el proceso. Puede demandarse sin derecho o sin legitimación en la causa e interés sustancial para obrar, ya que estas son cualidades que miran la relación sustancial y que influyen en la suerte de las pretensiones y en el contenido de la sentencia, pero no presupuestos de la acción ni de la calidad de la parte.

Lo expresado por Devis Echandía no lo podemos aplicar en su totalidad a la conciliación, pues en la conciliación a los intervinientes se les trata con igualdad, no hay distinción entre ellos; como por ejemplo en el contrato: contratante y contratado, o en un proceso judicial: demandante y demandado, etc. En la conciliación, la voluntariedad hace que las personas naturales o jurídicas que se encuentran inmersas en un conflicto sean tratadas con proporcionalidad e igualdad hasta en el nombre que se les otorga. Además, los intervinientes deben poseer desde el comienzo del procedimiento de conciliación un interés común, un conflicto común, y el deseo de tratar de resolverlo; asimismo, deben estar legitimadas por la ley para resolverlo por medio de esta ADR.

Los intervinientes pueden ser personas naturales o jurídicas; estas últimas deben estar debidamente representadas por su representante legal, según sus estatutos o la ley. En caso de litisconsorcio (presencia de varias personas naturales o jurídicas) de una misma calidad o extremo del conflicto, puede estar representada por una sola de los intervinientes o por ambas. El conciliador deberá tener en cuenta al momento de citar a los intervinientes, la existencia o no de litisconsorcio.

Sin embargo, para poder alegar la violación del derecho a ser parte y por tanto del derecho a la tutela, hay que haber actuado con diligencia para ver reconocida esa condición, que el litisconsorcio afecte al propio recurrente y no a un tercero, y no tener otra vía de defensa, Chamorro (1994, pp. 57-58).

Por lo anterior, si se va a conciliación, se requiere la conformidad de todos los litisconsortes necesarios, mientras que en el litisconsorcio voluntario en caso de conciliar o transigir no se requiere la conformidad de todos los litisconsortes, bastando que uno de ellos lo realice para que el procedimiento de conciliación sea efectivo en cuanto afecte a su derecho.

Hemos hablado antes de los litisconsortes, pero existen otros casos que podrían incidir en una conciliación. Por ejemplo, la aparición de terceros que tengan interés en la solución, o que la solución les afectaría³⁹. En estos eventos la discusión estaría reflejada en el desarrollo de una conciliación: ¿hasta dónde llega la facultad o no del conciliador de aceptar a estos terceros como intervinientes dentro de la solución o no, o el reconocerlos en sus derechos? La respuesta la encontramos en lo manifestado por Junco (1999, pp. 219-222): si se ha suspendido un proceso para adelantar por fuera de éste el acto conciliado, recomienda:

[...] que los intervinientes de común acuerdo procedan a consentir adelantar el trámite de conciliación ante conciliador distinto al juez; por cuestión práctica deberá solicitar certificación del juez de conocimiento, donde se determine qué personas, a más de las partes, están reconocidas dentro del proceso, y tratándose de terceros, en relación con qué parte lo está. Si no lo hace así, de todas maneras, le corresponde al conciliador respectivo examinar la situación jurídico-procesal de la intervención de ese tercero de que se trate.

Si la conciliación es realizada fuera de un proceso judicial, debe primar el buen juicio jurídico tanto procesal como sustancial y mirar la procedencia o no de la intervención de los terceros. Sin embargo, el mismo autor indica que si la situación se presenta en conciliación fuera del proceso, bien sea porque no existe todavía éste o porque los intervinientes quisieron recurrir a un conciliador no oficial (por ejemplo de una institución de conciliación privada) distinto al juez, consideramos que este conciliador no tiene la competencia ni la autoridad para calificar la comparecencia de los terceros, de tal manera que no podrá proferir ninguna decisión que legitime o no, que estime o desestime la comparecencia de ese tercero. La actitud del conciliador será solamente dejar constancia en el acta de esas terceras personas que asisten o comparecen a la reunión de conciliación, la calidad que aducen tener y los fundamentos de todo tipo que aporten. El conciliador particular carece de facultad para proferir ese tipo de decisiones que incuestionablemente tienen implicaciones jurídicas hacia el futuro. En casos como estos, el conciliador institucional debe limitarse a identificar el objeto de la intervención, la manifestación que haga el tercero y la relación que encuentre con los intervinientes.

³⁹ Vid. Junco Vargas, (1999, p. 218): 1) Los litisconsortes; 2) Los coadyuvantes; 3) Los intervinientes *ad excludendum*; 4) La denuncia del pleito; 5) El llamado en garantía; 6) Vinculación de un tercero como verdadera parte.

Los intervinientes de la conciliación deben tener capacidad y legitimación para acceder a ella. La capacidad consiste en la aptitud de dar, hacer, omitir o recibir algo con efectos jurídicos. En tal sentido, es un atributo de la persona humana y va desde su nacimiento hasta su muerte. Por una especie de prolongación, inherente a la condición de la propia persona humana, tienen también capacidad en algunos de estos sentidos el meramente concebido y las personas jurídicas. Las incapacidades están establecidas por razones físicas, psiquiátricas, sociales, morales, Couture (2010, p. 156).

Siendo la capacidad una aptitud del ser humano, también se entiende como capacidad jurídica la aptitud del sujeto para poder disfrutar de los derechos que le confiere la ley; por ello, se identifica en este sentido con el concepto de personalidad jurídica, entendida ésta precisamente como la idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones que implica la concurrencia de una serie de atributos, llamados atributos de la persona. Además, se dispone de la aptitud para ejercer o hacer valer por sí mismo los derechos u obligaciones de los que sea titular. Gómez (2000, p. 195).

Con ello, nos encontramos ante la aptitud para pedir la tutela de los tribunales (ejercitando acciones) y resultar afectado por la decisión jurisdiccional relativa a la tutela jurídica pretendida, de la Oliva & Fernández (1986, p. 317).

Consultadas las leyes procesales, podemos deducir por analogía, que la capacidad para comparecer a conciliación y para llegar a un acuerdo en ella está relacionada con la capacidad procesal que se predica en el ámbito procesal, no olvidando las definiciones propias del Código Civil sobre persona natural y persona jurídica (Código General del Proceso, arts. 53, 54, 59).

Resulta lógico y absolutamente congruente con todo el mecanismo de la jurisdicción, sustitutivo de la llamada “justicia privada” o autotutela, que la capacidad para ser parte esté ligada indisolublemente a la subjetividad jurídica: habrá que concederla a todos los sujetos jurídicos, pues sin tal capacidad se encontrarían inermes y sus derechos e intereses podrían padecer, sin remedio alguno, incontables frustraciones, Oliva & Fernández (1986, p.319).

Así las cosas, contrastando la anterior definición con la de Couture, no se puede hablar de los intervinientes en la conciliación sin confirmar su capacidad para actuar, pues todos los seres humanos por el hecho del nacimiento adquieren esta capacidad, por lo que ésta se puede presumir, pero no dejar sin comprobarla por parte del conciliador.

La capacidad procesal, también llamada capacidad para comparecer en juicio, es la aptitud de realizar actos válidos en el proceso (aptitud que comporta, además, la posibilidad de que respecto al sujeto capaz se realicen actos eficaces). Igualmente existe una correlación entre

capacidad de obrar y capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio (Oliva & Fernández (1986, p. 329).

Recordemos sin embargo que para las diferentes áreas del derecho, la capacidad recibe nombres diferentes: el derecho civil llama “capacidad” a la aptitud de realizar actos jurídicos válidos; en el derecho penal se llama “imputabilidad” la idoneidad jurídica para ser sujeto de la pena; en el derecho procesal se llama “capacidad procesal” la aptitud jurídica de realizar actos procesales válidos; en el derecho comercial se le llama “calidad de comerciante” a la posibilidad jurídica de ejercicio del comercio; en el derecho administrativo se llama “competencia” al ámbito legítimo de las atribuciones de los gobernantes o agentes de los servicios públicos, Couture (2010, p. 154).

La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica sustancial, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad

Concluimos entonces que la capacidad en conciliación es la aptitud que poseen los intervinientes en ella de ir voluntaria y libremente a solicitarla, de participar en el procedimiento de conciliación (cumpliendo con los deberes y obligaciones estatuidos en el), de decidir y comprometerse u obligarse jurídicamente en la solución del conflicto, actuando siempre de buena fe.

La legitimación debe entenderse como una situación del sujeto de derecho, en relación con determinado supuesto normativo que lo autoriza a adoptar determinada conducta. En otras palabras, la legitimación es autorización conferida por la ley, en virtud de la cual el sujeto de derecho se ha colocado en un supuesto normativo; tal autorización implica el facultamiento para desarrollar determinada actividad o conducta, (Gómez, 2000, p.196).

En efecto, las personas legalmente capaces, que a la luz del inciso primero del art. 54 del CGP son aquellas que “puedan disponer de sus derechos”, pero, tal como lo afirma López Blanco (2019, pp. 343-344), sino tienen capacidad, deben estar debidamente representadas:

No interesan tratándose de personas naturales, que éstas sean mayores o menores de edad, hombres, mujeres o integrantes de una comunidad; basta que sean individuos de la especie humana, al tenor de lo dispuesto en el art. 74 del C.C., para que puedan intervenir como partes en un proceso, pero cuando esa persona natural es incapaz, debe comparecer por intermedio de su representante legal; lo primero es la capacidad para ser parte, y lo segundo, la capacidad para comparecer en juicio (capacidad procesal).

La legitimación es un requisito que atañe a los sujetos y que permite ejercer el poder de acción, cuyo requisito debe cumplirse respecto de todos y cada uno de los actos procesales y

que además afecta al derecho a la tutela judicial y también al poder de acción por constituir una expectativa de aquel derecho, pero con distinto alcance, Navarro (1998, p. 93).

Para de la Oliva & Fernández (1986, p. 335), legitimación significa que no basta que exista un derecho, sino que se trata de que, existiendo, le corresponda o se le pueda atribuir justamente a la persona que lo esgrime o hace valer en el proceso. Del mismo modo, cuando la tutela jurisdiccional se pretende con respecto a un determinado sujeto (esta designación o determinación pasiva sirve para identificar y distinguir la acción afirmada, porque no hay acciones sin sujeto titular y sin sujetos pasivo concretos), no importa sólo que esté fundada la exigencia de la prestación que la concesión de la tutela comportaría, sino que es preciso que el demandado o demandados sean justamente los sujetos a los que debe afectar aquella concesión, por ser los sujetos obligados o titulares del deber de realizar la antedicha prestación.

Quien reúna los presupuestos de capacidad para ser parte y de capacidad procesal (o supla ésta por el mecanismo de la representación), podrá actuar válidamente en cualquier proceso, con independencia del objeto litigioso de que se trate [...]. Sin embargo, este derecho de acción debe siempre ejercerse en el marco de un proceso concreto, con un determinado objeto litigioso y una causa de pedir propia, Cortés & Moreno (2008, p. 85).

En este orden de circunstancias, para acudir válidamente al procedimiento de conciliación se requiere capacidad para ser parte (aptitud para ser titular de las obligaciones, cargas y derechos que aparezcan a lo largo de la tramitación, es decir, para ser sujeto del procedimiento), capacidad (la tienen quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; quien no la posea, debe comparecer mediante la representación (Código General del Proceso, arts. 53 y 54) y legitimación, es decir una relación jurídica entre los intervinientes.

El ejercicio concreto del derecho a la TJE impone, de un lado, que los intervinientes mantengan alguna clase de mérito o vínculo en relación con la materia objeto del procedimiento que concretamente se ventila en el conflicto, y de otro, que los que ostentan dicho vínculo forzosamente deben ser llamados al procedimiento de conciliación. Esta relación o vínculo es lo que se viene denominando legitimación, Álvarez, et al. (2007, p.105)⁴⁰.

Explica Montero (2007), y por analogía manifestamos, que el legitimado (titular de la relación jurídica) en la conciliación debe afirmar y probar su titularidad, al igual que en su

⁴⁰ Aclaremos que la definición que los autores concretan es la legitimación al proceso judicial; nosotros la adecuamos a la conciliación.

momento hará el otro interviniente, si es que no acuden voluntariamente los intervinientes al procedimiento de conciliación.

Por legitimación en conciliación entendemos la autorización que otorga el legislador, a través de las leyes de conciliación, para que las personas implicadas en conflictos civiles y mercantiles puedan resolverlos a través de ésta ADR; calidad legítima que deben acreditar debido a su relación directa con los derechos, obligaciones o expectativas que van a ser objeto de conciliación.

Verifiquemos ahora en las leyes de conciliación, los intervinientes con capacidad y reconocidos o legitimados para actuar en conciliación.

La Ley 640 de 2001, no indica nada sobre la capacidad de las partes para poder acudir a la conciliación, sólo menciona la palabra “partes” en todo el articulado, así: respecto al acuerdo alcanzado (Ley 640, 2001, art. art.1, numeral 5); para entregarle copia del acta a las partes (Ley 640, 2001, en el par. 1); cuando las partes no asisten a la audiencia de conciliación, debe indicarse expresamente e indicar si se allegó excusa, para indicarlo así en la constancia de no conciliación (Ley 640, 2001, en el art.2); el art.8, num.1 de la misma ley, establece que el conciliador debe: citar a las partes; motivar a las partes a que presenten fórmulas de acuerdo (art. 8, núm. 4); se deben realizar tantas copias como partes haya y el conciliador deberá entregar las actas registradas, siendo las primeras copias las que prestan mérito ejecutivo (Ley 640, 2001, art. 14); elección del conciliador por las partes de mutuo acuerdo (Ley 640, 2001, art. 16); manifiesta la inhabilidad especial del conciliador para actuar por un año como abogado o árbitro de procesos donde estén las partes conciliadas (Ley 640, 2001, art. 17); audiencia de conciliación, la cual debe celebrarse dentro de los tres meses que da ley, pero las partes pueden prorrogar de mutuo acuerdo este término (Ley 640, 2001, art. 20); indicio grave en contra de las partes que no asistan con excusa a audiencia de conciliación (Ley 640, 2001, art.22); pruebas aportadas por las partes en la conciliación contenciosa administrativa (Ley 640, 2001, art. 25).

El Decreto 1818 de 1998 en su art.16 indica que las partes podrán ir a conciliación solos o acompañados por sus apoderados; los otros artículos donde se trata el término partes, es en la conciliación ante los jueces, por lo tanto, no lo traemos a colación por importarnos en esta investigación, la conciliación extrajudicial, en igual sentido la Ley 446 de 1998.

Visto lo anterior, corresponde en primera instancia al legislador modificar las leyes o reglamentar expresamente la legitimación y la capacidad para acudir a conciliación. En segunda medida, corresponde a la institución que recibe la solicitud de conciliación verificar

sencillamente la prueba de legitimidad de la parte que solicita la conciliación, y en tercera instancia, al conciliador, comprobar si las personas que solicitan la conciliación están legitimadas para acudir a ella o deducirlo, y verificar someramente la capacidad de los intervinientes para actuar jurídicamente y obligarse. Es lógico que el conciliador no pueda hacer un estudio exhaustivo sobre la capacidad como tal, porque prima la buena fe de los intervinientes, pero ello no obsta para que preste atención a la actuación libre y voluntaria de ellos, los cuales deben estar en el procedimiento sin ninguna coacción y encontrarse en pleno uso de sus capacidades mentales y legales.

5.2. El conciliador

La RAE define conciliador como el que concilia o es propenso a conciliar, y conciliar es:

conciliar

Del lat. *conciliāre*.

Conjug. c. *anunciar*.

1. tr. Poner de acuerdo a dos o más personas o cosas.
2. tr. Hacer compatibles dos o más cosas. *Conciliar la vida laboral y la vida familiar*.
3. tr. Granjear un ánimo o un sentimiento determinados.

La definición por tanto más exacta de las tres acepciones es la que pone de acuerdo a dos o más personas.

El art. 116 inc. 4 de la C.P. indica que: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de ...conciliadores [...]”.

El artículo 64 de la Ley 446 de 1998 al definir la conciliación, da el concepto tácitamente de lo que es el conciliador:

Artículo 64 Definición.

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

Y el artículo 99 de la citada Ley, determina las calidades del conciliador:

El conciliador deberá ser ciudadano en ejercicio, quien podrá conciliar en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de Centros de Conciliación de Facultades de Derecho [...].

Por lo anterior, el conciliador es un abogado particular, ciudadano en ejercicio, inscrito en un centro de conciliación, investido transitoriamente de la función de administrar justicia, habilitados por las partes. El cual ayuda a las personas a gestionar sus diferencias de manera neutral y calificada pues es experto en mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Por lo anterior nos preguntamos: ¿Quién pide al conciliador que lleve a cabo la conciliación? Pueden ser entonces, los intervinientes de mutuo acuerdo, uno de los conciliados para que éste invite al otro a participar del procedimiento, el funcionario de la institución de conciliación (donde se depositó la solicitud de conciliación), que por funciones le corresponda la designación una vez haya constancia de que las partes en conflicto no lo hicieron de mutuo acuerdo o, a solicitud de ambas partes por desconocimiento de un conciliador en particular.

Conforme a la definición, el conciliador desde su neutralidad no tiene que tener ninguna capacidad decisoria, interviene en el conflicto que enfrenta a dos partes con la finalidad de que las personas involucradas en la controversia racionalicen con su ayuda una salida negociada que ponga fin al litigio.

El conciliador posee habilidades de comunicación y de abordaje de conflictos, no tiene agenda propia, y, a través de sus tareas específicas, ayuda a construir espacios de coincidencia que permitan arribar a un acuerdo mutuamente aceptable. A diferencia de un juez y de un árbitro, el conciliador no tiene autoridad para disponer decisiones vinculantes a las partes inmersas en una disputa. Él sólo puede persuadirlos y ayudarlos a acordar en derecho lo que les sea más beneficioso para ellos sin contravenir ninguna norma del derecho sustancial o procesal.

Galtung (1996) citado por Rozemblum de Horowitz (2007, p. 123) denomina al mediador por ende al conciliador como “trabajador del conflicto” o “trabajador de la paz”, el cual entra en el conflicto como una tercera parte que puede ser invitada o no y que deberá tener claro que su misión es asistir a las partes respetando sus objetivos y necesidades, buscando generar un diálogo entre ellas que esté basado en el criterio de legitimidad. Para Galtung, el mediador/conciliador⁴¹ debe ser auto-reflexivo, para esclarecer su perfil a través de la auto-indagación⁴².

⁴¹ Para nosotros: conciliador.

⁴² La autoindagación que propone Galtung (1996) citado por Rozemblum de Horowitz (2007, p. 123), el mediador/conciliador, debe hacerse diez preguntas:

1. “Motivación: ¿por qué hago este trabajo?, ¿por ellos?, ¿por mí?, ¿para conseguir un ascenso?, ¿fama?, ¿reputación?, ¿experiencia?, ¿por curiosidad científica?

Para nosotros, el conciliador es una persona capaz⁴³, física, -singular o plural⁴⁴-, abogado en ejercicio, con preparación en técnicas de conciliación, debidamente acreditado para ejercer legalmente como tal, elegido voluntariamente por las personas que desean resolver su conflicto a través de la conciliación, o designado por las instituciones de conciliación, de conformidad con un procedimiento para tal fin.

El conciliador guía a los intervinientes ayudándoles a: a) comprender el conflicto; b) encontrar una mejor comunicación; c) tratar de llegar voluntariamente a un acuerdo. El conciliador debe orientar siempre el procedimiento de conciliación de forma personal, imparcial, neutral, confidencial, con buena fe, diligencia y respeto a la legalidad.

El conciliador podrá ser recusado por los intervinientes, si encontrasen alguna inhabilidad en él para actuar como tal. El conciliador podrá dar por terminada su actuación en cualquier momento del procedimiento de conciliación si previo argumentos fácticos, legales y éticos considera que los intervinientes o sus decisiones contrarían el derecho.

El conciliador en ningún caso impone el contenido del acuerdo, ni la solución al conflicto.

-
2. Conocimientos generales: ¿tengo completo conocimiento del conflicto y la cultura del lugar?, ¿tengo uso del sentido común?
 3. Conocimiento local específico: ¿tengo suficiente conocimiento para hacer buenas preguntas (pertinentes y que ayuden) o deseo entender sólo ciertos aspectos? Buscamos entender si el trabajador se acerca sin prejuicios con verdaderos deseos de aprender.
 4. Habilidades: ¿Cuento con habilidades suficientes para expresarme?, ¿entender a otros?, ¿escuchar? (incluye el silencio), ¿tengo a imponer mi modo de pensar?, ¿tengo sentido del humor?, ¿soy optimista?
 5. Empatía: ¿Cuento con madurez personal suficiente y con sensibilidad para entender a otros de modo pacífico y sin prejuicios?
 6. No violencia: ¿soy una persona no violenta en acciones, voz y pensamiento?, ¿pierdo los estribos con facilidad?, ¿soy violento verbalmente o en los modales?, ¿creo que está bien discrepar?
 7. Creatividad: ¿puedo despegarme del problema concreto y proyectarme a un futuro positivo? ¿Me resulta atractivo desafiar la lógica? ¿Puedo captar los aspectos positivos y reparadores del conflicto? ¿Me agrada y hasta divierte la solución novedosa o distinta?
 8. Compasión: ¿me afecta, tengo sensibilidad frente al sufrimiento de los otros o para mí son objetos? ¿Considero que está bien ocuparse de los otros? O ¿me rijo por conductas individualistas, donde cada uno debe hacerse cargo de lo suyo?
 9. Perseverancia: ¿tengo la capacidad de seguir a pesar de dificultades y negativas, o tengo poca paciencia cuando “otros” no siguen mi consejo?
 10. Proceso: ¿entiendo que la vida es un continuo proceso? ¿Entiendo que no es lineal? ¿Busco mejorar, ampliar mi entender y sentir?, o ¿me considero listo?

⁴³ Sobre capacidad, ver (Código General de Proceso, arts. 53 y 54).

⁴⁴ Cuando hablamos de que el conciliador es plural, queremos decir que pueden existir comediantes que no necesariamente deben ser profesionales del derecho. Este mediador podrá ser de otra profesión, como psicólogo, trabajador social, o cualquier otra.

5.2.1. Consideraciones sobre la conciliación como actividad profesional

Para empezar, debemos preguntarnos: ¿la conciliación es una actividad que se desprende del desarrollo de una profesión, o es una profesión?

Como la conciliación es una ADR a través de la cual se resuelven conflictos en derecho, partimos entonces de la caracterización jurídica de los sujetos que prestan servicios –jurídicos-⁴⁵, y que conllevan: a) profesionalidad (significa que una persona convierte una determinada actividad en su *modus vivendi*, de manera que esa actividad humana le permite obtener los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, la de su familia); b) liberalidad (el término liberal viene utilizándose para hacer referencia a la independencia en el ejercicio de determinada actividad); c) el carácter intelectual (entendiendo que todas las prestaciones de servicios, en cuanto constituyen una actividad humana, tienen un aspecto material y otro intelectual); d) ser poseedor de una tarjeta profesional.

El conciliador debe tener competencia profesional, autoridad moral e integridad personal. Consideramos que todas las actividades desarrolladas dentro del ejercicio profesional deben ser ejercitadas con decoro, responsabilidad y respeto hacia los intervinientes. En cualquier caso, no concebimos un conciliador que no resuelva sus conflictos por el diálogo, por la comprensión del conflicto, ni un conciliador que no sea capaz de observar los principios básicos del procedimiento de conciliación y de su actuación como conciliador. El conciliador debe tener vocación para ello, descubrirse y conocerse como tal.

5.2.1.1. Condiciones para ser conciliador. De conformidad con el inciso primero del artículo 99 de la Ley 446 de 1998 (que modifica el artículo 73 de la Ley 23 de 1991), las calidades que debe tener el conciliador son:

El conciliador deberá ser ciudadano en ejercicio, quien podrá conciliar en derecho o en equidad. Para el primer caso, el conciliador deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de Centros de Conciliación de Facultades de Derecho.

Y por su parte, el art.5 de la Ley 640 de 2001 estableció:

Calidades del conciliador.

⁴⁵ En este sentido, ver: Alonso Pérez (1997, p. 35 y ss.)

El conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados.

Los estudiantes de último año de Psicología, Trabajo Social, Psicopedagogía y Comunicación Social podrán hacer sus prácticas en los centros de conciliación y en las oficinas de las autoridades facultadas para conciliar, apoyando la labor del conciliador y el desarrollo de las audiencias. Para el efecto celebrarán convenios con las respectivas facultades y con las autoridades correspondientes.

Reiterando lo establecido en la Ley, para ser conciliador en derecho en Colombia, se requiere ser ciudadano en ejercicio, ser abogado titulado y conforme se desprende del art. 99 de la Ley 446 de 1998 y art. 7 de la Ley 640 de 2001 estar capacitado en mecanismos alternativos de solución de conflictos e inscrito en un centro de conciliación.

5.2.2. Relación jurídica entre el conciliador y los intervinientes

Para establecer si existe una relación jurídica entre el conciliador y los intervinientes, nos surgen las siguientes preguntas:

a. ¿Qué tipo de relación jurídica existe entre los intervinientes y el conciliador para que se desarrolle el procedimiento de conciliación?

Partimos que, en Colombia las partes involucradas en un conflicto en la mayoría de los casos deben acudir obligatoriamente a intentar conciliar como requisito de procedibilidad para poder demandar, si es que no llegan a acuerdo, entonces el artículo 16 de la Ley 640 establece que pueden seleccionar el conciliador por:

- a) Por mutuo acuerdo entre las partes;
- b) A prevención, cuando se acuda directamente a un abogado conciliador inscrito ante los centros de conciliación;
- c) Por designación que haga el centro de conciliación,
- d) Por solicitud que haga el requirente ante los servidores públicos facultados para conciliar.

Las personas interesadas presentan la solicitud de conciliación generalmente ante un centro de conciliación. El director del CAC por medio de la forma de elección que tenga en los estatutos de este, revisa que el asunto sea conciliable y designa conciliador, una vez designado, se le llama para que este indique fecha y hora de audiencia, un funcionario del CAC cita a las partes a la audiencia (sesión de conciliación); el conciliador estudia la solicitud; el día y hora,

el conciliador desarrolla la audiencia de conciliación con todas las técnicas de conciliación, teniendo en cuenta que pueden existir más de una sesión y que el proceso de conciliación puede durar hasta tres (3) meses, prorrogado a voluntad de las partes por otros tres (3) meses más; concluida la o las sesiones, pueden terminar con constancia de no conciliación o con acta de conciliación parcial o total.

En el contexto de las generalidades de los contratos, regulados en el Código Civil, tenemos que el conciliador se obliga a ser el facilitador de un procedimiento de conciliación, el cual guiará hasta su culminación de forma profesional y ética (existiendo varias posibilidades de terminación: con acuerdo total o parcial, sin acuerdo, por desistimiento de uno o ambos intervinientes, por decisión fundamentada del conciliador). A su vez, los intervinientes se obligan a asistir a las reuniones, cumplir con los principios de la conciliación y con los estatutos del CAC y pagar los honorarios del conciliador y los gastos de administración y funcionamiento del CAC (siempre y cuando no tengan otorgado el beneficio de la gratuidad). Se cumple así lo establecido en los arts. 1495 y 1498 del Código Civil.

b. ¿Es imprescindible un contrato entre interviniente/s y conciliador?

Así las cosas, conciliador y los intervinientes, a nuestro entender, tienen un contrato de conciliación de forma verbal, pues se perfecciona con el consentimiento (Código Civil, arts.1502, 1517).

En caso de ser un contrato escrito, el contenido de este podría manifestar:

1. Identificación de las partes del contrato, siendo una, el conciliador mayor de edad, persona capaz que reúne los requisitos exigidos por la ley de conciliación para desempeñarse como tal, identificado con número de registro [...], y por el otro, los intervinientes, mayores de edad, con capacidad para actuar y obligarse jurídicamente, identificados y residentes en [...];
2. Objeto del contrato: someter al procedimiento de conciliación el conflicto que los intervinientes poseen sobre [...], para tratar de llegar o no a un acuerdo, con la ayuda e intervención del conciliador;
3. Lugar donde se desarrollarán las sesiones de conciliación;
4. Obligaciones y derechos de los intervinientes:
 - a. Consienten libremente en resolver su conflicto por medio de la conciliación;

- b. Aceptan los principios, procedimiento y honorarios del conciliador, de lo cual han sido informados;
- c. Se comprometen a abonar en el tiempo y forma establecidos, los honorarios del conciliador y gastos de administración del CAC;
- d. Conocen y aceptan la duración del procedimiento de conciliación y de cada sesión;
- e. Se obligan a aportar documentos que sean necesarios para la resolución del conflicto;
- f. Se obliga y acepta guardar confidencialidad sobre lo ocurrido en la conciliación, cuyas informaciones (documentos elaborados, posibles fórmulas de acuerdo, testimonios) no podrán ser tenidas en cuenta en ningún proceso judicial posterior, salvo excepciones contempladas en las leyes;
- g. Renuncian a solicitar cualquier información recogida durante las sesiones y a reclamar la presencia como perito o testigo del conciliador en cualquier litigio sobre el mismo objeto de la conciliación;
- h. Se obligan a no iniciar acción en la vía judicial o en un procedimiento arbitral sobre el conflicto planteado en conciliación, hasta que el procedimiento de conciliación no se encuentra finiquitado. Si el proceso judicial ya se hubiera incoado, se solicitará la suspensión de actuaciones;
- i. El compromiso de asumir las obligaciones a que se comprometan en la conciliación, siendo el acuerdo logrado exigible;
- j. La posibilidad de desistir de la conciliación, previo aviso y en las condiciones que se pacten;
- k. Las demás obligaciones y derechos establecidos en las leyes de conciliación.

Obligaciones y derechos del conciliador

- a. Desarrollar el procedimiento de conciliación con responsabilidad, respeto y profesionalidad;
- b. Desarrollar las sesiones de conciliación en lugar apto para ello;
- c. Guardar el secreto profesional y respetar la voluntad de las/los intervinientes;
- d. No obligar a los intervinientes a llegar a un acuerdo;
- e. La posibilidad de terminar anticipadamente el procedimiento de conciliación (previa comunicación a los intervinientes), por falta de colaboración de los intervinientes,

- inasistencia de los intervinientes a dos sesiones continuas, falta de respeto por parte de los intervinientes al conciliador;
- f. Hacer primar los derechos de los menores incapaces y dependientes;
 - g. Elaborar actas de cada sesión y el acta final que contenga el acuerdo de conciliación;
 - h. Una vez termine el procedimiento de conciliación, emitir factura por los honorarios pactados;
 - i. Las demás obligaciones y derechos establecidos en las leyes de conciliación y en los estatutos de los CAC.

c. En caso de acudir a una institución de conciliación, ¿es necesario un contrato?

Para dar respuesta a esta pregunta, primero hemos de plantearnos dos supuestos: uno, si los intervinientes acuden a una institución de conciliación a que se les facilite el listado de conciliadores para ellos ponerse en contacto con uno de ellos, no se genera ninguna relación o vínculo obligacional; dos, si acuden ante la institución de conciliación a solicitar el servicio de conciliación entonces, debemos pensar cómo es la relación que surge entre las partes implicadas en el posible contrato, teniendo en cuenta que el contrato que articulará la prestación y obtención del servicio del conciliador no siempre relaciona directamente al profesional prestador del trabajo con los particulares (intervinientes) receptores de los servicios. En ocasiones, esta relación es indirecta interponiéndose uno o varios sujetos entre quien presta efectivamente el trabajo y los receptores (intervinientes) del mismo. Este tipo de relaciones se les denomina tripolares o triangulares, Alonso (1997, pp. 173-194).

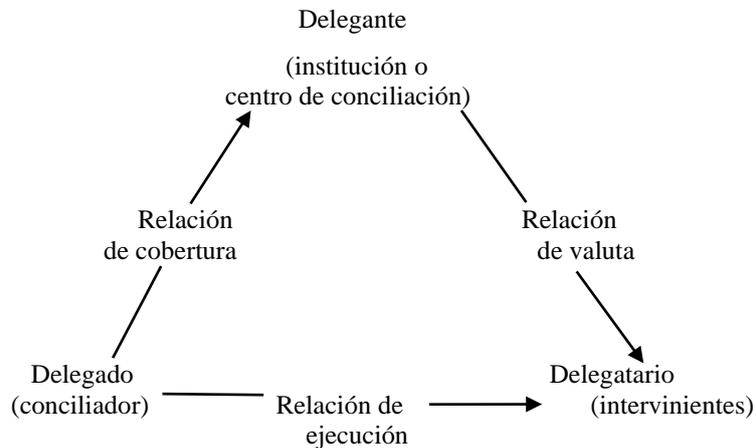
Podemos decir que opera el fenómeno delegatorio como marco jurídico adecuado para albergar la relación tripolar planteada entre institución de conciliación, conciliador e intervinientes.

[...] Por delegación se entiende hoy aquella combinación de obligaciones y causas en la que intervienen tres partes: en el esquema más usual, una (delegante) da orden a otra (delegado) de (o le autoriza para) prestar o prometer algo, por su cuenta y en nombre propio, a un tercero, conecedor del trasfondo de la operación (delegatario). Se contemplan entonces tres relaciones: una entre el delegante que ordena o invita y el delegado destinatario de la orden o invitación (relación de cobertura); otra entre el delegante y el delegatario que recibirá la prestación o promesa ordenada por aquél (relación de valuta); otra finalmente, entre el delegado que presta o promete y el delegatario que recibe. Lacruz *et al.*, (1985, pp 463-464).

Figura 10.

Contrato de delegación entre Centro de Conciliación, conciliador y partes intervinientes

El esquema de la delegación,⁴⁶ Pérez (1997):



La delegación que opera en la conciliación es una *delegatio promittendi*, pues el delegado (conciliador) asume frente al delegatario (intervenientes) la obligación de desarrollar materialmente la prestación objeto del contrato.

El contrato que ofrece el delegante (centro de conciliación) es un contrato de servicios (escrito o verbal), que en caso necesario se prueba en el primero de los casos con copia del contrato y recibo del pago de la tasa de registro de la solicitud de conciliación; si es verbal, con la copia del recibo.

Entre delegante (institución conciliadora) y delegado (conciliador) existe una relación de cobertura que puede ser gratuita u onerosa, existiendo para el delegado (conciliador) deberes y obligaciones a cumplir en esta relación contenidos en los estatutos del delegante (institución de conciliación), los cuales han sido aceptados cuando éste solicitó inscripción en las listas de conciliación del delegante.

La delegación para establecer la cobertura del servicio podrá ser de dos formas: una, si las partes (delegatarios) designan de mutuo acuerdo a un delegado (conciliador) del listado de la delegante (institución conciliadora); dos, si no se ponen de acuerdo en el nombramiento del

⁴⁶ Este esquema es realizado con base en el elaborado por Alonso (1997), realizando por nuestra parte cambios en la denominación de las partes de la relación contractual tripolar e indicando una relación de ejecución entre conciliador e intervinientes.

delegado (conciliador) lo designa la delegante (institución conciliadora), según el procedimiento de nombramiento de conciliadores incorporado en su reglamento.

Los posibles panoramas que encontramos en este tipo de relación triangular de delegación en conciliación son:

1. Institución de conciliación autonómica o estatal – Conciliador funcionario de la administración / Conciliador particular – Intervinientes

En el primero de los casos, existe entre la institución y el conciliador -funcionario público una relación contractual y el servicio que se presta por lo general es gratuito;

2. Institución de conciliación privada – conciliador (particular) – intervinientes.

Una vez las partes en conflicto se hayan decantado por resolver su conflicto a través de una institución conciliadora, deben cumplir con sus reglamentos y la ley de conciliación.

Se deduce que existe un contrato de cobertura entre institución de conciliación y conciliador, relación de valuta entre institución de conciliación e intervinientes y una relación de ejecución entre el conciliador e intervinientes.

La relación y obligación de prestación del servicio de conciliación surge en el momento de la admisión de la solicitud de conciliación, a la cual los intervinientes deben anexar el pago de gastos de administración y funcionamiento y honorarios del conciliador. En este sentido, la institución de conciliación se compromete a prestar un servicio y, a nombrar un conciliador para que guíe el procedimiento de conciliación, estando obligados los intervinientes a retribuir honorarios por su actuación (fijados por la institución de conciliación y depositados ante ella para el conciliador), los cuales en varias instituciones deben ser abonados con las tasas.

En caso de incumplimiento o daño o perjuicio causado en el procedimiento de conciliación, el conciliador y la institución de conciliación podrán ser responsables civilmente en la proporción que corresponda según el caso.

Las relaciones a tres bandas que se presentan en la conciliación pueden tener variaciones en cuanto a la relación jurídica que se presente entre los contratantes (en especial, en temas de responsabilidad frente a los intervinientes), al existir tantas instituciones de conciliación como reglamentos de ellas. El Ministerio de Justicia deberá regular el contenido de los reglamentos de los centros de conciliación.

d. ¿Qué tipo de contrato es el que surge entre los intervinientes y el conciliador?

Para contestar esta pregunta, debemos analizar si el contrato de conciliación cabe en algunos de los contratos establecidos, así:

d.1. El contrato de mandato

El régimen civil define el contrato de mandato como aquel en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (Código Civil, art. 2142).

Establece así mismo que: i) puede ser gratuito o remunerado (Código Civil art. 2143); ii) sólo existirá mandato como tal, cuando el encargo interese al mandante y al mandatario o a un tercero (Código Civil art. 2146); iii) es consensual y puede perfeccionarse por cualquier medio (inclusive verbalmente y mediante aceptación expresa o tácita del mandatario) [Código Civil art. 2149 y 2150]; iv) puede existir pluralidad de mandantes y/o mandatarios (Código Civil art. 2152); v) el mandatario responde hasta por la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, salvo que el mandato sea remunerado (Código Civil art. 2155); vi) el mandatario (salvo prohibición expresa) puede delegar el encargo respondiendo por los actos de su delegado (Código Civil art. 2161); vii) no puede el mandatario comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni tomar en préstamo el dinero que el mandante le ha ordenado colocar a interés, salvo que medie autorización expresa del mandante (Código Civil art. 2170); viii) no podrá el mandatario cumplir el mandato cuya ejecución sea manifiestamente pernicioso para el mandante (Código Civil art. 2175); ix) el mandatario puede obrar con o sin representación. Si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante (Código Civil art. 2177); ix) el mandatario habrá de responder ante terceros cuando se ha obligado personalmente o cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes (Código Civil art. 2180); x) el mandatario deberá rendir cuentas ante el mandante (Código Civil art. 2181); xi) el mandante tiene como obligaciones, entre otras, el proveer al mandatario con lo necesario para la ejecución de su encargo, reembolsar los gastos razonables causados por la ejecución del mandato, el pagarle la remuneración estipulada o usual (Código Civil art. 2184); xii) el mandatario tendrá derecho de retención sobre los bienes del mandante para asegurar con estos el cumplimiento de las obligaciones del mandante (Código Civil art. 2188); xiii) el mandato puede ser revocado de forma expresa o tácita (mediante el encargo del mismo negocio a distinta persona) [Código Civil, art. 2190]; xiv) el mandato se extingue con la muerte del mandante salvo que el mismo mandato sea destinado a ejecutarse después de ella (Código Civil, art. 2199).

Conforme a lo enunciado en el código civil, tenemos por comparación que:

- El conciliador gestiona y dirige que los intervinientes para que lleguen a acuerdos sobre un conflicto, no es un administrador de negocios jurídicos, no toma decisiones ni representa a ninguna de los intervinientes en conflicto, está actuando con imparcialidad;
- El conciliador no recibe instrucciones de los intervinientes, actúa libre y espontáneamente, pues su fin es servir de medio para encontrar una solución y después transcribir, si es el caso, el acuerdo de forma clara para su posterior cumplimiento. Sin embargo, podemos afirmar que estas instrucciones si son relativas, pues el conciliador debe respetar la voluntad de los intervinientes en cuanto a decisiones de los intervinientes de continuar o no con el procedimiento, duración de la conciliación, entre otras; el mandato puede ser expreso o tácito;
- El conciliador actúa teniendo como objeto un/unos conflicto/s determinado/s y preciso/s, los cuales están tipificados por la ley para poder ser resueltos por conciliación; adicionalmente, la obtención o no de un acuerdo depende de la voluntad de los intervinientes;
- A falta de pacto, el contrato se supone gratuito. Cuando el procedimiento de conciliación se desarrolla por conciliadores privados, genera honorarios, excepto si el servicio de conciliación es prestado por instituciones públicas. Será igualmente gratuito cuando los intervinientes obtengan el beneficio de la gratuidad, para lo cual deben cumplir con los requisitos exigidos en las leyes o reglamentos de conciliación o cuando los intervinientes sean de escasos recursos y acudan a conciliar a un centro de conciliación de un consultorio jurídico de una facultad de derecho.

Concluimos entonces que el contrato que surge entre intervinientes y conciliador no es un contrato de mandato.

d.2. Contrato de arrendamiento de servicios

Tal como manifiesta Alonso (2007, p. 67), en la actualidad la mayoría de los autores coinciden en señalar que las relaciones entabladas por los profesionales en el desempeño de las actividades que le son propias, por regla general son enmarcables dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios que contempla el art. 2063 del Código Civil. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el Código Civil sólo habla de las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso.

El Código de Comercio por su parte, define el Contrato de Suministro de Servicios en el artículo 968, así: "El Suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios".

Referente a los servicios profesionales de los abogados, en la sentencia (Corte Suprema de Justicia, SC 12122 de 2014) ha formulado que:

...en el ordenamiento legal colombiano, los servicios o trabajos ejecutados por los abogados, prolongados en el tiempo o puntuales, con resultado tangible o no, se regulan en primer lugar por las normas contenidas en el Título XXVIII del libro IV del C.C., relativas al mandato (art. 2144); y, en lo que no contradigan éstas; por las normas contenidas en la regulación del arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2069) y en aquellas propias del contrato para la confección de una obra material, a las cuales remiten directamente el artículo 2063 e indirectamente el artículo 2065.

[...]

... [E]n rigor, el contrato desde su existencia tiene fuerza obligatoria, es irrevocable y las partes deben cumplirlo de buena fe, sin que, por regla general, una vez celebrado, puedan por acto unilateral dejarlo sin efecto ni sustraerse al vínculo, so pena de incumplimiento e indemnizar los daños causados.

La fuerza normativa del contrato y el deber legal de su cumplimiento por las partes es el principio y la regla. Ninguna, puede sustraerse unilateralmente so pena de incumplimiento y comprometer su responsabilidad. La terminación unilateral del contrato, en cualquiera de sus expresiones, es la excepción.

Si analizamos el objeto que puede tener este contrato, la prestación de un servicio, la satisfacción de un interés a un resultado que el acreedor juzga útil, es evidente que al contratar un servicio se persigue un resultado, luego es preciso encontrar un adecuado criterio de calificación. Al pactar el conciliador sus servicios, no puede comprometerse a lograr un acuerdo, un buen resultado, ni a lograr la voluntad de uno de los intervinientes, pues son pactos que van en contra del derecho, por tanto, nulos.

Concluimos que el contrato entre los intervinientes y el conciliador no se encuadra dentro del contrato de arrendamiento de servicios porque: a) la conciliación no busca un fin, en ella no se puede garantizar el acuerdo total ni parcial. La conciliación es un medio por el cual se pretende lograr un acercamiento o diálogo entre las personas involucradas en un conflicto. No se puede certificar, por tanto, un resultado; b) los intervinientes antes de iniciar el procedimiento y durante la sesión constitutiva, conocen y aceptan (entre otros obligaciones y deberes), el valor de los honorarios del conciliador.

d.3. Del contrato de mediación o de corredores

El contrato de corretaje o mediación en Colombia no tiene una definición legal. No obstante, el artículo 1340 del Código de Comercio Colombiano realiza una descripción de las actividades o funciones que desarrolla un corredor al señalar:

Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

Del concepto de corretaje la doctrina ha extraído otras características propias del contrato, Quiroga (2018):

- a. el corretaje se caracteriza por la presencia de un profesional en la intermediación de negocios de un determinado ramo o actividad. Para el corretaje sobre valores se exige no sólo un experto en este mercado, sino un sujeto activo calificado, como se explicará más adelante;
- b. “ese profesional recibe un encargo, para que realice una actividad material, consistente en la promoción o ambientación para la celebración de un contrato”. En otras palabras, el corredor debe contactar a las posibles partes e inducirlas a celebrar el contrato valiéndose de su experticia;
- c. El corredor debe realizar meras actividades orientadas a lograr el acercamiento de las partes para la celebración de un negocio comercial en particular, es sólo un intermediario, por lo que en ningún caso su actividad es realizar actos jurídicos por cuenta de terceros.

En la conciliación, no se reúne a los intervinientes para que concluyan un negocio jurídico, sino que se pretende que ellos voluntariamente se unan con la ayuda de un tercero que guía el procedimiento para que traten de obtener un acuerdo total o parcial sobre un conflicto determinado.

En el procedimiento de conciliación, no se genera entre el conciliador y los intervinientes una subordinación, representación o dependencia, pues el tercero actúa con libertad y voluntariedad, respetando los principios de neutralidad, imparcialidad y confidencialidad, no recibe órdenes o lineamientos expresos por ellos para cumplir el desarrollo de su misión, no está a favor ni en contra de ninguno de ellos. En este sentido, esta característica del contrato de corretaje es compartida por el contrato que surge entre conciliador e intervinientes. Por lo anterior, el contrato de conciliación tampoco es un contrato de corretaje.

d.4. Contrato mixto

De acuerdo con esta teoría, las relaciones que se celebran entre profesionales liberales y sus clientes han de ser calificadas como contratos mixtos, pues se mezclan varios contratos. En este orden de ideas, se podría decir que en el contrato de conciliación se mezcla un contrato de arrendamiento de servicios, de mandato y de mediación o corretaje, por tener características de estos. Sin embargo, tal como expresa Alonso (2007. pp.171-712), la doctrina considera que son las causas de dos contratos las que deben mezclarse en una única causa para que pueda hablarse de contrato mixto. En el caso que nos ocupa, el contrato de conciliación no se puede unir con otro tipo de contrato porque éste reúne características diferentes y excluyentes de cualquiera de los contratos con los que comparte por lo menos una característica o requisito.

e. ¿Entonces, el contrato de conciliación es un contrato típico o atípico?

Para García Villaluenga (2006, pp. 467-472), el contrato de mediación, por ende, el de conciliación, es un contrato típico contemplado en diversas leyes, con una importante sanción internacional y social. Este es un criterio que no compartimos, pues en las leyes no se expresa concretamente la relación contractual entre las partes contratantes; el hecho de que exista y nazca un vínculo jurídico perfecto, válido y eficaz, no implica que el contrato de conciliación se encuentre tipificado.

Para poder llegar a esta conclusión, realizamos deducciones y comparaciones (ver literal *b* “¿es imprescindible un contrato entre intervinientes y conciliador?”). Un contrato típico se encuentra expresamente regulado, no se necesita hacer deducciones o comparaciones para determinar el tipo de contrato. Cuando se requiere calificación e interpretación en un contrato, estamos frente a un contrato atípico o complejo, requiriendo en casos de conflicto la interpretación y calificación del juez.

Los contratos típicos son aquellos regulados por la ley en sus aspectos esenciales, lo cual no requiere de mayor explicación, diremos a contrario sensu que los contratos atípicos son aquellos que la ley no ha regulado en sus aspectos esenciales.

Recordemos que un contrato atípico “es aquel que, aún mencionado por la ley, está desprovisto de una legislación específica, a menos que la mención del contrato se haga por la ley en tal lugar que se pueda inducir por vía de remisión la disciplina jurídica aplicable. [...] lo cual quiere decir que para la licitud y legalidad del contrato atípico es preciso que éste tenga

una causa y respete los mismos límites impuestos por la ley a todo contrato”. Jordano (1953, pp.20-36).

Ahora bien, el contrato atípico tiene semejanza con otros contratos; en el caso del contrato de conciliación, tiene semejanzas (como hemos observado anteriormente) con el de corretaje, de servicios y con el de mandato, pero se rige por las generalidades del contrato al no tener normatividad exclusiva.

Si las modificaciones y futuras leyes de conciliación definieran y regularan de manera más directa el contrato de conciliación, este sería típico. Concluimos que el contrato de conciliación es atípico.

Características del contrato atípico de conciliación:

- Es *intuitio personae*: tanto el conciliador como los intervinientes deben asistir personalmente a todas las reuniones de conciliación y sólo los intervinientes, pueden en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, llegar a un acuerdo. Consideramos que aún a pesar de primar la voluntad de los intervinientes, no se debe permitir que los intervinientes (personas capaces) deleguen en otra persona para que las represente en la conciliación, pues desvirtúan lo que se pretende con ella, que es la implicación personal en buscar el acuerdo;
- Es bilateral: existen dos partes en el contrato de conciliación, los intervinientes y el conciliador, para los cuales existen obligaciones y deberes recíprocos e interdependientes. El conciliador se compromete a dirigir y gestionar el conflicto con responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, para ayudar a los intervinientes a tratar de llegar a un acuerdo. Se obliga a asistir a las reuniones, a prepararlas, a levantar las actas, etc. Los intervinientes se comprometen a asistir personalmente, proponer fórmulas de acuerdo, actuar de buena fe, pagar los honorarios del conciliador, asistir personalmente a las reuniones, escuchar y tratar con respeto al conciliador y, en lo posible, a la otra parte;
- Es solemne en dos aspectos: uno, en cuanto la conciliación debe cumplir unos trámites, unas exigencias establecidas en la ley; el otro, es que inicia con un contrato verbal o escrito y termina, si se logra resolver el conflicto, con un acuerdo que presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada;
- Es de aceptación voluntaria: los intervinientes son los que libremente concilian. El conciliador acepta o no actuar como tal en el conflicto que le presentan los intervinientes.

5.2.3. Condiciones para la existencia del contrato de conciliación

a. De la capacidad de los intervinientes y del conciliador

Son capaces los sujetos que tienen capacidad para obrar, o sea, los mayores de 18 años que no se encuentren inmersos en ninguna causa de incapacitación establecida en las leyes o aquellos incapacitados por sentencia judicial.

a.1.). De la capacidad del menor emancipado

La emancipación permite que el mayor de 16 y menor de 18 años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad. No obstante, hasta que el emancipado no alcance la mayoría de edad real, no podrá pedir préstamos, gravar (hipotecar) o transmitir (vender) bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni bienes de extraordinario valor (como joyas) sin el consentimiento de sus padres, o en caso de que falten ambos, del tutor que le haya sido nombrado.

En principio, el menor emancipado sí podría citar a una conciliación, pero el conciliador debe estudiar si el conflicto a resolver es de tipo civil o mercantil y si la posible solución a la que puedan llegar los intervinientes depende de la entrega de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. En este sentido, sería necesario el consentimiento de sus padres o del curador, tanto para instar a conciliación como para llegar a un acuerdo, de conformidad con el precepto antes citado.

a.2.). Del menor no emancipado sometido a la patria potestad

El art. 288 del Código Civil en su inciso primero preceptúa que “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

Para que un menor de edad pueda ir a juicio, debe hacerlo a través de cualquiera de los padres (Código Civil, art. 306.), igualmente corresponde a los padres la representación extrajudicial del menor, a los padres (Código Civil, art. 307).

Un menor no emancipado, como vemos, no puede convocar a una conciliación, siempre lo debe hacer a través de una persona mayor que ejerza su patria potestad o por su tutor. Entonces, ¿qué pasa con el principio *intuitio personae*? en sentencia (Corte Constitucional, T 259 de 2018), se ha dejado claro que, en virtud del derecho a la TJE, los menores deben ser

tenidos en cuenta, es decir ser oídos, pues se están tomando decisiones que afectan su esfera personal y familiar:

Particularmente, la Convención de los Derechos del Niño prevé en el artículo 12 que se debe garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de la edad y madurez, para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado.

En el ordenamiento jurídico interno, el derecho de los menores a ser oídos fue acogido en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, donde el legislador dispuso que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados, donde tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.

Esta Corporación ha definido el contenido de este derecho acudiendo a las consideraciones del Comité de los Derechos del Niño, órgano que interpretó el contenido del referido artículo y en la Observación General No. 12 explicó que es una disposición que se aplica a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al menor, “sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. (Subrayado fuera del texto)

La conciliación es un espacio de diálogo distendido, de observación, donde los menores pueden ser escuchados, analizadas sus posiciones, necesidades y derechos frente al conflicto. Somos partidarios de la asistencia de los menores a algunas de las reuniones de conciliación, teniendo en cuenta que de todas formas los compromisos y deberes adquiridos serán avalados y respaldados por sus representantes legales (padres) y que el conciliador debe velar por la seguridad jurídica del menor.

Si no se cuenta con el menor en la conciliación, nos encontramos ante la carencia de uno de los principios de la conciliación, por ende, estaríamos ante una indefensión.

a.3.). Los menores e incapacitados sometidos a tutela

En este sentido, debemos recordar que en el Código Civil colombiano parte de la capacidad como regla general y la excepción es la incapacidad, así está contemplado en el art. 1503: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”.

Y el art. 1504 del Código Civil, establece la incapacidad absoluta o relativa. Son absolutamente incapaces: a) los impúberes (que conforme al art. 34 del C.C. son el varón menor de 12 y la mujer menor de 14 años); b) los dementes (que son las personas afectadas por la enfermedad de la demencia), en cuyo caso, para demostrar la incapacidad de realiza con la interdicción declarada por el juez y c) los sordomudos que no se logren hacer entender por escrito.

También son incapaces relativos: a) los menores púberes (mayores de 12 y 14 años el hombre y la mujer respectivamente), quienes disponen de sus padres como representantes legales; b) los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, los cuales por sentencia judicial se les designa un curador; y c) para las personas jurídicas, el respectivo director, gerente o representante de la persona ficticia es su representante legal.

Por lo anterior surge el interrogante: ¿qué pasa con los representantes legales de los incapaces antes enunciados, pueden renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado? Conforme al artículo 1505 del C.C.: “lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.”, así las cosas, puede solicitar por el tutelado una conciliación, representarlo en elle y obligarse a nombre de él.

Cuando el menor o el incapaz (sometidos a tutela) no tienen madurez suficiente para acudir a la conciliación, ¿qué pasa con el carácter personalísimo de la conciliación?

Los menores o personas incapaces son debidamente representadas por sus tutores o curadores, por tanto, no se vulnera el carácter personalísimo de la conciliación, siempre y cuando sean los tutores los que la soliciten y traten de llegar a un acuerdo en nombre de su representado. Si delegan en otro (por ejemplo, en un abogado) esa representación y ellos no asisten de manera personal a las sesiones, se vulneraría el *intuito personae*. De todas formas, debe recordarse que el art. 44 de la C.P. preserva el interés general del menor, y en la conciliación, el llamado a cumplir el mandato constitucional es quien en su función de conciliador está administrando temporalmente justicia, por ello debe es el que debe velar por los intereses del menor, y que puede solicitar la juez medidas provisionales para su protección de conformidad con el art.32 de la ley 640 de 2001.

b. Capacidad del conciliador

Tal como lo plasmamos en el numeral 5.2.1. *Consideraciones sobre la conciliación como actividad profesional* de este capítulo, el conciliador debe tener condiciones especiales para ejercer, correspondiéndole verificarlas a los centros de conciliación donde se inscriban.

Consideramos que la única forma de hacer pública la capacidad del conciliador es la que puede brindarse a través del Registro de conciliadores que debe llevar el Ministerio de Justicia y del Derecho a través de la Dirección de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El decreto 1069 de 2015 en su artículo 2.2.4.2.8.3. Contenido del Programa de Formación. Establece que:

El Ministerio de Justicia y del Derecho fijará mediante resolución los contenidos mínimos que debe comprender el Programa de Formación. Este se dividirá en tres módulos: básico, entrenamiento y pasantía. La aprobación de cada módulo será requisito para continuar la capacitación. Tanto el módulo básico como el módulo de entrenamiento tendrán una duración mínima de sesenta (60) horas. La pasantía comprenderá un mínimo de dos (2) audiencias acompañadas por un docente conciliador.

Los Centros de conciliación deben ofrecer capacitación continuada a los conciliadores y éstos tienen la obligación de capacitarse para poder continuar en sus listas.

Se contempla que la formación puede ser presencial o a distancia a través de medios electrónicos (virtualidad) [Decreto 1829, 2013, art. 50].

Los centros de conciliación deben poseer un reglamento de ética (Decreto 1829, 2013 art.7 literal g). Pero, se considera que debe existir un procedimiento sancionatorio y las faltas del conciliador tipificadas en debida forma tal como está en el capítulo IV de este libro, para que se respete la TJE.

c. Competencia del conciliador

Ahora bien, una cosa es la calidad del conciliador, como acabamos de ver y otra, la competencia. La pericia sobre una determinada profesión u oficio se adquiere con el estudio y la práctica constante. El conciliador puede irse formando, y aunque existan personas con aptitudes y actitudes conciliadoras, mediadoras o negociadoras innatas, éstas también deben ser formadas para la actuación como conciliador profesional.

El conciliador, a la hora de aceptar o no una designación, debe estudiar el caso y verificar: si tiene control legal sobre el tema planteado en el conflicto (garantizando la seguridad jurídica en el procedimiento de conciliación) y experiencia en cuanto al manejo del conflicto planteado. Ahora bien, el conciliador está dotado de jurisdicción y competencia⁴⁷ tal como lo estudiamos anteriormente (ver jurisdicción y competencia en el capítulo IV).

d. De la responsabilidad del conciliador de redactar con mérito ejecutivo el acuerdo conciliatorio

El acuerdo alcanzado total o parcial, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo de conformidad con:

- Ley 446, de 1998. Art. 66 Efectos: El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo.
- Inc. 4. del art. 14. Registro de las actas de conciliación, Ley 640 de 2001: “Los efectos del acuerdo conciliatorio y del acta de conciliación previstos en el artículo 66 de la Ley 446 de 1998, sólo se surtirán a partir del registro del acta en el Centro de Conciliación.

Pero, el acta que contiene el acuerdo debe cumplir los requisitos del art.1 de la Ley 640 de 2001:

Artículo 1. Acta de conciliación. El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente:

1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación.
2. Identificación del Conciliador.
3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia.
4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación.
5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

PARÁGRAFO 1o. A las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo [...]”. (Subrayado fuera del texto).

Corresponde al conciliador redactar con mérito ejecutivo el acuerdo total o parcial acordado por las partes, sino se le puede causar indefensión a la parte acreedora de la obligación.

⁴⁷ Tal como lo indica la sentencia (Corte Suprema de Justicia, cas. del 28 de febrero de 1968, “G.J”. T. XLVII. p. citada por López (2019, p. 608): “jurisdicción es la facultad de administrar justicia; competencia es la facultad de los jueces de administrar justicia en ciertos asuntos. Un juez sin jurisdicción es nada, pero aún gozando de ésta, puede carecer de competencia para determinados negocios”.

Es importante que el conciliador tenga en cuenta estos puntos para redactar el acuerdo conciliatorio:

- a. Agrupar los acuerdos de forma ordenada y por tema, ejemplo, si se concilia alimentos y regulación de visitas, primero establecer todo lo que tiene que ver con los alimentos y luego la regulación de visitas;
- b. Enumerar cada punto del acuerdo, si hay subacuerdos dentro de un mismo punto, puede establecer párrafos y si son varios, enumerar cada párrafo;
- c. Identificar en cada punto del acuerdo a los intervinientes con nombre completo y número de cédula, (si es una persona jurídica, debe indicar nombre completo, NIT, y representada legalmente por -nombre del representante legal-, identificado con cédula, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por -nombre entidad que lo expide-) esto con el fin de evitar que se indiquen después homonimia (que podría ser establecido como una posible excepción);
- d. Separar de forma precisa y detallada cada punto del acuerdo, porque la persona que se obliga puede incumplir parcialmente un acuerdo y al impetrar la demanda ejecutiva le será más viable al abogado que la instaure precisar el numeral del acuerdo que se incumplió y al juez verificar que si presta mérito ejecutivo porque la obligación se encuentra separada y concreta y perfectamente redactada con la precisión que requiere un mérito ejecutivo;
- e. Especifique en el primer punto del acuerdo que la persona acepta y reconoce la obligación a la cual se va a comprometer;
- f. Establezca en las obligaciones de cumplimiento: dónde va a prestar la obligación (dirección, barrio, municipio); hora de la entrega, si en efectivo, en especie, en cheque (cheque cruzado, al portador, para cobrar por ventanilla, para consignar, etc.), o consignado en la cuenta de ahorros o corriente, de la entidad financiera (nombre), que está a nombre (indicar nombre completo del cuentahabiente) y fecha exacta;
- g. En las obligaciones periódicas:
 - Debe establecerse que todos los meses el día “X”, se cumplirá la obligación, con la especificación de si se paga de forma personal explicando (dirección, barrio, municipio), si es en efectivo, en especie, en cheque (cheque cruzado, al portador, para cobrar por ventanilla, para consignar, etc.), o consignado en la cuenta de ahorros o

corriente, de la entidad financiera (nombre), que está a nombre (indicar nombre completo del cuentahabiente);

- Si esa obligación es de alimentos debe indicarse el porcentaje anual de incremento acordado por las partes;
 - Indicar que son alimentos a favor del menor -nombre-, representado por su tutor/a, señora -nombre completo con C.C., en calidad de -ejemplo: Madre del menor-
- h. Si se está frente a un acuerdo de responsabilidad civil contractual o extracontractual debe precisarse que se concilian todos los daños o perjuicios morales, daños materiales y/o corporales, daños directos e indirectos;

Si el acuerdo es incumplido total o parcialmente, se puede instaurar con la primera copia del acta que presta mérito ejecutivo, la demanda de ejecución ante el juez competente para conocer del proceso según la cuantía y la jurisdicción.

5.2.4. Principios de la conciliación que debe desarrollar el conciliador

¿Principio de igualdad de las partes o principio de no indefensión por desequilibrio de poder entre los intervinientes?

Nos preguntamos en este sentido si el principio de igualdad debe ser un principio fundamental de la conciliación o si éste debe entenderse y renovarse, integrándose en un nuevo principio que parte del art. 13 de la CP, y que denominaremos: “principio de no indefensión por desequilibrio de poder entre los intervinientes”.

El principio de la igualdad goza de protección constitucional (Constitución Política, art. 13) garantiza, no sólo la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino la igualdad en la aplicación de la ley al caso concreto. La Constitución prohíbe tanto la desigualdad del contenido de la ley, obligando al legislador a fundamentar el diferente trato normativo, como la desigualdad en su aplicación por el juez, obligando a éste a motivar las diferencias cuando aplica la norma. Por ello, la dificultad de este principio radica en determinar cuáles son los criterios para decidir si las diferencias tomadas en cuenta por el legislador al crear la norma o por el juez al aplicarla, preservan aquel principio por estar justificadas. Gordillo (2006).

Así las cosas, la igualdad de las partes en la conciliación está garantizada primero por la ley (al permitir el legislador) que cualquier ciudadano acuda a ella, siempre y cuando sea capaz y esté legitimado para solicitarla. Debe tenerse en cuenta en este sentido que es el mismo

legislador quien determina qué casos no son susceptibles de resolver a través de la conciliación, como es el caso de la violencia de género, por ende, existe una seguridad jurídica en este sentido.

Ahora bien, la igualdad de los intervinientes en la conciliación se aplica en conjunción con la imparcialidad y la neutralidad, operando en igual sentido la seguridad jurídica, la que como lo ha comentado en la sentencia (Corte Constitucional, C 250 de 2012):

La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta [...] Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas.

Es deber del conciliador analizar el/los objeto/s de la conciliación planteada que le han designado (ya sea por voluntad de las partes o por nombramiento que realiza el centro de conciliación), y comprobar si de libre disposición de las personas solicitantes, susceptible de conciliar, que no vulnera principios y garantías constitucionales y que las personas solicitantes sean las legitimadas y capaces. En este sentido se asemeja su este estudio a la función del juez cuando recibe la demanda y revisa la pertinencia del asunto de la demanda, su jurisdicción y competencia.

Principio fundamental del derecho procesal es el de la igualdad de las partes en el proceso, lo que significa que quienes a él concurren de manera voluntaria o por haber sido citados en forma oficiosa, deben tener las mismas oportunidades procesales para la realización plena de sus garantías a la bilateralidad de la audiencia. (Corte Constitucional, sentencia C 690 de 2008).

Respecto a la igualdad de las partes en la conciliación la Corte Constitucional ha indicado:

La conciliación extrajudicial en materia civil plantea un debate entre partes que están en igualdad de condiciones, siendo los derechos en juego, en su mayoría, de naturaleza patrimonial, respecto de los cuales, los particulares ejercen su autonomía para disponer de ellos y, en esa medida, pueden también escoger el camino a través del cual pretenden alcanzar una solución, ya sea acudiendo a la justicia formal o escogiendo un conciliador para otorgarle competencia temporal para resolver el conflicto existente. La autorización de intervención que otorgan las partes al conciliador es transitoria, y se agota cuando éstas firman el acuerdo de conciliación, o cuando convienen que no es posible llegar a él. (Corte Constitucional, sentencia C 222 de 2013).

Lo que el conciliador debe tener claro es que existen derechos que poseen ciertas personas que se deben tratar de una manera especial y que prevalecen sus derechos ante los otros, como es el caso de los menores, los incapacitados y las personas dependientes. En las conciliaciones donde se traten derechos de cualquiera de las personas enunciadas el trato es preferente y diferente así no se encuentren personalmente dentro de las reuniones de conciliación, pero lo que los intervinientes decidan las afecta, por lo tanto, prevalecen sus derechos ante los demás.

Queda claro entonces que el principio de igualdad, opera desde la concepción constitucional, pero consideramos que debe introducirse en el procedimiento de conciliación el “principio de no indefensión por desequilibrio de poder entre las partes”.

En la conciliación no hay indefensión, pues como está quedando demostrado en todo el desarrollo de esta investigación, en el desarrollo normativo se ha introducido todos los principios de la TJE, sin embargo, en las conclusiones se realizarán unas recomendaciones, y así mismo lo ha reiterado la Corte Constitucional:

En cuarto lugar, la conciliación favorece la realización del debido proceso (artículo 29), en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto. Tal como lo ha reconocido la abundante 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.

En quinto lugar, 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, sentencia C 1195 de 2001).

La importancia de incluir este principio en el procedimiento de conciliación siendo el conciliador el garante jurídico del mismo, girará en torno a lograr la igualdad de los intervinientes, a tratar de equilibrar el poder entre las partes o en su defecto, a no iniciar una conciliación donde el equilibrio de poder entre las partes sea latente y genere indefensión.

5.2.4.1. La imparcialidad. La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas de la persona conciliadora. Esta debe sumergirse en el objeto, ser objetiva, olvidándose de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual. También se distinguen la imparcialidad y la justicia: la primera enfoca la motivación, y la segunda el contenido de los actos. La primera es negativa y ahuyenta las influencias subjetivas, la segunda es positiva y atribuye a cada uno algo, por respecto a su personalidad particular, Goldschmidt (1950, p.29).

No se puede confundir independencia con imparcialidad: la independencia es un elemento principalmente objetivo que se aprecia en relación con vínculos factuales, mientras que la imparcialidad es en esencia subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales. Lo que es lo mismo, la independencia –de carácter objetivo– se refiere a la posición o situación del conciliador, en tanto que la imparcialidad –de carácter subjetivo– viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico. Entonces, cabe afirmar que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste básicamente en una situación de no dependencia respecto de una parte, mientras que la imparcialidad, como noción subjetiva es, no demostrar una prevención dejándose invadir o dominar por opiniones preconcebidas y factores extraños a los méritos del caso, Matheus (2009, p. 175).

Un conciliador imparcial es el que no se predispone en favor, ni actúa parcialmente en contra de uno de los intervinientes en particular o de sus intereses; un conciliador independiente es el que no tiene ninguna relación cercana –financiera, profesional o personal– con uno de los intervinientes o sus abogados. La independencia se considera, comúnmente, como destinada a las relaciones entre el conciliador y los intervinientes, mientras que la imparcialidad concierne más bien a las relaciones entre el conciliador y el objeto de la controversia. La imparcialidad se relaciona con un estado de la mente, evidenciado normalmente a través de una conducta que la afecta.

La imparcialidad en el conciliador lleva consigo igualmente el que éste pueda actuar con libertad, con independencia.

La verdadera libertad consiste en esa capacidad nuestra de razonar morosamente sobre las cosas y de actuar de acuerdo con lo que hayamos juzgado como lo mejor. Sólo ostentamos sin libre albedrío en cuanto nos sirvamos de la razón en aquellas cosas que no excedan nuestra fuerzas; ahora bien, como nuestros razonamientos guardan una relación con los movimientos del cuerpo, mudables al albur de las impresiones exteriores, sucede con frecuencia que hallazgos inopinados, grandes pasiones, prejuicios y costumbres inveteradas, fuertemente arraigadas en el cerebro, así como ciertas enfermedades, nos hacen querer y actuar antes de que hayamos

razonado. Y, en consecuencia, nuestro libre albedrío se halla entreverado con alguna servidumbre. Pero cuanto más se acostumbra a no precipitarse, tanto más libre será” Leibniz (1990, p.113) citado por Arana (2005, p.68).

La imparcialidad del conciliador se encuentra ligada a la abstención, según Couture (1978)⁴⁸, opera cuando el conciliador se encuentra inmerso en algunas de las causales que le hacen perder objetividad, debiéndose abstener de actuar como tal; si no lo hace, los intervinientes lo pueden recusar (con razones fundamentadas y causales determinadas para tal fin).

Si la imparcialidad es la ajениdad del conciliador respecto de las partes y de los intereses de éstas, la abstención y la recusación son los mecanismos legales que permitirán separar del procedimiento de mediación al conciliador a que de alguna forma se haya vinculado a los intervinientes y a las pretensiones que individualizan subjetiva y objetivamente dicho procedimiento de mediación, Gómez (2009, pp. 232 y 248-249)⁴⁹.

El actuar con imparcialidad conlleva que el conciliador debe despojarse de todo deseo, amor y odio, temor o esperanza, antes de examinar las razones, se ha de sondear el corazón para ver si se oculta en él algún impulso secreto de desear y hallar mejores y más fuertes las razones de favorecer a una parte que a la otra, Andrés (2008).

Durante el procedimiento de conciliación, el conciliador debe garantizar la transparencia, libertad e imparcialidad, en especial cuando realiza sesiones privadas (caucus, los cuales han sido previamente aceptados por los intervinientes), pues en estas sesiones, al no tener presente a la otra persona con la que se plantea el conflicto, los intervinientes sienten privacidad y confianza, por lo tanto, pueden expresar confesiones, verdaderos motivos para llegar o no a un acuerdo, etc., necesitando de parte del conciliador un alto grado de profesionalidad, receptividad y prudencia en el manejo de dicha información.

La imparcialidad también debe estar presente en la designación del conciliador por el centro de conciliación. Debe existir un sistema justo e imparcial para su elección, de modo que todos los miembros de las listas de conciliación tengan el mismo derecho de ser nombrados conciliadores cuando las partes no se pongan de acuerdo en ello.

⁴⁸ Couture (1978), clasifica las causales de abstención y recusación en: 1). Subjetivas [Positivas (Parentesco, tutela, amistad íntima, subordinación al conciliador)]; 2). Negativas [Denunciado o acusado, denunciante o acusador, pleito pendiente, enemistad manifiesta, haber podido formar criterio con ocasión de ocupar un cargo público]; 3). Objetivas [Haber intervenido como letrado, procurador o fiscal, perito o testigo; Interés directo o indirecto].

⁴⁹ Este autor, al hablar de imparcialidad, se refiere a la imparcialidad del juez, pero por analogía lo aplicamos en sus palabras al conciliador

Respecto a la habilitación del conciliador y a su posible actuar sin imparcialidad la sentencia (Corte Constitucional, C 902 de 2008) predica:

5) Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

Cuando una parte mediada cuestiona la imparcialidad de un conciliador debe aplicarse el procedimiento sancionador con que se va a calificar tan vulneración; el órgano competente para determinar si existe o no tal infracción al principio de imparcialidad debe exteriorizar esto en la investigación, de forma que permita afirmar que se haya legítima y objetivamente justificado la causal de imparcialidad.

La legitimidad de aplicar la imparcialidad descansa siempre en la persona, entidad u órgano encargado de administrar la justicia, en este caso, el conciliador, y debe ser por ende un atributo propio de él.

Así las cosas, la garantía de imparcialidad, que constituye un elemento definitorio de la actividad de conciliar o de impartir justicia, según el caso, impone que el conciliador, para conocer un asunto, se encuentre ajeno a toda circunstancia que pueda llegar a viciar su desempeño, que desmejore el grado de objetividad que su función le exige, o que revele la verosimilitud de involucrar elementos subjetivos, extraños al recto cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, no es admisible que un conciliador actúa como juez y parte en una misma causa. Es evidente que tal situación encarna de manera paradigmática la ausencia de imparcialidad y que, por tanto, desconoce la condición de garantía hacia la TJE.

5.2.4.2. La neutralidad. La neutralidad entendida desde del derecho procesal busca la realización del principio de igualdad ante la ley en la órbita de los procesos judiciales y persigue “que todas las personas sean iguales ante la Administración de la Justicia, tengan ante ella los mismos derechos e idénticas oportunidades, en orden a lograr el reconocimiento de sus derechos”. En este sentido, la aplicación del principio de igualdad ante la ley al campo procesal recupera la importancia de ciertas formas en el Estado de derecho.

La neutralidad es aquella que analiza las cuestiones relacionadas con la justicia con total independencia de cualquier idea de excelencia humana o de buena vida, Dorking (1978).

El principio de neutralidad limita los tipos de argumentos que son aceptables en el debate liberal, pues ninguna razón es buena si requiere de la fuerza para afirmar que un argumento determinado es mejor que aquel expresado por otro conciudadano, o bien que, pese a la concepción de bondad que se tenga, un argumento es intrínsecamente superior a otro o a otros argumentos de los conciudadanos. Ackerman (1983, pp. 372-390) citado por Abat y Monserrat-Molas (2011).

La neutralidad del conciliador exige además de un trato igualitario hacia los intervinientes, el no juzgarlos por sus opiniones, respuestas, planteamientos de fórmulas de acuerdo o por la no aceptación de estar en la conciliación; por lo tanto, no asume posturas discriminatorias sobre las personas, no pudiendo establecerse un trato diferente en razón al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Por lo tanto, la neutralidad es objetiva y no formal; ella se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales; sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado (ejemplo, con respecto a los menores, personas dependientes, discapacitados, mujeres víctimas de la violencia de género, que tienen trato especial).

La neutralidad en la Administración de la Justicia (Integral: con métodos heterocompositivos y autocompositivos), debe entenderse como: dos partes en conflicto en las que se introduce un tercero para ayudar (conciliador) o dar solución al conflicto (juez), que no tiene ningún interés previo a favor de nadie; en este sentido, se puede pensar que estamos hablando de la imparcialidad, pero la neutralidad es la idea no preconcebida que debe tener el tercero (respecto a las partes del proceso o a los intervinientes de la conciliación) de no mezclar sus ideas, sentimientos y preferencias (religiosas, políticas, raciales, de género, socio-económicas, etc.), para poder, desde la igualdad, el primero, de juzgar y el segundo, de facilitar y guiar un procedimiento con un trato igualitario y no preferencial o discriminatorio. Así las cosas, la neutralidad no se puede atribuir a las instituciones, sino que se concreta en las personas que las dirigen, quienes son las llamadas a manifestarla y ejercerla.

Existe una estrecha conexión entre neutralidad e imparcialidad, pero también entre neutralidad e independencia. La independencia es la libertad y autonomía conciliador en el ejercicio de sus funciones, sin ser tributario o dependiente de otro vinculado al ejercicio de las funciones. En el procedimiento de conciliación se puede ejercer más la independencia, pues la institución jurídica como tal no se debe a otra, ni a un poder o concepción política, dogmática o religiosa, es una alternativa para resolver de forma “voluntaria” un conflicto, no tiene instancias, recursos, interpretaciones, etc., pudiéndose desarrollar independiente y libremente.

Neutralidad significa equidistancia de las partes dada de modo objetivo, mientras que imparcialidad: asistencia de interés objetivo y subjetivo en aplicación e interpretación de la ley en un caso concreto y ante unas partes concretas, con nombres y apellidos, Brey (2004).

Sin conciliador no existe procedimiento de conciliación, siendo éste el garante jurídico y técnico del procedimiento, por tal motivo, el conciliador debe profesar su labor de una forma impecable⁵⁰ y profesional, para que la conciliación como institución alternativa de resolución de conflictos prospere y sea utilizada por las personas que poseen conflictos (resolviéndolos en derecho), sabiendo que tanto las leyes como el conciliador y el procedimiento cumplen con todas las garantías que otorga la tutela efectiva de la justicia.

5.3.Los abogados de los intervinientes

Una de las ventajas que *a priori* tiene la conciliación en el derecho privado⁵¹ (civil, mercantil, familiar, laboral) es que los intervinientes no requieren, para presentar su solicitud, ni para acudir al procedimiento conciliatorio, de abogado, siendo esto un alivio en cuanto a los costos que le puede generar lograr acuerdos a través de esta ADR. Toma ventaja en este sentido la conciliación frente al proceso judicial, donde en la mayoría de los procedimientos es obligatoria la asistencia de estos profesionales.

En la conciliación, si los intervinientes desean acudir acompañados de sus abogados, éstos no son tenidos como parte o sujeto activo dentro de ella; los abogados de los conciliados sólo cumplen la función de asesorar a sus clientes en momentos puntuales de la sesión de conciliación y de modo reservado; es decir, no puede pedir el uso de la palabra y hablar por su cliente, lo hace directamente de manera privada⁵². Ahora bien, el que los intervinientes muchas

⁵⁰ La responsabilidad del procedimiento de mediación recae totalmente en el mediador, en el buen manejo que desempeñe en el desarrollo del mismo, en su ética y en su sabia manera de emplear todas las técnicas para facilitar que los intervinientes logren acuerdos perfectos, es decir, acuerdos que sean cumplidos porque fueron estudiadas concienzuda y voluntariamente las fórmulas de arreglo por las partes. Podemos verificar estas responsabilidades y habilidades en el resumen que sobre ellas escribí Bolaños (2010).

⁵¹ Caso que no se da en la conciliación contenciosa administrativa, donde se requiere de abogado. (ley 640, 2001, art.1, par.3):

En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación.

⁵² No sería necesario en este sentido la creación de protocolos de actuación sobre los abogados en la conciliación o en la mediación, tal como lo plantea Martín (2012). Esto debe de ser asumido en la formación de los futuros abogados por las facultades de derecho, igualmente, por la formación de postgrados y por la difusión de la conciliación como ADR/MASC.

veces acudan o no a la conciliación depende también de que ese profesional le haya advertido a su cliente que existe la posibilidad de ir a una conciliación.

La Ley 1123 de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado, establece deberes, faltas y sanciones disciplinarias al abogado que no estudie, la viabilidad de una solución alternativa de conflictos antes que el proceso judicial, con todas sus implicaciones y costos así:

- (Ley 112, 2007, art. 28, núm. 13). Deberes de los abogados:

Prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos” y en el numeral 18: “. Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones, literal c) La constante evolución del asunto encomendado y las posibilidades de mecanismos alternos de solución de conflictos;

- (Ley 112, 2007, art.34): Constituyen faltas de lealtad con el cliente: d) No informar con veracidad la constante evolución del asunto encomendado o las posibilidades de mecanismos alternos de solución de conflictos;

- (Ley 112, 2007, art. 38):

Son faltas contra el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos:

1. “Promover o fomentar litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos.
2. Entorpecer los mecanismos de solución alternativa de conflictos con el propósito de obtener un lucro mayor o fomentarlos en su propio beneficio”.

Como se observa en los artículos antes citados, Colombia tiene muy bien determinado la función y el deber del abogado de asesorar al cliente sobre la existencia de los MASC y el utilizarlos si es más favorable para el cliente pero, esta norma no es efectiva, pues si las partes desconocen este deber, pueden ser fácilmente conducidos al proceso judicial; cosa que no ocurre en Italia pues el abogado está obligado, en el momento en que reciben el mandato de sus clientes, a informarles de la posibilidad de someter sus litigios a mediación (Decreto Legislativo 28, 2010, art.4. núm. 3), así como de las ventajas fiscales que eso conlleva (Decreto Legislativo 28, 2010, arts.17 al 20). Dicha información tendrá que ser comunicada al cliente por escrito, so pena de anulabilidad del contrato de prestación de servicios con el mismo. El documento que recoge la información, suscrito por el cliente, habrá de ser adjuntado a la demanda judicial para que el juez pueda comprobar que la parte ha sido debidamente informada.

El abogado es un actor permanente de la administración de justicia, por lo cual le compete esgrimir con acierto, responsabilidad y profesionalidad la información que le brinda al cliente, por lo tanto, siempre debe explicarle y ofrecerle todas las alternativas legales que existen para la solución de su conflicto.

Proponemos que el abogado tenga la obligación de informar a sus clientes de todas las alternativas que existen para que solucione su conflicto, dándoles a conocer de forma sencilla en qué consiste cada una de ellas y presentándoles para su consideración la elaboración de un modelo que contenga los datos necesarios comparativos para que las partes identifiquen la diferencia de costos por cada proceso heterocompositivo o autocompositivo.

Así las cosas, el cliente tendrá todas las herramientas para que, con la valiosa ayuda de la persona profesional del derecho, tome la mejor decisión para resolver su conflicto, pues no basta con disponer de buenas leyes e instituciones de conciliación y conciliadores, si la primera persona a la que se acude cuando se tiene un conflicto en derecho (el abogado) no aconseja resolver el conflicto a través de la conciliación.

5.4. Supuestos en los que el juez ejerce funciones respecto de la conciliación

- Respecto al derecho a los recursos, ver en el capítulo IV, numeral 4.3;
- En la aplicación de medidas cautelares, en las conciliaciones donde deban protegerse derechos de menores de edad o personas con indefensión (adultos mayores, personas con alguna condición de discapacidad);
- Tener en cuenta la prescripción y la caducidad de las acciones, por lo tanto, debe observar la fecha en que se realizó la solicitud de conciliación y el tiempo que duró el proceso conciliatorio.

Dentro del proceso judicial por ejecución por incumplimiento en el acuerdo de conciliación se pueden proponer las siguientes excepciones contempladas en el numeral 2 del art.442 del CGP:

Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida. (Subrayado fuera del texto).

Ver en anexo: Tabla 13. Resumen de los sujetos en la conciliación.

CAPÍTULO VI

LA EFICACIA DE LAS LEYES DE CONCILIACIÓN

6. La eficacia de las leyes de conciliación

La RAE define la eficacia como:

Eficacia

(Del lat. *efficacia*).

1.f. Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

Este capítulo abordará el tema de la eficacia en las leyes de conciliación, si estas han tenido la capacidad y posibilidades de lograr el efecto que se esperaba.

La eficacia, o efectividad, se entiende como el valor que tienen las normas para inspirar la vida social, para guiarla o en definitiva para ser aplicada, Díez-Picazo (1993, p.206).

Para Kelsen (1979, p.30 y ss.), la efectividad se debe observar desde dos puntos: uno, si las personas sometidas a la norma realizan lo que la norma dispone, es decir, adoptan la conducta que evita la sanción, dos, si la norma es de hecho, aplicada por los tribunales.

La mayoría de los autores definen la eficacia de las normas en términos de cumplirla o de realizar la conducta que ella contiene por miedo a la sanción, Navarro (1990, pp.15-26). Ejemplo de ello lo encontramos en Lumia (1973, p. 49), para quien:

la eficacia de las normas consiste en la conformidad de la conducta de los destinatarios con el modelo prescrito [...] la observancia de las normas jurídicas cuenta sobre todo con la adhesión espontánea de los destinatarios, aunque aquéllas deben poder contar en última instancia con un aparato coercitivo que precisamente refuerce su eficacia, conminando y aplicando sanciones contra los transgresores. Si una norma no es espontáneamente observada por los destinatarios y sus transgresores no son usualmente alcanzados por la sanción prevista, esa norma es manifiestamente ineficaz.

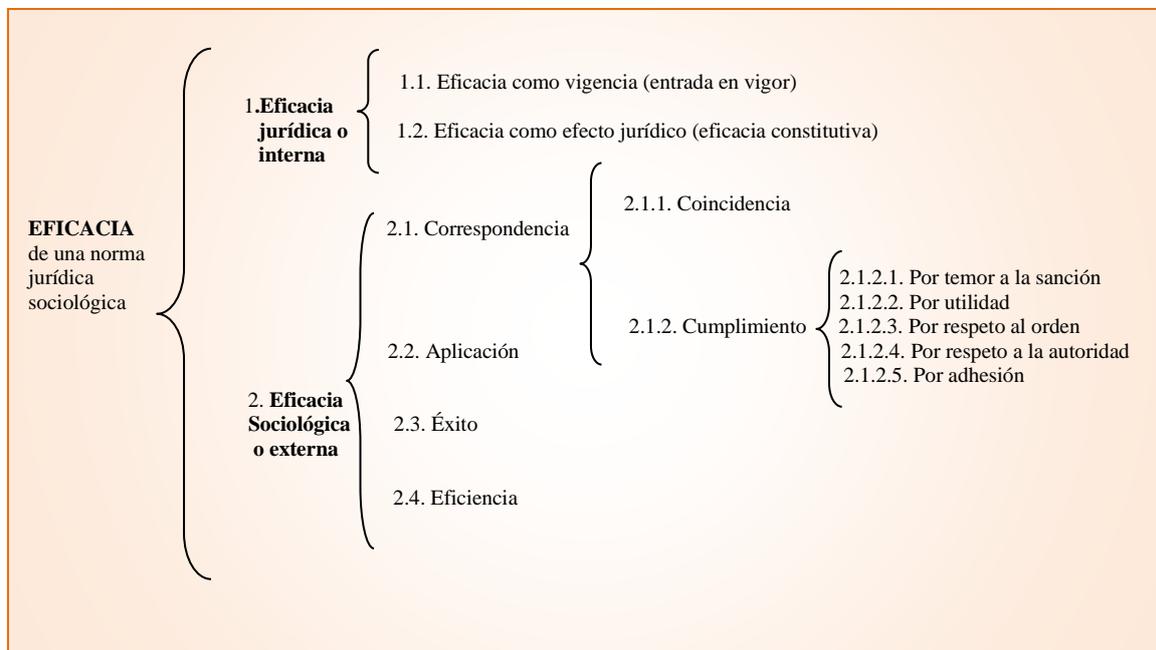
Lumia también revela que el realismo jurídico identifica la validez de la norma con su eficacia a fin de determinar cuál es el derecho válido. Para ello no toma en consideración las normas, sino los comportamientos, y estos comportamientos son particularmente caracterizados por los jueces, quienes son los sujetos a los que se atribuye la tarea de aplicar las sanciones. De ahí que una norma es válida en la medida en que es aplicada por los jueces y

en la medida en que los jueces se atienen a ella en sus decisiones. Así, ligar la validez de una norma a su eficacia hace que la primera se reduzca a una mera relación de probabilidad por la cual una norma es válida en la medida en que sea previsible su aplicación por parte de los jueces, Lumia (1973, p.50).

Bobbio (1993, pp.33-35) manifiesta que en cuanto a la validez de la norma se debe analizar: 1) Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas; 2) Comprobar si no ha sido derogada; 3) Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (derogación implícita). La investigación para determinar la eficacia o la ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social. Es el problema fenomenológico del derecho. Sobre validez a: Raz (1985, pp. 187-203), Nino (1985), Ross (1969), Díez-Picazo (1993, pp. 197-208), Pérez-Sauquillo (2011), entre otros.

Figura 11.

La Eficacia de una norma jurídica, Hierro (2003, p.74)



En este capítulo nos centraremos en estudiar la eficacia en cuanto a su aplicación, éxito y eficiencia, para lo cual aplicaremos el modelo o esquema de Hierro (2003, p.74), advirtiendo

que sólo nos interesa verificar la eficacia sociológica o externa respecto a las leyes de conciliación.

6.1.La eficacia por correspondencia

Hierro (2003, pp. 76-77) manifiesta que la eficacia por correspondencia es el sentido más amplio y más sencillo de una norma. Más amplio porque incluye la correspondencia entre la norma y la conducta del destinatario sea cual sea el motivo de la conducta, esto es: tanto si la conducta se realiza por una razón absolutamente independiente de la norma misma —incluso desconociéndola— como sería por costumbre individual, por costumbre colectiva, por presión del grupo, por convicción religiosa, etc., como también si la norma se sigue por cualquier motivo derivado de la existencia de la norma, sea la utilidad de seguirla, el temor a la sanción, el respeto a la autoridad que la dictó, el respeto genérico al orden jurídico, o a la adhesión interna a la conducta que la norma prescribe. Más sencillo, también, porque la correspondencia puede constatarse mediante una comprobación meramente externa sin necesidad de analizar los motivos del comportamiento del sujeto o de los sujetos.

La eficacia por correspondencia se evidencia en el temor a la sanción pues antes de instaurar cualquier proceso judicial declarativo (con algunas excepciones planteadas en la ley) las partes deben ir a cumplir con la conciliación como requisito de procedibilidad, si instauran la demanda sin cumplir este requisito, la sanción será la inadmisión de la demanda, tal como lo contempla el Código General del Proceso, en su art. 90, inc.3, numeral 7:

Mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibles las demandas sólo en los siguientes casos: [...]

7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

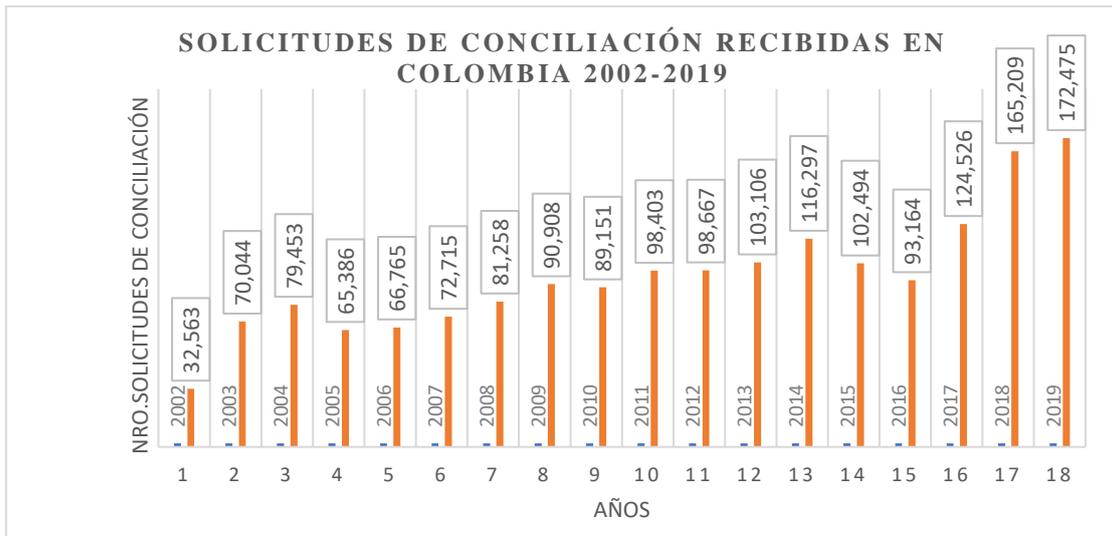
En estos casos el juez señalará con precisión los defectos de que adolezca la demanda, para que el demandante los subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo. Vencido el término para subsanarla el juez decidirá si la admite o la rechaza.

Obteniendo las estadísticas de conciliación a nivel nacional del Sistema de información de la conciliación, arbitraje y amigable composición SICAAC, desde el año 2002, hasta el 2019, se generan análisis generales de los mismos pues, para tener un panorama concreto se requiere diseñar y realizar encuestas por región para analizar los datos además de contar con la ayuda

de los centros de conciliación para hacer por un tiempo seguimiento a las actas de conciliación totales o parciales si han sido cumplidos los acuerdos.

Figura 12.

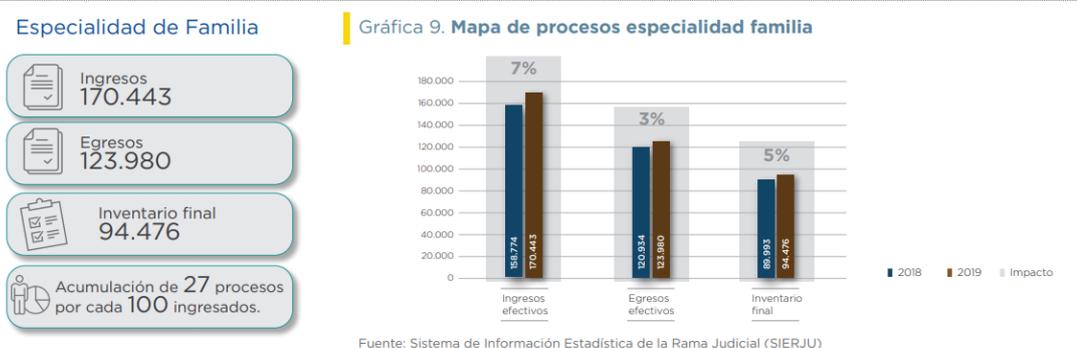
Solicitudes de conciliación recibidas por año en todos los CAC de Colombia (Datos del SICAAC).



Es importante precisar que el manejo estadístico en Colombia no es certero como se puede observar al contrastar los datos de la jurisdicción de familia de los casos recibidos a nivel nacional en los juzgados:

Figura 13.

Procesos de familia ingresados en 2018 y 2019 a nivel nacional (Informes de la Rama Judicial al Congreso de la República 2019-2020, p. 13)



Los datos indicados en la Figura 13, no contrastan con los existentes en el sistema de información nacional en conciliación (Figura 12), pues si se presentaron 170.443 procesos de familia, debería de existir igual o un número un poco inferior de solicitudes de conciliación en familia en ese mismo año, pues para instaurar un proceso de familia se requiere intentar conciliar como requisito de procedibilidad (Ley 640, 2001, art. 35), entonces, según los datos obtenido del SICAAC y del Informe al Congreso de la República 2019-2020 de la Rama Judicial contrastados en la siguiente tabla:

Tabla 1.

Solicitudes de conciliación Vs. constancias y procesos (2018/2019)

Año	Solicitudes de conciliación a nivel nación	Constancias de no conciliación	Constancias por inasistencia	Procesos recibidos en la jurisdicción de familia a nivel nacional	Procesos recibidos en la jurisdicción civil a nivel nacional
2018	165.209	30.063	32.159	158.774	712.720
2019	172.475	31.964	33.437	170.443	476.931

Como se observa, no existe en los sistemas de información estadística de conciliación ni en los rama judicial datos consolidados que nos permita verificar si efectivamente las solicitudes de conciliación presentadas desde el año 2002 al año 2019, otorgan efectividad con los datos encontrados en los informes al Congreso presentados en los periodos 2018-2019 y 2019-2020 porque haciendo la lectura a la tabla 1, encontramos que: de las 165.209 solicitudes de conciliación presentadas en el 2018, se emitieron 62.222 constancias para cumplir con el requisito de procedibilidad, pero a los juzgado llegaron en el mismo año: 871.949 procesos civiles y de familia, por tanto, que pasa son los 809.272 proceso, sin constancia, por lo que se concluye que no hay fiabilidad en los datos encontrados.

La medida de la correspondencia exigiría en todo caso delimitar un ámbito de sujetos y de ocasiones, Hierro, 2003 (p. 78); así las cosas, se deben contrastar con el número de procesos declarativos por año instaurados en los juzgados (dato que no se tienen, pues las estadísticas del Consejo Superior de la Judicatura no están completas, no se tienen los datos de los números de procesos instaurados por años para poder contrastar si el número de conciliaciones que no llegaron a acuerdo ingresaron a los juzgados a su correspondiente proceso judicial).

6.1.1. Eficacia por correspondencia y por cumplimiento de la norma

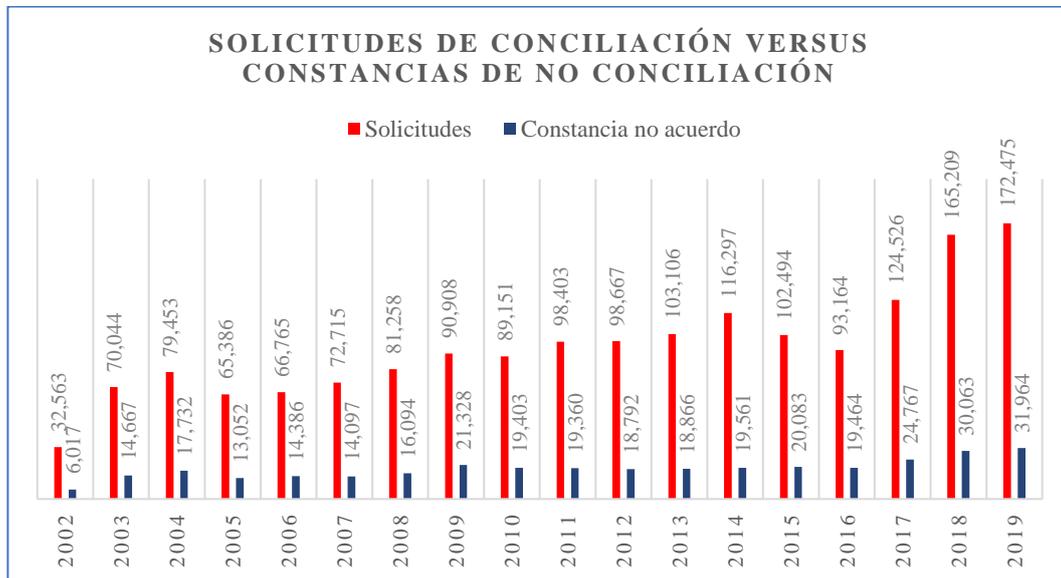
El término “cumplimiento” o el término “obediencia” son los más adecuados, entendidos como sinónimos, ya que lo que se trata de identificar es la relación motivacional que se produce entre una norma jurídica que, conocida por su destinatario, opera como razón o, al menos, como una de las razones para llevar a cabo un determinado curso de acción, Hierro (2003, p. 83).

Entonces, para que se cumpla una norma ésta debe ser conocida por quienes la van a aplicar, y si la aplican, es porque les conviene el aplicarla. En este contexto, entendemos que para cumplir las leyes de conciliación (por los sujetos que intervienen en ella), se deben aplicar los principios desarrollados en su articulado, así como el procedimiento y el cumplimiento del mismo acuerdo, para lo cual es necesario un conocimiento exhaustivo de la misma por parte de los sujetos de la conciliación, en principio por los ciudadanos y por el abogado que les asesora sobre cómo abordar su conflicto de forma eficiente y con seguridad jurídica. Ahora, para que exista cumplimiento, la normatividad de conciliación debe ser difundida.

Las normas de la conciliación son conocidas por los abogados pues estos reciben capacitación en MASC como asignatura en las facultades de derecho desde el 2002, adicionalmente porque desde la constitución de 1991 conocen el inc. 4 del art. 116 y son los llamados en principio a asesorar a las personas que poseen conflictos.

Figura 14.

Solicitudes de conciliación vs. constancias de no conciliación (Datos SICAAC)



De la gráfica anterior se deduce que el número de solicitud de conciliación van en crecimiento cada año, también es importante indicar que según análisis del Ministerio de Justicia:

[...] de las solicitudes de las conciliaciones que se presentaron en los centros de conciliación, sobre los que el MJD ejerce control, el promedio de los últimos cinco años [del 2010 al 2015] demuestra que en el 80% de los casos existía una intención de conciliar, y sólo en el 7% de los casos la intención era cumplir con el requisito de procedibilidad. Sin embargo, únicamente en el 37% del total de solicitudes se efectuó la conciliación, lo que indica que existió un 40% de casos en los que, si bien la intención inicial de las partes era de conciliar, no hubo acuerdo conciliatorio, Departamento Nacional de Planeación (p. 29).

Pese a lo indicado por el ministerio, no se encuentra la muestra y por qué medio se obtuvo esa información, pero cabe preguntarse qué falló en el desarrollo de la conciliación para que los intervinientes que iban con intención de conciliación no lo logaran, y así poder concluir por ejemplo si fue por causa de uno de ellos o por falta de técnicas por parte del conciliador para ayudar a lograr un acuerdo.

6.1.1.1.Eficacia por correspondencia, por cumplimiento y por temor a la sanción

La obediencia por temor a la sanción suele tomarse como el motivo más típico, cuando no único, de cumplimiento prudencial o por razones de utilidad, Hierro (2003, pp. 99-102). En ello confluyen tres paradigmas: el temor a la sanción, por estar bien en el entorno social y por qué las sanciones casi siempre vienen con multas económicas.

En este orden de circunstancias podemos indicar que la conciliación se cumple como lo indicamos anteriormente por temor a no ser admitida la demanda, existiendo entonces una sanción procesal, de ahí que se podría advertir que el abogado que asesora a las partes para la resolución de conflicto piensa en el requisito de procedibilidad antes que en la misma conciliación.

6.1.1.2.Eficacia por correspondencia, por cumplimiento y por utilidad. Existen dos motivos para cumplir las normas jurídicas por motivo de utilidad. En primer lugar, es una razón prudencial para comportarse de acuerdo a las normas jurídicas vigentes, cuando estas no suscitan conflictos directos con sus criterios morales ni con sus intereses. El segundo motivo es por una mecánica irreflexiva pero no irracional: se cumplen de forma habitual una gran cantidad de normas jurídicas, igual que normas sociales, es adaptarse a, o coordinarse con, el comportamiento ajeno, Hierro (2003, p.109).

El primer punto de la utilidad corresponde vivirlo al abogado que quiere instaurar una demanda judicial, entonces le insiste a su cliente que, para poder demandar, por ley se debe acudir a la conciliación, resultando así un interés directo en él en el proceso mas no en la conciliación; así las cosas, se puede tornar entonces la conciliación como ineficiente porque no se cree en la institución de la conciliación como tal sino en el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

6.1.1.3.Eficacia por correspondencia, por cumplimiento y por respeto al orden

Coinciden con frecuencia los sociólogos Carbonnier (1977, pp.135-142), David (1980, pp. 53-77), entre otros, y los psicólogos sociales, en que un motivo muy extendido de cumplimiento de las normas jurídicas es un respeto atendido e internalizado hacia el orden jurídico como producto del proceso de socialización, Hierro (2003. p.112), conclusión que es coherente con el enfoque tanto de la teoría del desarrollo cognitivo como con la del aprendizaje social, Tapp & Levine (1972), Tapp & Kohlberg (1971), Adelson (1986), esta obediencia

respecto al orden jurídico opera especialmente en las normas con contenido de sanción coercitiva (multa), es decir, las normas de contenido penal, tributario, administrativo, que son normas que producen una obediencia por respeto al orden jurídico.

6.1.1.4. Eficacia por correspondencia, por cumplimiento y por respeto a la autoridad

No es tanto la efectividad social de cualquier criterio de legitimidad la que motiva el cumplimiento de las normas jurídicas, como lo es la efectividad social de un criterio de legitimidad legal-racional en el sentido planteado por Weber, 1984:

la circunstancia de que, al lado de otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser, acrecienta la probabilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable (p.25).

Es decir, no se cumplen las normas por el solo hecho de ser emitidas con legitimidad, sino porque son buenas. Si a través de la difusión y educación se hace conocer la conciliación a la sociedad, ésta verificará con hechos que es bueno intentar conciliar, y así podrán emplearla en el momento en que se encuentren ante un litigio, decidiendo por dónde quieren resolver sus conflictos en derecho.

6.1.1.5. Eficacia por correspondencia, por cumplimiento y por adhesión. La adhesión a las normas jurídicas no sólo es un supuesto de coincidencia, sino que, con mucha frecuencia, está motivada por el hecho de que se trata de una norma jurídica: es este dato el que motiva la aceptación moral de (o adhesión a) la norma, (Hierro, 2003, p. 128).

La utilización de la conciliación será efectiva como medio para resolver el conflicto por un fenómeno cultural, es decir, si un grupo social aplica en la cotidianidad principios de paz y bienestar individual, sus integrantes entenderán que es mejor resolver sus conflictos a través del diálogo, no por medio de la confrontación.

Como conclusión sobre la eficacia por cumplimiento en cuanto a las leyes de conciliación, podemos indicar que:

- Si las leyes de conciliación en su articulado poseen una sanción por inasistencia, se debe garantizar el servicio de ella en cualquier lugar del territorio donde esté vigente la ley, respetar el principio de la voluntad en cuanto a que las partes acudan a la primera reunión

inicial, y traten, si es su voluntad, de continuar con el procedimiento de conciliación: así se cumpliría la norma, por el miedo a la sanción;

- Si se realizara una buena difusión de la conciliación y se contará con buenas infraestructuras tanto en medios materiales como personales y tecnológicos, las personas recurren al servicio de conciliación por utilidad;
- Si el abogado insiste a las partes que ellas mismas pueden encontrar una solución con garantías jurídicas, de forma eficaz y sin permitirle a un tercero (juez) que a través de un proceso que es riguroso e inflexible, tome una decisión que puede afectar la vida de los implicados en general.

6.2. Eficacia como aplicación de las normas jurídicas

Si aceptamos la expresión de Kelsen (1979, p.72), de acuerdo con la cual el súbdito obedece o desobedece la ley, entonces habrá que decir que el órgano “aplica” o “no aplica” el derecho. En la medida en que por derecho entendamos la norma jurídica genuina, o norma primaria, que resulta eficaz si es aplicado por el órgano, es decir, si éste ejecuta la sanción. Y el órgano tiene que aplicar el derecho precisamente cuando el súbdito “desobedece”.

Las leyes de conciliación se encuentran dentro del sistema jurídico, pero ellas no funcionan de forma independiente, sino que se complementan con otras leyes de diferente rango o jerarquía (Constitución, Código Civil, Código General del Proceso, etc.).

Kelsen admite que la eficacia es, también, “la conformidad de la conducta con la norma” Kelsen (1979, p. 46), por lo que entendemos que para él hay dos dimensiones de la eficacia: la eficacia como conformidad y la eficacia como aplicación. Además, un mínimo de eficacia es condición de validez de las normas, Kelsen (1981, p. 24); esta eficacia mínima — cuyo mínimo nunca se cuantifica— puede ser tanto la eficacia por obediencia, o su defecto, la eficacia por aplicación, Kelsen (1969, pp. 63-64), donde contestando a Julius Stone, aclara que se trata de la “eficacia en el sentido de que las normas jurídicas establecidas deben ser obedecidas en términos generales, y, si no obedecidas, aplicadas”.

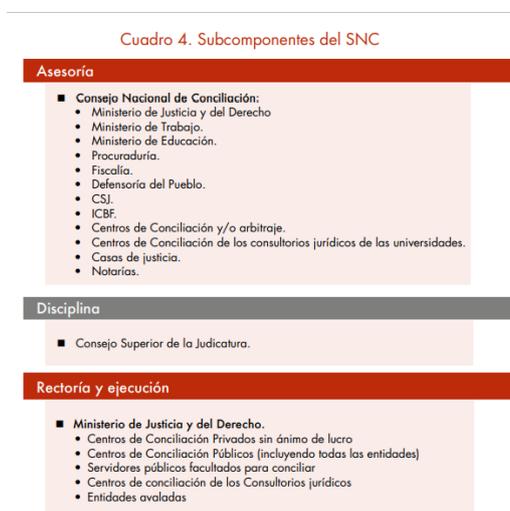
Por lo tanto, las leyes de conciliación serán eficaces en cuanto sean aplicadas, pero para lograr esa eficacia deben integrarse todos los actores u operadores de la justicia con la ADR en cuestión. Un ejemplo claro de eficacia de la conciliación y de otras ADR y la justicia ordinaria lo poseen los Tribunales Multipuertas, pues integran todas las formas de resolver los conflictos

en un solo sitio, asesorando efectivamente al usuario de la Administración de la Justicia para que, a través del abanico de soluciones ofrecidas (proceso judicial o ADR), resuelva de manera expedita su conflicto.

Para comenzar el análisis de aplicación de la norma jurídica, revisemos la articulación y funcionamiento de los órganos que componen el sistema nacional de conciliación:

Figura 15.

Entidades que componen el sistema nacional de conciliación. Departamento Nacional de Planeación (2015, p. 115)



El Ministerio de Justicia y del Derecho - MJD indica que los organismos antes indicados no se encuentran plenamente articulados, que no hay una política pública de manejo del sistema nacional de conciliación, entre otros, Departamento Nacional de Planeación (2015, pp.115 y ss.).

Conforme a las visto en el análisis de estadísticas que hemos realizado y a las conclusiones del Departamento Nacional de Planeación (2015), que garantiza la eficacia de la norma en la conciliación es el conciliador (otorgando seguridad jurídica y procedimental a través de técnicas de conciliación); si se logra acuerdo y, posteriormente, se incumple, el órgano judicial (juez), a petición de parte, ejecutará lo pactado, si éste no vulnera el derecho y son claras las obligaciones contraídas, siendo así eficaz el acuerdo alcanzado.

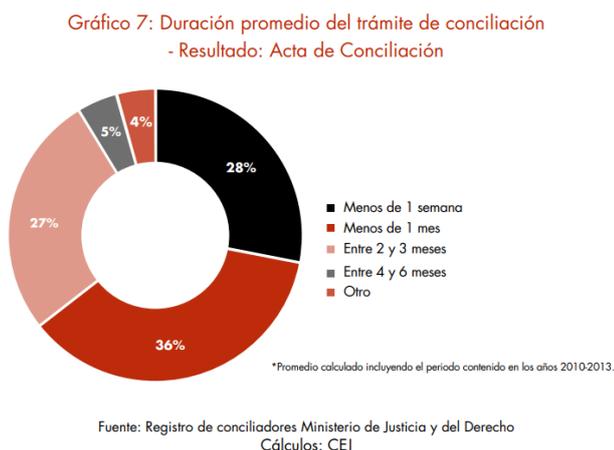
Dentro de la presentación del Departamento Nacional de Planeación (2015, p.8), se resaltó de la conciliación en Colombia que:

- Más de 900 mil conflictos fueron tramitados por conciliación entre el 2002 y el 2014;
- 4 de cada 10 solicitudes de conciliación llegan a acuerdo en los centros de conciliación;
- 3 de cada 10 conflictos se resuelven en menos de una semana y 4 de cada 10 en menos de un mes por medio de la conciliación;
- El costo promedio de una conciliación de cuantías hasta 30 millones es el 3%;
- \$11.592 millones ha invertido el Gobierno Nacional en la conciliación desde el 2005;
- La conciliación ha permitido al Estado y la sociedad ahorrarse 1,42 billones de pesos en los últimos 12 años.

Ahora bien, en cuanto a la duración del trámite conciliatorio, éste quedó demostrado que es ágil y eficiente, pues que el 28% de las conciliaciones recibidas entre el año 2010 al 2013 se realizaron en 1 semana; el 36% en menos de un mes; el 27% entre 2 y 3 meses, Departamento Nacional de Planeación (2015, p. 47).

Figura 16.

Duración promedio del trámite de conciliación. Departamento Nacional de Planeación (2015, p. 47)



Así mismo, la ley de conciliación será efectiva cuando: a) el número de procesos judiciales (civiles y mercantiles) disminuya por el uso demostrado de la conciliación (intrajudicial o extrajudicial), que podrá demostrarse en un estudio posterior; b) Verificar el número de asuntos en los que intervinientes lograron acuerdo.

Figura 17.

Solicitudes de conciliación vs. Acuerdos totales desde de año 2002 hasta el 2019 (Datos del SICAAC)

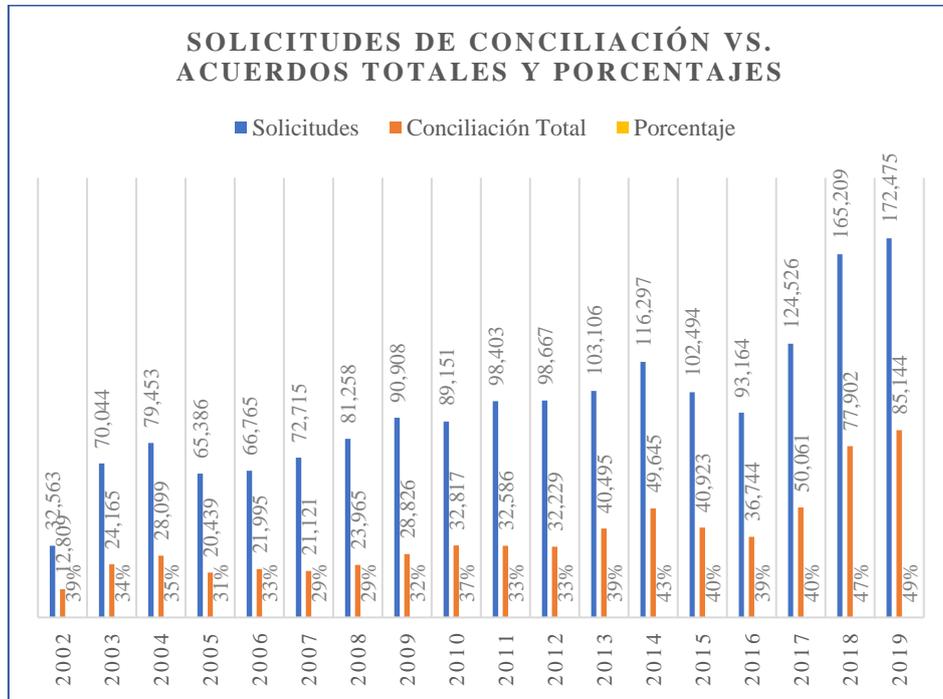


Tabla 2.

Solicitudes de conciliación vs. Acuerdos totales desde el año 2002 al 2019 (Datos SICAAC)

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Solicitudes	32.563	70.044	79.453	65.386	66.765	72.715	81.258	90.908	89.151
Conciliación Total	12.809	24.165	28.099	20.439	21.995	21.121	23.965	28.826	32.817
Porcentaje	39%	34%	35%	31%	33%	29%	29%	32%	37%

Continuación datos de la tabla 2:

Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Solicitudes	98.403	98.667	103.106	116.297	102.494	93.164	124.526	165.209	172.475
Conciliación Total	32.586	32.229	40.495	49.645	40.923	36.744	50.061	77.902	85.144
Porcentaje	33%	33%	39%	43%	40%	39%	40%	47%	49%

Como se vislumbra en la Figura 17 con los datos de la Tabla 2, en ningún momento se ha logrado el 50% o más de conciliaciones totales, confirmando lo indicado por el Departamento Nacional de Planeación (2015), es decir, las personas acuden con ánimo conciliatorio, pero no logran el acuerdo.

Tabla 3.

Solicitudes de Conciliación, constancias de conciliación y porcentaje de inasistencia de conciliaciones desde el año 2002 al 2019

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Solicitudes	32.563	70.044	79.453	65.386	66.765	72.715	81.258	90.908	89.151
Constancia de inasistencia	11.526	21.116	21.822	19.451	19.955	13.671	15.442	25.933	21.825
% de inasistencia	35%	30%	27%	30%	30%	19%	19%	29%	24%

Continuación datos de la tabla 3:

Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Solicitudes	98.403	98.667	103.106	116.297	102.494	93.164	124.526	165.209	172.475
Constancia de inasistencia	21.344	24.254	25.499	27.599	24.981	24.037	29.913	32.159	33.437
% de inasistencia	22%	25%	25%	24%	24%	26%	24%	19%	19%

Analizando la Figura 17 y los datos de la Tabla 3, en los inicios de la conciliación como requisito de procedibilidad, fueron bajos los porcentajes de acuerdos totales logrados y no han sido consistentes, ni tampoco han ido aumentando anualmente, pues muestran un valor no homogéneo, ni en aumento, más bien, un valor que va hacia la baja, que han fluctuando desde el año 2002 del 35%; 2003 del 30%; 2004 del 27%; 2005 del 30%; 2006 del 19%, etc., resultados que genera interrogantes que deben ser resueltos desde el manejo de los datos estadísticos que deben manejar los Centros de Conciliación para poder hacer recomendaciones a los sujetos implicados en la conciliación. En principio, puede contemplarse que la voluntad de las partes no se logró, pero también puede denotarse una cultura que favorece el pleito judicial y desfavorece a la conciliación.

Continuación datos de la tabla 4:

Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Solicitudes	98.403	98.667	103.106	116.297	102.494	93.164	124.526	165.209	172.475
Conciliación parcial	2.065	1.853	1.819	1.539	1.251	1.358	1.751	4.191	5.078
Porcentaje	2%	2%	2%	1%	1%	1%	1%	3%	3%

En los acuerdos parciales, máximo se ha llegado a conciliar el 4% de las solicitudes presentadas por año, no siendo tampoco muy halagador o comprometedor los porcentajes logrados lo que argumenta lo antes manifestado sobre los acuerdos totales, es decir el colombiano tal vez continúa sin cambiar el paradigma que le genera la conciliación y prefiere acudir a la justicia ordinaria a que un tercero (juez) le resuelva su conflicto dentro.

Ahora bien, para poder analizar las razones o motivos por los cuales los intervinientes no llegaron a un acuerdo, cuántos de esos acuerdos incumplidos fueron ejecutados o cuantos acuerdos fueron declarados nulos se requiere hacer un estudio por región *in situ*, no con datos estadísticos, toda vez que esta información no la posee el SICAAC, ni los mismos Centros de conciliación porque estos no hacen seguimientos a los acuerdos.

Figura 19.

Solicitudes de conciliación vs. Constancias de no conciliación desde el año 2002 hasta el 2019 (Datos del SICAAC)

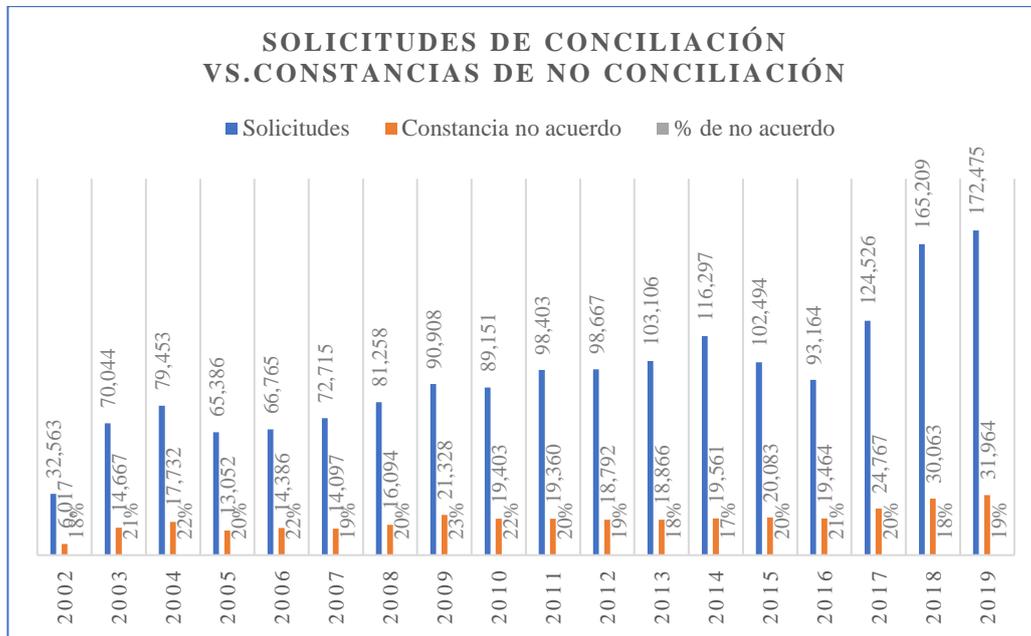


Tabla 5.

Solicitudes de conciliación vs. Constancias de no conciliación desde el año 2002 hasta el 2019 (Datos del SICAAC)

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Solicitudes	32.563	70.044	79.453	65.386	66.765	72.715	81.258	90.908	89.151
Constancia no acuerdo	6.017	14.667	17.732	13.052	14.386	14.097	16.094	21.328	19.403
% de no acuerdo	18%	21%	22%	20%	22%	19%	20%	23%	22%

Continuación datos de la tabla 5:

Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Solicitudes	98.403	98.667	103.106	116.297	102.494	93.164	124.526	165.209	172.475
Constancia no acuerdo	19.360	18.792	18.866	19.561	20.083	19.464	24.767	30.063	31.964
% de no acuerdo	20%	19%	18%	17%	20%	21%	20%	18%	19%

Como puede verificarse en la Figura 19 y los datos de la Tabla 5, el porcentaje más alto de conciliaciones parciales logradas es del 23% sobre el total de solicitudes de conciliación recibidas en el año 2009; pero, estas conciliaciones parciales no son halagüeños, pues de todas formas las partes deben asistir a la justicia ordinaria a que ésta continúe conociendo del resto de las pretensiones no conciliadas, es decir, el conflicto continúa al no haberse obtenido un acuerdo total.

Figura 20.

Solicitudes de conciliación vs. Constancias de inasistencia desde el año 2002 hasta el 2019
(Datos del SICAAC)

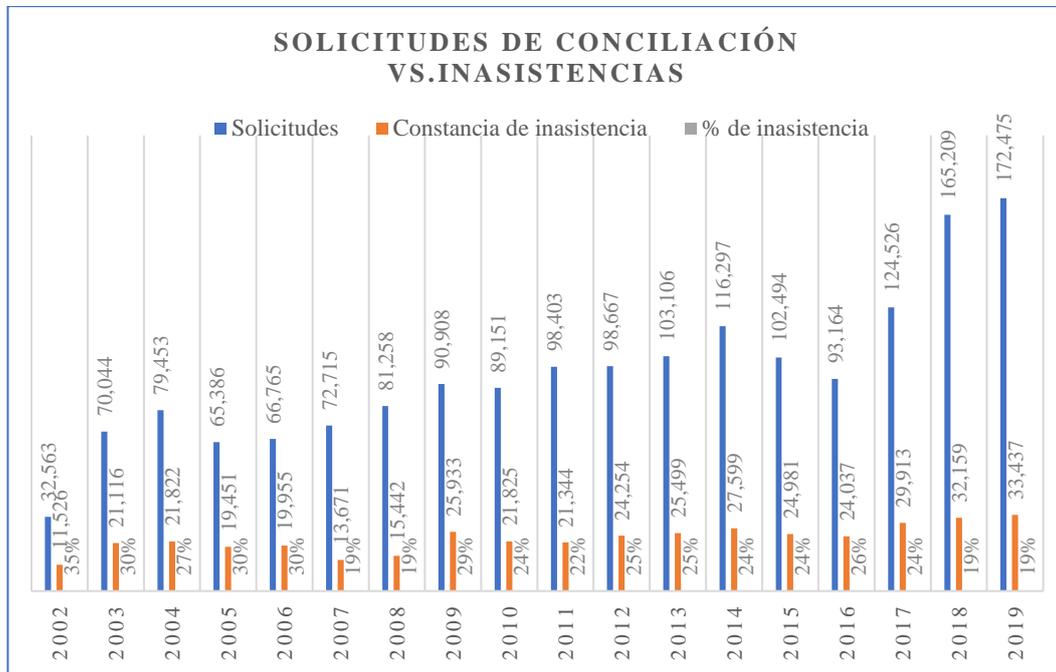


Tabla 6.

Solicitudes de conciliación vs. Constancias de inasistencia desde el año 2002 hasta el 2019
(Datos del SICAAC)

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Solicitudes	32.563	70.044	79.453	65.386	66.765	72.715	81.258	90.908	89.151
Constancia de inasistencia	11.526	21.116	21.822	19.451	19.955	13.671	15.442	25.933	21.825
% de inasistencia	35%	30%	27%	30%	30%	19%	19%	29%	24%

Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Solicitudes	98.403	98.667	103.106	116.297	102.494	93.164	124.526	165.209	172.475
Constancia de inasistencia	21.344	24.254	25.499	27.599	24.981	24.037	29.913	32.159	33.437
% de inasistencia	22%	25%	25%	24%	24%	26%	24%	19%	19%

Como puede observarse, el porcentaje de inasistencia a las audiencias ha disminuido con el paso de los años, pues comenzamos en el 2012 con el 35% y llegamos al 2019 con 19%, tal vez podemos indicar que es un gran logro de parte de los intervinientes el cumplir al llamado que les hace la justicia alternativa y que se logre a futuro que descendiendo este porcentaje.

Conforme a los datos estadísticos antes presentados, se puede establecer que la conciliación en Colombia desde el año 2002 hasta el 2019 ha producido ineficacia, en cuanto a su ejecución, pero no en cuanto a su normatividad, porque este si cuenta con la garantía de la tutela judicial efectiva, pero en la práctica ha sido ineficaz, lo cual no sintetiza la próxima tabla:

Tabla 7.

Eficacia e ineficacia en la conciliación

Ítem	Eficacia	Ineficacia
¿Existe eficacia en la articulación de las instituciones que dirigen, orientan y ejecutan la conciliación en Colombia?		No
¿Existen Centros de Conciliación en todo el país?	Sí	
¿Existen conciliadores en todo el país?	Sí	
¿Las partes acuden a la conciliación, según datos estadísticos presentados?		No
¿Se han logrado acuerdos totales (dentro de las estadísticas presentadas anteriormente) en más del 50% de las solicitudes de conciliación presentadas?		No
¿Se ha logrado establecer si los acuerdos logrados fueron cumplidos por las partes?		No
¿Se pueden contrastar los datos de las conciliaciones como requisito de procedibilidad con los datos de los procesos judiciales respectivos para poder tener datos consistentes?		No

El grado de eficacia como aplicación de una norma jurídica “sí” es un indicador de la eficacia de la norma en defecto de cumplimiento (Hierro, 2003, p.159). Entonces, las leyes de

conciliación pueden ser medidas en cuanto a aplicación de la conciliación, obteniendo los índices de eficacia e ineficacia.

6.3. La eficacia como éxito

Para calibrar la eficacia como “éxito” de la norma en servir de instrumento para alcanzar un estado de cosas deseable es necesario tomar en cuenta: 1) el estado de cosas previo; 2) los propósitos del legislador; 3) la eficacia como cumplimiento o —en su defecto— como aplicación; 4) el estado de cosas resultante, Hierro (2003, p.160).

El estado de las cosas previo para que la conciliación funcione dentro de un Estado está, a nuestro modo de ver, en dos puntos: primero, en el colapso que padece el sistema de Administración de la Justicia como tal; segundo, en la visión que debe tener el legislador al ofrecer las ADR como verdaderas soluciones legales para que cualquier miembro de la comunidad resuelva sus conflictos a través de ellas, y específicamente en la conciliación, con las garantías suficientes de la TJE, por lo que se debe producir en la legislación, los juristas en particular y la ciudadanía en general, un verdadero cambio de paradigma en el sentido de tener un abanico de posibilidades a disposición para resolver los conflictos en derecho.

6.3.1. *Los propósitos del legislador en las leyes de conciliación*

Establecer cuáles son los propósitos del productor de una norma no es siempre fácil. A veces se encuentran explícitos en las exposiciones de motivos que preceden a los textos normativos y a veces no; en ocasiones aquellas explicaciones son honestas y otras no; con frecuencia son parciales e “ideológicas”, esto es, el legislador⁵³ explica los propósitos que juzga

⁵³ Sobre el legislador y la imposición de que el ciudadano debe conocer las leyes, nos permitimos traer a colación el comentario de Costa (2000, p.36-37), “la conservación del orden social impone el supuesto de que todos los ciudadanos conocen a la perfección las leyes; exige que al frente de los Códigos se estampe el principio de que a nadie aprovecha la ignorancia de las leyes o de que la ignorancia de la leyes no excusa de su cumplimiento de la ciencia del derecho, y por esto en ningún pueblo se ha declarado ni impuesto tal obligación. Resulta de aquí (dice) una desigualdad, un desequilibrio, que engendra a las veces un verdadero antagonismo entre la inteligencia que el particular dio a la regla al aplicarla en su vida privada y la que da el tribunal, siendo consecuencia que la vida de derecho se realice de un modo anormal e irregular. Consiste el remedio a juicio suyo, en el que el legislador coloque a ambos en igualdad de condiciones, dándoles un criterio idéntico: ¿de qué modo? Imprimiendo a la ley una estructura científica, distinta del argumento arbitrario e inorgánico que al presente ofrecen los Códigos; desarrollando cada institución en un orden lógico y sistemático, que revele el criterio del legislador respecto de la naturaleza, concepto y funciones de ella y revista de una forma tangible y corpórea el espíritu que presidió a cada una de las reglas jurídicas y que anima su letra” (subrayado nuestro).

confesables y calla los que juzga inconfesables [afirma por ejemplo que la norma se propone mejorar la calidad de un servicio público y calla que se propone poner fin a una huelga] Hierro (2003, p. 161).

Los motivos del legislador en las leyes conciliación fueron⁵⁴:

- a) Ley 23 de 1991. Tal y como se señaló en la exposición de motivos de la mencionada ley, para el momento en que ésta fue redactada, la justicia colombiana atravesaba por una severa crisis, especialmente por la cantidad de procesos que se encontraban acumulados en los despachos judiciales. En todo caso, a pesar de que la finalidad de la ley estaba asociada a la descongestión de los despachos judiciales, la filosofía que la inspiró era mucho más profunda que la de la simple descongestión judicial, y se basó en la idea de que “(...) los jueces sólo deben ocuparse de los litigios para los cuales la sociedad no ha podido encontrar una solución adecuada. Por este camino podremos lograr que la justicia cumpla con eficiencia la ponderosa misión que le corresponde dentro de la estructura del “Estado” (Congreso de la República, 1991);
- b) Ley 446 de 1998 concibió también la conciliación como un instrumento al servicio de la descongestión judicial y como un mecanismo que sirve para garantizar el acceso a la justicia;
- c) Ley 640 de 2001 En la exposición de motivos de la Ley en mención se señaló:
Cobra entonces importancia, la sociedad civil y la demanda potencial de justicia, que es a donde apunta la iniciativa que hoy presentamos a consideración del parlamento colombiano y nos corresponde proponer estrategias que faciliten el acceso a la justicia comunitaria, alternativa o a la formal y propender por su implementación y desarrollo. (Congreso de la República, 2001).

Los motivos del legislador en las leyes antes citadas, no se han logrado, pues siguen llegando a los despachos judiciales muchos procesos y la descongestión judicial no se ha obtenido. Nos atrevemos a decir que no se ha cumplido con el ideal plasmado porque falta instaurar una verdadera cultura de la conciliación en la ciudadanía en general, deben estatuirse la conciliación/mediación como mecanismo de resolución de conflictos desde la escuela, el colegio y la universidad, implementando centros de mediación/conciliación en estas instancias

⁵⁴ Es importante resaltar que las gacetas del Congreso de los años 1999 a 2001 no pudieron ser revisadas por internet, toda vez que esas gacetas no están disponibles sino en el repositorio físico, y este libro se está desarrollando en la actual pandemia mundial, razón por la cual los tres datos de la exposición de motivos de las leyes de que indican fueron textualmente copiados de Departamento Nacional de Planeación (2015).

se logrará generar cultura de resolución de conflictos y credibilidad en la figura, de otra forma no se logrará toda vez que la cultura del litigio se encuentra muy arraigada en el pueblo colombiano.

CONCLUSIONES

PRIMERA — La justicia y el derecho deben funcionar integralmente, adaptándose a los cambios y a las necesidades de los usuarios del sistema judicial colombiano, el cual debe ofrecer todas las alternativas de resolución de disputas existentes a nivel mundial de forma gratuita para los estratos 1, 2 y subsidiado para el estrato 3, lo que generará descongestión en la justicia ordinaria al estar los servicios de justicia escalonados en cuanto a su resolución y concurrencia.

SEGUNDA — El Ministerio de Justicia y del Derecho es en encargado de abrir espacios a otros MASC/ADR y generar una reforma legislativa a la justicia, en la que incorpore varios métodos heterocompositivos como: a) arbitraje al alcance de todos los ciudadanos (lo que generará más fuentes de ingreso para las personas que actúan como árbitros); b) adjudicación en materia de construcción - *Adjudication in construction* (AC), para todos los conflictos que giren en torno a la construcción; c) Evaluación neutral anticipada - *Early neutral evaluation* (ENE), la puede ser brindada por los abogados con experiencia en litigios judiciales para que determinen la viabilidad de un juicio o aconsejen la conciliación de las diferencias; c) Med-Arb, el Arb-Med y la MEDALOA, las cuales de deben ofrecer bajo la rigurosidad de capacitar primero a los expertos, reglamentarlos y informar a la ciudadanía sobre el uso de estos ADR; d) Mini Juicio – *Mini trial*, aunque este lo podemos comparar con los juicios de las pequeñas causas; e) Juzgamiento privado - *Private judging*; f) Resolución de disputas en línea – *Online Dispute Resolution*.

TERCERA — Las casas de justicia tienen su efectividad, pero podrían reconvertirse en verdaderos tribunales Multipuertas que ofrezcan además de los servicios que en la actualidad ofrecen, todos los ADR antes enunciados, para así tener una verdadera justicia ágil y oportuna para los estratos 1, 2 y 3.

CUARTA — El Estado debe continuar garantizando el equilibrio entre justicia y derecho a través de una “**Tutela judicial efectiva**”, y concebir en el mismo rango legal todas las soluciones o alternativas que posee el ciudadano para solucionar su conflicto a través de la opción que libremente determine: proceso judicial o mecanismos alternativos de resolución de conflictos –ADR.

QUINTA — Debe dejarse atrás la conciliación como un mecanismo de descongestión judicial y comenzarse a legislar y a promoverse como una alternativa eficiente con todos los efectos de la Tutela judicial efectiva [TJE], para darle al ciudadano mayor seguridad jurídica en ella.

SEXTA — Para que las leyes de conciliación sean eficaces, el Estado debe realizar un sistema nacional de conciliación completamente articulado, donde cada uno de los entes ejerza con responsabilidad su función; que se gesten las estadísticas de manera estructurada y concatenadas para poder comprobar con ellas las fallas y beneficios de la conciliación de forma real y actualizada.

SÉPTIMA — Que se haga seguimiento al cumplimiento o no de los acuerdos logrados y firmados en los centros de conciliación, función que deberá ser cumplida por los centros de conciliación.

OCTAVA — El conciliador a es el garante jurídico del procedimiento de conciliación, por ende, es él quien debe garantizar en todo el procedimiento la tutela judicial efectiva.

NOVENA — Se entiende que no se vulnera la autodeterminación o voluntariedad de las personas implicadas en un conflicto cuando las leyes de conciliación imponen obligatoriamente asistir a conciliación como requisito de procedibilidad, pues el Estado garantiza que el servicio, en cualquiera de los casos se preste de forma ágil, eficiente y oportuna dentro de todo el territorio nacional y cubriendo la gratuidad del servicio cuando las partes así lo requieran. De igual forma, se respeta la decisión de las partes de continuar o no con el procedimiento de conciliación y de lograr o no un acuerdo y obtener la constancia de no conciliación para acudir al juez competente.

DÉCIMA — No es imprescindible que entre los intervinientes y el conciliador exista un contrato de conciliación, toda vez que éste puede ser verbal; adicionalmente, el acta donde conste la primera sesión de conciliación (esto por si hay más sesiones) puede equipararse al contrato de conciliación firmado entre intervinientes y conciliador, pues cumple con los requisitos generales de los contratos.

DÉCIMA PRIMERA — El contrato de conciliación es atípico.

DÉCIMA SEGUNDA — En el acta de primera sesión de conciliación debe pactarse de forma clara y expresa el alcance del principio de confidencialidad (documental, hablado y

escrito dentro de las actas de cada sesión de conciliación), para que en un eventual proceso judicial no queden dudas e interpretaciones que pueda realizar el juez al respecto.

DÉCIMA TERCERA — Es recomendable que se haga cumplir el Código ético disciplinario del abogado en el sentido de que sea obligatorio que estos informen a sus clientes de todas las vías o alternativas que existen para resolver un conflicto.

DÉCIMA CUARTA — Debe definirse de forma clara e inequívoca en la ley los principios de la conciliación: Igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, oralidad, flexibilidad, carácter personalísimo, buena fe y voluntad de las partes.

DÉCIMA QUINTA — Los Estatutos de los centros de conciliación deben ofrecer un régimen sancionador claro, con las garantías de la tutela judicial efectiva.

DECIMA SEXTA — Al estar garantizada la tutela judicial efectiva en la conciliación extrajudicial en derecho, el conciliador debe continuar con la función transitoria de administrar justicia de conformidad con el inciso 4 del artículo 116 de la Constitución Política.

Continentes/país	Conciliación	Mediación	¿Conciliador o mediador debe ser abogado?	Conciliador o mediador requiere formación especial	¿Conciliador o mediador debe inscribirse en un registro especial o ante un ente público?	¿Algún ente público vigila actuación del conciliador o mediador?	¿Régimen disciplinario o ético para conciliador o mediador?	¿Es obligatorio intentar conciliar o mediar antes de ir a proceso judicial?	¿Para lograr efectos de título ejecutivo debe inscribir acta en un ente o elevar acta a escritura pública?	¿Para lograr efectos el acuerdo, debe homologarlo el juez?	¿Acuerdo logrado tiene efecto de cosa juzgada?
------------------	--------------	-----------	---	--	--	--	---	---	--	--	--

EE.UU. [no hay ley estatal de mediación, es federal]	Sí	Sí	Para mediar en algunas materias y si es derivado por juez, sí.	Sí	Sí C/Estado	Sí, C/Estado	Sí	En algunos estados y en materias específicas, sí.	En algunos Estados	En algunos Estados	No encontramos datos precisos sobre este tema
---	----	----	--	----	-------------	--------------	----	---	--------------------	--------------------	---

América del Sur

ARGENTINA

Ley 26.589/2010 Decreto Reglamentario 1.467/2011	Sí, la realiza el juez	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí. El juez estando en el proceso puede remitir nuevamente a mediación	No. Pero si se va a ejecutar, se debe hacer certificar firma del mediador	Sólo si se han logrado acuerdos sobre derechos de personas incapaces	Si
--	------------------------	----	----	----	----	----	----	--	---	--	----

Continente/país	Conciliación	Mediación	¿Conciliador o mediador debe ser abogado?	Conciliador o mediador requiere formación especial	¿Conciliador o mediador debe inscribirse en un registro especial o ante un ente público?	¿Algún ente público vigila actuación del conciliador o mediador?	¿Régimen disciplinario o ético para conciliador o mediador?	¿Es obligatorio intentar conciliar o mediar antes de ir a proceso judicial?	¿Para lograr efectos de título ejecutivo debe inscribir acta en un ente o elevar acta a escritura pública?	¿Para lograr efectos el acuerdo, debe homologarlo el juez?	¿Acuerdo logrado tiene efecto de cosa juzgada?
BOLÍVIA Ley 708 de 2015	Sí	Sí, pero funciona más la conciliación	No se precisa, solo dice que debe ser profesional	Sí	Sí	Sí	Sí	Si, con excepción de algunos procesos	Sí	No, pero, hay excepciones	Sí
COLOMBIA Art.116 CP, Ley 640/01, etc.	Sí	Solo en penal	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sólo en administrativo y penal	Sí
CHILE Ley 19.968 de 2004 y modificaciones	Sí, realizada por el juez	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Tiene amonestaciones y sanciones	Si, en algunos casos de dcho. familia	No	Sí	Sí

Continente/país	Conciliación	Mediación	¿Conciliador o mediador debe ser abogado?	Conciliador o mediador requiere formación especial	¿Conciliador o mediador debe inscribirse en un registro especial o ante un ente público?	¿Algún ente público vigila actuación del conciliador o mediador?	¿Régimen disciplinario o ético para conciliador o mediador?	¿Es obligatorio intentar conciliar o mediar antes de ir a proceso judicial?	¿Para lograr efectos de título ejecutivo debe inscribir acta en un ente o elevar acta a escritura pública?	¿Para lograr efectos el acuerdo, debe homologarlo el juez?	¿Acuerdo logrado tiene efecto de cosa juzgada?
URUGUAY Ley N.º 16.995 de 1998	Sí	Sí	No lo indica la ley	Sí	No lo indica la ley	No lo indica la ley	Sí	Sí, los asuntos civiles y lo hace el juez de paz	No lo indica la ley	No lo indica la ley	No lo indica la ley
VENEZUELA Constitución, Código Procedimiento Civil y Ley de Protección Menores	Sí	Sí	No lo indica la ley	Sí	No	No indica la ley	Sí	En asunto de familia con menores	No lo indica la ley	No indica la ley	Sí
Centro América											
COSTA RICA	Sí	Sí	No	Sí	No lo indica la ley	Sí	Sí	No	No	Sí, si se realizó dentro de un juicio	Sí, es homologado en juicio

Continente/país	Conciliación	Mediación	¿Conciliador o mediador debe ser abogado?	Conciliador o mediador requiere formación especial	¿Conciliador o mediador debe inscribirse en un registro especial o ante un ente público?	¿Algún ente público vigila actuación del conciliador o mediador?	¿Régimen disciplinario o ético para conciliador o mediador?	¿Es obligatorio intentar conciliar o mediar antes de ir a proceso judicial?	¿Para lograr efectos de título ejecutivo debe inscribir acta en un ente o elevar acta a escritura pública?	¿Para lograr efectos el acuerdo, debe homologarlo el juez?	¿Acuerdo logrado tiene efecto de cosa juzgada?
-----------------	--------------	-----------	---	--	--	--	---	---	--	--	--

Ley 7727/1997

EL SALVADOR Decreto 914/2002	Si pero es el juez	Sí. Servicio lo presta la Procuraduría	No lo indica la ley	No lo indica la ley	No lo indica la ley	No lo indica la ley	Si	No	No	No lo indica la ley	No
HONDURAS Decreto. 161-2000	Sí	No	No	Sí	Sí, en el centro de conciliación	Sí	Sí	No	No, la sola firma de partes y conciliador	No	Sí

Continente/país	Conciliación	Mediación	¿Conciliador o mediador debe ser abogado?	Conciliador o mediador requiere formación especial	¿Conciliador o mediador debe inscribirse en un registro especial o ante un ente público?	¿Algún ente público vigila actuación del conciliador o mediador?	¿Régimen disciplinario o ético para conciliador o mediador?	¿Es obligatorio intentar conciliar o mediar antes de ir a proceso judicial?	¿Para lograr efectos de título ejecutivo debe inscribir acta en un ente o elevar acta a escritura pública?	¿Para lograr efectos el acuerdo, debe homologarlo el juez?	¿Acuerdo logrado tiene efecto de cosa juzgada?
-----------------	--------------	-----------	---	--	--	--	---	---	--	--	--

MÉXICO

No hay ley para el país, pero si por Estados

Sí

Sí

No, cualquier profesional

Sí

Sí

Sí

Sí por Centro Estatal

No

Sí

No

Si

El resumen es del Estado de México

NICARAGUA Ley No. 540, del 25 de Mayo del 2005

Sinónimo de mediación

Sí

No lo indica la Ley

Sí

Sí

Sí

Sí

Sí

Sí

No

No

PANAMÁ Decreto Ley N.º 5/1999

Sí

Sí

No

Sí

Sí

Sí

Sí

No

No

Sí

No

Continente/país	Conciliación	Mediación	¿Conciliador o mediador debe ser abogado?	Conciliador o mediador requiere formación especial	¿Conciliador o mediador debe inscribirse en un registro especial o ante un ente público?	¿Algún ente público vigila actuación del conciliador o mediador?	¿Régimen disciplinario o ético para conciliador o mediador?	¿Es obligatorio intentar conciliar o mediar antes de ir a proceso judicial?	¿Para lograr efectos de título ejecutivo debe inscribir acta en un ente o elevar acta a escritura pública?	¿Para lograr efectos el acuerdo, debe homologarlo el juez?	¿Acuerdo logrado tiene efecto de cosa juzgada?
-----------------	--------------	-----------	---	--	--	--	---	---	--	--	--

PUERTO RICO

98 DTS 079 y 98TSPR79]

No

Sí

No

Sí

Sí

Sí

Sí

No

No

Sí

Si, solo si es homologado por el juez

Europa

ALEMANIA

Sí, por el juez o Arbitro

Sí

Sí

Sí

No lo indica la ley

Se deduce que el Ministerio de Justicia

No lo indica la ley

No

No lo indica la ley

Solo en casos de familia

No

Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung

ÁUSTRIA

No

Sí

No

Sí

Sí

Sí

Sí

No

No

Continente/país	Conciliación	Mediación	¿Conciliador o mediador debe ser abogado?	Conciliador o mediador requiere formación especial	¿Conciliador o mediador debe inscribirse en un registro especial o ante un ente público?	¿Algún ente público vigila actuación del conciliador o mediador?	¿Régimen disciplinario o ético para conciliador o mediador?	¿Es obligatorio intentar conciliar o mediar antes de ir a proceso judicial?	¿Para lograr efectos de título ejecutivo debe inscribir acta en un ente o elevar acta a escritura pública?	¿Para lograr efectos el acuerdo, debe homologarlo el juez?	¿Acuerdo logrado tiene efecto de cosa juzgada?
Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen BGBl I 2003/29									Se eleva a escritura pública por notario	Se puede homologar si partes lo desean	
ESPAÑA Ley 5/2012 y leyes de mediación de CCAA	Sí, el juez	Sí	No	Sí	Sí	Sí, autonómica	Sí	No	Se eleva a escritura pública	Sí, en casos de familia	No
FRANCIA Ordenanza 2011-1540	Sí	Sí el juez la autoriza	No	Sí	Sí	Sí	Sí	No	Sí se desea merito ejecutivo, elevar a escritura pública	En alguno casos de familia	No

Continente/país	Conciliación	Mediación	¿Conciliador o mediador debe ser abogado?	Conciliador o mediador requiere formación especial	¿Conciliador o mediador debe inscribirse en un registro especial o ante un ente público?	¿Algún ente público vigila actuación del conciliador o mediador?	¿Régimen disciplinario o ético para conciliador o mediador?	¿Es obligatorio intentar conciliar o mediar antes de ir a proceso judicial?	¿Para lograr efectos de título ejecutivo debe inscribir acta en un ente o elevar acta a escritura pública?	¿Para lograr efectos el acuerdo, debe homologarlo el juez?	¿Acuerdo logrado tiene efecto de cosa juzgada?
ITALIA	Sí, el juez	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	Sí	No
Decreto Legislativo núm. 28, de 4 de marzo de 2010											
PORTUGAL		Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	No	Se puede elevar a escritura pública.	Sí es ante juez de paz	No
Ley n. ° 29/2013 19 de abril											

Tabla 9.

Resumen de la Conciliación y la TJE

DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN	2. DERECHO A UN PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN FUNDADO EN DERECHO OBJETIVO, Y QUE OBSERVA LA VOLUNTAD DE LOS INTERVINIENTES Y CONGRUENCIA LEGAL	3. DERECHO A LA NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO AL ACUERDO ALCANZADO	4. DERECHO A LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO LOGRADO EN CONCILIACIÓN	5. DERECHO A LA INMODIFICABILIDAD DE LOS ACUERDOS LOGRADOS EN CONCILIACIÓN	6. DERECHO A NO SUFRIR INDEFENSIÓN EN LA CONCILIACIÓN
--	---	---	--	---	--

1.1. Que el órgano que va a desarrollar la conciliación como ADR haya sido creado previamente	1.2. Que las leyes de conciliación hayan investido de competencia a conciliación con anterioridad al hecho motivador de la conciliación	1.3. Que la forma de designar conciliador vengas establecida por la voluntad de las partes, en caso	1.4. Causales de abstención y recusación	1.5. Procedimiento para resolver la abstención y la recusación	6.1. Principios de conciliación	6.2. Beneficio de la gratuidad de la conciliación	6.3. Régimen sancionador
---	---	---	--	--	---------------------------------	---	--------------------------

DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN	2.	3.	4.	5.	6. DERECHO A NO SUFRIR INDEFENSIÓN EN LA CONCILIACIÓN
	DERECHO A UN PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN FUNDADO EN DERECHO OBJETIVO, Y QUE OBSERVA LA VOLUNTAD DE LOS INTERVINIENTES Y CONGRUENCIA LEGAL	DERECHO A LA NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO AL ACUERDO ALCANZADO	DERECHO A LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO LOGRADO EN CONCILIACIÓN	DERECHO A LA INMODIFICABILIDAD DE LOS ACUERDOS LOGRADOS EN CONCILIACIÓN	

e por la actuación contrario,
norma del por la ley
conciliador

<p>DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN</p>	<p>2. DERECHO A UN PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN FUNDADO EN DERECHO OBJETIVO, Y QUE OBSERVA LA VOLUNTAD DE LOS INTERVINIENTES Y CONGRUENCIA LEGAL</p>	<p>3. DERECHO A LA NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO AL ACUERDO ALCANZADO</p>	<p>4. DERECHO A LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO LOGRADO EN CONCILIACIÓN</p>	<p>5. DERECHO A LA INMODIFICABILIDAD DE LOS ACUERDOS LOGRADOS EN CONCILIACIÓN</p>	<p>6. DERECHO A NO SUFRIR INDEFENSIÓN EN LA CONCILIACIÓN</p>
---	--	--	---	--	---

Si

Si

Si

Si

Si

Si

Si

Solo Voluntariedad

Imparcialidad y Neutralidad, en leyes, el resto de los principios, están en los estatutos de los CAC

Si, en las normas del Código Disciplinario al administrar justicia de manera temporal de conformidad con el art. 116 CP

Si

Si

Si

Tabla 10.*Movimiento de conciliaciones en Colombia del 2002 al 2019 (Datos SICAAC)*

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Solicitudes	32.563	70.044	79.453	65.386	66.765	72.715	81.258	90.908	89.151	98.403	98.667	103.106	116.297	102.494	93.164	124.526	165.209	172.475
Conciliación	12.809	24.165	28.099	20.439	21.995	21.121	23.965	28.826	32.817	32.586	32.229	40.495	49.645	40.923	36.744	50.061	77.902	85.144
Total																		
Conciliación parcial	533	2.975	3.393	2.877	2.749	2.778	2.857	2.558	2.691	2.065	1.853	1.819	1.539	1.251	1.358	1.751	4.191	5.078
Acuerdo extra-conciliación						545		6	75	770	1.101	617	470	366	1.132	2.776	2.062	1.202
Constancia no acuerdo	6.017	14.667	17.732	13.052	14.386	14.097	16.094	21.328	19.403	19.360	18.792	18.866	19.561	20.083	19.464	24.767	30.063	31.964

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Constancia asunto no conciliable	500	294	319	4.634	162	1.459	3.881	4.679	1.713	951	912	425	599	426	320	434	965	882
Constancia de inasistencia	11.526	21.116	21.822	19.451	19.955	13.671	15.442	25.933	21.825	21.344	24.254	25.499	27.599	24.981	24.037	29.913	32.159	33.437
Retiro de la solicitud						919		30	374	1.403	1.802	1.661	1.173	1.108	2.570	2.247	1.252	901
Otros Resultados	1.178	6.827	8.088	4.933	7.518	8.487	8.602	655	906	4.664	6.762	5.912	6.458	6.414	7.424	7.448	8.214	6.857
Sin Resultados						9.511		6.893	9.323	15.164	10.835	7.742	9.174	6.835	1.225	3.999	6.502	6.841
Falta de competencia						127			24	96	127	70	79	107	221	434	287	236
Falta de pago del servicio															1	29	22	17

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Desistimiento de partes															243	2.833	4.774	5.200

Tabla 11.*Leyes de arbitraje de los países Latinoamericanos*

País	Ley	Disponible en
Argentina	Ley 27449 de 2018 Ley de arbitraje comercial internacional	http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm
Bolivia	Ley 708 del 25 de 2015 de arbitraje y conciliación	https://web.senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%20N%C2%B0%20708-2015.PDF
Brasil	Ley 13.129 de 2015 —Nueva Ley de Arbitraje	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm
Chile	Ley 19.971 de 2004 sobre arbitraje	https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230697
Colombia	Ley 1563 de 2012 de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de arbitraje nacional e Internacional	http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html
Costa Rica	Ley 8.937 de 2011 de 26 de abril, sobre arbitraje comercial internacional	https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-

País	Ley	Disponible en
		arbitraje/latinoamerica/costa-rica-ley-arbitraje-internacional.pdf
Cuba	Decreto Ley 250 de fecha 30 de julio del 2007	http://www.gecomex.cu/uploads/descargas/doc-7950.pdf
Ecuador	Ley de Arbitraje y Mediación	https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf
El Salvador	Decreto 914 de 2002, Ley de mediación, conciliación y arbitraje	http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/els86451.pdf
Guatemala	Decreto 67-95 Ley de arbitraje	http://www.ftaa-alca.org/busfac/comarb/Guatemala/arbitra2_s.asp
Honduras	Ley de conciliación y arbitraje. Decreto 161/2000	https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/149-ley-de-conciliacion-y-arbitraje
México	Decreto 1993, modificando el Código de Comercio (Libro quinto, de los juicios mercantiles. (arts. 1.414 bis y ss.)	https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-de-comercio/libro-quinto/titulo-cuarto/capitulo-i/

País	Ley	Disponible en
Nicaragua	Ley 540 de 2005, Ley de mediación y arbitraje	http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/(\$All)/D0489E6135592D16062570A10058541B?OpenDocument
Panamá	Ley 131 de 2013 Que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá	https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/latinoamerica/panama-ley-arbitraje-nacional-internacional.pdf
Paraguay	Ley 1.879 de 2002 de 11 de abril, de arbitraje y mediación	https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4545/ley-n-1879-de-arbitraje-y-mediacion
Perú	Decreto Legislativo 1.071/2008 de 26 de julio, Ley general de arbitraje	http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf
República Dominicana	Ley 489-08 de 9 de diciembre del 2008, sobre arbitraje comercial	https://do.vlex.com/vid/ley-n-489-08-728040381
Uruguay	Ley 19636 de 2018 Ley de arbitraje comercial internacional	http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19636-2018

País	Ley	Disponible en
Venezuela	Ley de 1998, de arbitraje comercial	http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela-Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial.pdf

Tabla 12.*Proveedores de servicios de ODR*

Entidad	Sitio web
All American Dispute Resolutions Online AADROL	http://www.medi84u.com
American Arbitration Association (AAA)	http://www.ADR.org
Asian Domain Name Dispute Resolution Centre	http://www.adndrc.org
Appellex Bargaining Solutions	http://www.appellex.com
Camera Arbitrale di Milano	http://www.camera-arbitrale.com
Chartered Institute of Arbitrators	http://www.camera-arbitrale.com
Chartered Institute of Arbitrators	http://www.arbitrators.org
CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris)	https://www.aegisolutions.fr/cmap-reco/
Conflict Resolution.com	http://www.conflictresolution.com

Entidad	Sitio web
Concilia Online	http://www.conciliaonline.net , Confianza
Confianza Online	http://www.confianzaonline.org/ingles/index.php
CPR Institute for Dispute Resolution	http://www.cprADR.org
CyberSettle	http://www.cybersettle.com
Czech Arbitration Court	http://www.ADReu.eurid.eu
Courthouse	http://www.icourthouse.com
Dispute Manager	http://www.disputemanager.com
Electronic Consumer Dispute Resolution	http://www.ecodir.org
Electronic Courthouse	http://www.electroniccourthouse.com
European Institute for Conflict Management	http://www.eucon-institute.com
Freiwilligen Multimedia	Selbstkontrolle http://www.fsm.de

Entidad	Sitio web
Fair Shake	http://www.fairshakeodr.com
Hong Kong International Arbitration Centre	http://www.hkiac.org
International Chamber of Commerce	http://www.iccwbo.org
The Internet Ombudsman	http://www.theinternetombudsman.com
ICANN Ombudsman	http://www.icann.org/ombudsman
Der Internet Ombudsman	http://www.ombudsmann.at
JAMS	http://www.jamsADR.com
Juripax	http://www.juripax.com
Mediation Arbitration Resolution Services	http://www.resolvemydispute.com
Médiateur du Net	http://www.foruminternet.org
Mediation Now	http://www.mediationnow.com

Entidad	Sitio web
The Mediation Room	http://www.themediationroom.com
The National Arbitration Forum	http://www.arb-forum.com
ODRWorld	http://www.odrworld.com
PayPal/eBay Resolution Center	http://www.paypal.com
Risolvi Online	http://www.risolvionline.it
SettleToday	http://www.settletoday.com
SmartSettle	http://www.smartsettle.com
Telecommunications Ombudsman	Industry http://www.tio.com.au
TRUSTe	http://www.truste.org
The Virtual Magistrate	http://www.vmag.com
Web Assured	http://www.webassured

Entidad	Sitio web
---------	-----------

World Intellectual Property Organization <http://www.arbiter.wipo.int/domains>

Tabla 13.

Resumen de los sujetos de la conciliación

1. INTERVINIENTES		2. CONCILIADOR				3. ABOGADOS DE LOS INTERVINIENTES	4. JUEZ
1.1. Capacidad	1.2. Legitimidad	3.1. Capacidad	2.2. Titulación profesional	2.3. Formación en conciliación	2.4. Inscrito en Registro de conciliadores	¿Actúan en la conciliación?	Que funciones tiene el juez con respecto a la conciliación
No, por analogía nos debemos remitir al Código Civil y al CGP	No, por analogía nos debemos remitir al CGP	Sí, debe ser ciudadano en ejercicio	Sí, debe ser abogado	Sí, y es su obligación por estatutos de centro de conciliación continuar con formación en MASC	Sí, se debe inscribir en lista de conciliación del Centro de Conciliación al que corresponde la cual se renueva cada dos años	No, esta prohibido por la Ley, excepto en la conciliación contenciosa administrativa	El juez en la conciliación extrajudicial en derecho tiene competencia para ejecutar el acuerdo de conciliación incumplido y conoce también de la nulidad del acta de conciliación.

REFERENCIAS

- Abad, A. & Monserrat, J. (2009). *Principio de discurso y democracia directa: Faktizität und Geltung y la obra de B. Ackerman. Doxa, Cuadernos de Filosofía de Derecho.* (32), 605-626. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.25>
- Alberta Provincial Court (1997). Mediation Rules of the Provincial Court - Civil Division. [Reglamento 271]. <https://www.canlii.org/en/ab/laws/regu/alta-reg-271-1997/latest/alta-reg-271-1997.html>
- Alemán, A. (2005). *Reflexiones jurídico-romanas a propósito del contrato de mediación familiar. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.* (9), 39-48. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1415579>
- Álvarez, A., Pérez-Cruz, A., Rodríguez, A., & Seoane Spiegelber, J.-L. (2012). *Derecho Procesal Civil Tomo I.* 3^o edición. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=710184#volumen156229>
- Álvarez, G. (2003). *La mediación y el acceso a la justicia.* Buenos Aires:Rubinzal-Culzoni Editores.
- American Bar Association & American Arbitration Association (Agosto de 2005). Model Standards of Conduct for mediators. <https://www.mediate.com/pdf/ModelStandardsOfConductForMediatorsfinal05.pdf>
- Andrés, P. (2008). Imparcialidad judicial e independencia. *En La imparcialidad judicial, Consejo General del Poder Judicial.* p.p 43-71. Madrid, España.
- Angyal, R. (2011). *New South Wales Bar Association.* <https://www.sixstjameshall.com.au/angyal>
- Asamblea de la República de Portugal. (12 de junio de 2007). Crea un régimen de mediación penal, de conformidad con el artículo 10 de la Decisión Marco No 2001/220 / JAI, del Consejo, de 15 de marzo, sobre la situación de la víctima en el proceso penal. [Ley 21 de 2007]. DO: 112. <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/21-2007-639130>
- Asamblea de la República de Portugal. (19 de abril de 2013). Establece los principios generales aplicables a la mediación llevada a cabo en Portugal, así como el régimen jurídico de la mediación civil y mercantil. [Ley 29 de 2013]. <https://files.dre.pt/1s/2013/04/07700/0227802284.pdf>
- Asamblea de la República de Portugal. (26 de junio de 2013). Código de Procedimiento Civil. [Ley 41 de 2013]. DO: 121. <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/41-2013-497406>
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (16 de agosto de 1989). Código Procesal Civil. [Ley 7130 de 1989]. DO: 208.

- http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=12443&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (09 de diciembre de 1997). Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. [Ley 7727 de 1997]. DO: 9. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=26393&nValor3=27926&strTipM=FN
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (11 de julio de 2002). Ley de mediación, conciliación y arbitraje. [Decreto 914 de 2002]. DO. 153. http://www.mediacionyarbitraje.com.sv/pub/pdf/ley_de_mediacion_conciliacion_y_arbitraje.pdf
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (27 de noviembre de 2008). Código Procesal Civil y Mercantil. [Decreto 712 de 2008] DO: 224. https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_07293113_6_archivo_documento_legislativo.pdf
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (03 de diciembre de 2008). Ley Orgánica De La Procuraduría General De La República. [Ley 775 de 2008]. DO. 241. <https://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,SLV,4c6a7dc62,0.html>
- Asamblea Legislativa de Francia. (16 de noviembre de 2011). Determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil. [Ordenanza 2011-1540 de 2011]. https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/JORFARTI000024804846/
- Asamblea Legislativa de Francia. (20 de enero de 2012). Solución amistosa de controversias. [Decreto 2012-66]. DO: 0019. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000025179010/>
- Asamblea Legislativa de Panamá. (8 de julio de 1999). Por el cual se establece el régimen de arbitraje de la conciliación y de la mediación. [Decreto Ley 5 de 1999]. DO: 23837. <https://docs.panama.justia.com/federales/decretos-leyes/5-de-1999-jul-10-1999.pdf>
- Asamblea Legislativa de Puerto Rico. (22 de septiembre de 1983). Ley de Conflictos entre Ciudadanos, Programas o Centros para Resolverlos. [Ley 19 de 1983]. <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/Justicia/19-1983/19-1983.pdf>
- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (19 de noviembre de 2013). Código Procesal Civil de Bolivia. [Ley 493 de 2013]. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo045es.pdf>
- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (25 de junio de 2015). Ley de conciliación y arbitraje. [Ley 708 de 2015]. DO: 770NEC. <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N708.html>
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (23 de noviembre de 2010). Ley sobre Procedimientos Especiales en materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes.

- https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=85682&p_classification=01.05
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (12 de junio de 2012). Código Orgánico Procesal Penal. [Decreto 9.042 de 2012]. DO: 5558. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ve/ve017es.pdf>
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. (13 de noviembre de 2001). Código Procesal Penal de la República de Nicaragua. [Ley 406 de 2001]. DO: 243 y 244. [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/5EB5F629016016CE062571A1004F7C62](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/5EB5F629016016CE062571A1004F7C62)
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. (25 de mayo de 2005). Ley de Mediación y Arbitraje. [Ley 540 de 2005]. DO: 122. [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/D0489E6135592D16062570A10058541B?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/D0489E6135592D16062570A10058541B?OpenDocument)
- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (25 de junio de 2015). Ley de arbitraje y conciliación. [Ley 708 de 2015]. <https://web.senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%20N%C2%B0%20708-2015.PDF>
- Association of Family and Conciliation Courts. (s.f.). Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation. <https://www.mediate.com/articles/afcestds.cfm>
- Azerrad, M. (2007). *Ética y secreto profesional del abogado. Ejercicio y función social de la abogacía. Cátedra Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Cathedra Jurídica.
- Bandieri, L. M. (2007). *La Mediación Tópica. El Derecho*. Argentina: Facultad de Derecho UCA.
- Bandieri, L. M. (2007). La Negociación. *En Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid, España: Tecnos.
- Barona, S. (1999). Solución extra jurisdiccional de conflicto: Alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (2007). *Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia. En Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*. España.
- Barona, S. (2011). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Baruch, R. A. & Folger, J. P. (1996). Revista de Mediación. *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Granica, España.
- Belloso, N. (2006). *La mediación familiar: algunas experiencias en el derecho comparado internacional*. En: Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León. Junta de Castilla y León. https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Estudios_sobre_Mediacion_1_.pdf#page=71

- Belloso, N. (2010). El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. N. 20. (Junio) <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/189>
- Bertalanffy, L. (2000). *Teoría general de los sistemas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1990). *Contribución a la teoría del derecho*. Debate, Madrid.
- Bobbio, N & Rozo, A (Coord.). (1993). *Teoría General del Derecho*. Trad. [Eduardo Rozo Acuña]. Madrid: Debate 1991 Reimpresión 1996.
- Bodas, R. (2005). *Las garantías éticas del proceso*. En *Ética del juez y garantías procesales*. Consejo General del Poder Judicial - Centro de documentación judicial. Madrid, España.
- Boulding, K. (S/f), *Stable paece*. Texas, Estados Unidos: University of Texas Press.
- Bouza, N. (2009). Tratado del arbitraje comercial en América Latina. *Revista española de derecho internacional*. (17), XX-XX.
- Brey, J. (2004). Los jueces y la política: ¿imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático? *Revista de ciencias jurídicas y sociales*. (Ed. Iustel). p.p 37-67.
- Briceno, J. (2009). Teoría y Praxis del Arbitraje Comercial International en América Latina. *Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*. 23 (3), 611-660.
- British Columbia. Notice to Mediate (Family) Regulation B.C. (2007). https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/lc/statreg/296_2007
- Bueno, F. (2011). Mediación Online: ¿la mediación del futuro? En *La mediación en materia de familia y Derecho penal* (pp. 85-102). Santiago de Compostela: Andavira.
- Caballero, B. (2019). *Michael White y David Epson, autores de la terapia narrativa. Neurociencia, las mentes maravillosas*. <https://lamenteesmaravillosa.com/michael-white-y-david-epson-autores-de-la-terapia-narrativa/>
- Cadiz, A. (1984). *Conflicto y Negociación*. Ibérico Europea Ediciones S.A., Madrid.
- California. Legislative information. Mediación. https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=EVID&division=9.&chapter=2.&article=
- Cámara de Comercio de Bogotá. (18 de septiembre de 2019). Artículo 5.8. [Parte V]. Reglamento Centro de Arbitraje y Conciliación. <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Conciliacion-e-insolvencia/Normatividad>
- The canadian bar association. (2022). Code of Professional Conduct. *Standard-bearer and ethics champion*. [https://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Ethics-and-Professional-Responsibility-\(1\)/Codes-of-Professional-Conduct](https://www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Ethics-and-Professional-Responsibility-(1)/Codes-of-Professional-Conduct)
- Carbonnier, J. (1977). *Sociología Jurídica*. Madrid, España: Tecnos.
- Chamorro, F. (1994). *La tutela judicial efectiva*. Barcelona, España: Bosch.

- Cheng, T.-H., & Kohtio, A. (2009). Some Limits to Applying Chinese Med-Arb Internationally. *New York Dispute Resolution Lawyer*. 2 (1), 95-97.
- CNUDMI (2002). Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*.
https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation
- Código de Derecho Canónico (1917). https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/esp/documents/cic_libro7_cann1446-1457_sp.html
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2018). Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional con la guía para su incorporación al derecho interno y utilización.
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf
- Conejero, C. (2004). El impacto de la Ley de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional en América latina: un análisis comparativo. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. pp. 255-290. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1160611>
- Congreso de Argentina. (15 de abril del 2010). Ley de mediación. [Ley 26.589 de 2010]. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. DO. 31.898 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=166999>
- Congreso de Argentina. (4 de julio de 2018). Ley de arbitraje comercial internacional. [Ley 27449 de 2018]. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>
- Congreso de Chile. (5 de septiembre de 1994). Modifica el Código de Procedimiento Civil. [Ley 19334 de 1994]. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30701>
- Congreso de Chile. (10 de septiembre de 2004). Ley sobre arbitraje comercial internacional. [Ley 19.971 de 2004]. <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Chile%20-%20Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial%20Internacional.pdf>
- Congreso de Chile. (15 de septiembre de 2008). Introduce modificaciones Orgánicas y Procedimentales a la Ley No. 19.968, que crea los Tribunales de Familia. [Ley 20.286 de 2008]. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=277775&idParte=>
- Congreso de Ecuador. (22 de mayo de 2015, última modificación). Ley de arbitraje y mediación. DO 417 https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-11/Documento_Ley-Arbitraje-Mediaci%C3%B3n-2015.pdf
- Congreso de Francia. (2022, última versión). Código de Procedimiento Civil Francés. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716?etatTexte=VI GUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF
- Congreso de la República Bolivariana de Venezuela. (21 de diciembre de 1955). Código de Comercio. DO: 475. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ve/ve029es.pdf>

- Congreso de la República Bolivariana de Venezuela. (18 de septiembre de 1990) Artículos 257-262. [Título V]. *Código de Procedimiento Civil*. DO: 4.209. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ve/ve044es.pdf>
- Congreso de la República Bolivariana de Venezuela. (de abril de 1998). Ley de arbitraje comercial. DO: 36.430. <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela-Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial.pdf>
- Congreso de la República Bolivariana de Venezuela. (13 de septiembre de 1998). Artículo 170, 202, 289 y 308 a 317. [Título III]. *Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente*. DO: 5.266. http://www.oas.org/dil/esp/ley_proteccion_nino_venezuela.pdf
- Congreso de la República Bolivariana de Venezuela. (7 de mayo de 2012). Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. DO: 6.076. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_leyorgtrabajo_ven.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (21 de marzo de 1991). Ley de Mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales. [Ley 23 de 1991]. DO: 39752. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=6546
- Congreso de la República de Colombia. (30 de enero de 1996). Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. [Ley 267 de 1996]. DO: 42.704. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0267_1996.html#:~:text=Por%20medio%20de%20la%20cual,18%20de%20marzo%20de%201965
- Congreso de la República de Colombia. (7 de marzo de 1996). Artículo 8 [Título I]. *Ley Estatutaria de Administración de Justicia*. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Congreso de la República de Colombia. (26 de julio de 1996) Por la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones. [Ley 300 de 1996]. DO: 42.845. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0300_1996.html
- Congreso de la República de Colombia. (7 de julio de 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. [Ley 446 de 1998]. DO: 43.335. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html
- Congreso de la República de Colombia. (5 de agosto de 1998). Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de la República de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. [Ley 472 de 1998]. DO: 43.357. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html

- Congreso de la República de Colombia. (7 de septiembre de 1998). Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. [Decreto 1818 de 1998]. DO: 43.380. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1818_1998.html
- Congreso de la República de Colombia. (5 de enero de 2001). Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación. [Ley 640 de 2001.] DO: 44.303. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html
- Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004) Artículo 103. [Título II]. Ley de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658. <https://n9.cl/h88>
- Congreso de la República de Colombia. (26 de julio de 2005). Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes. [Ley 979 de 2005]. DO: 45.982. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0979_2005.html
- Congreso de la República de Colombia. (25 de enero de 2010). Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante. [Ley 1380 de 2010]. DO: 47.603. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1380_2010.html
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2010). Artículo 50. [Título XXII]. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. [Ley 1395 de 2010]. DO: 47.768. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html
- Congreso de la República de Colombia. (10 de enero de 2012). Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. [Decreto Ley 19 de 2012]. DO: 48.308. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de la República de Colombia. (28 de enero de 2019). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. [Ley 1952 de 2019]. DO: 50.850. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html
- Congreso de la República de Costa Rica. (26 de abril de 2011). Ley de arbitraje comercial internacional. [Ley 8.937 de 2011]. DO: 100. <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Costa%20Rica%20-%20Ley%20sobre%20Arbitraje%20Comercial%20Internacional.pdf>

- Congreso de la República de Cuba (30 de julio de 2007). Por el que se crea la Corte de Arbitraje Comercial Internacional. [Decreto Ley 250 de 2007]. DO: 037. <http://www.gecomex.cu/uploads/descargas/doc-7950.pdf>
- Congreso de la República de México. (4 de Junio de 1887). Artículo 1.414 bis y ss. [Título tercero]. Código de Comercio. <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-de-comercio/libro-quinto/titulo-cuarto/capitulo-i/>
- Congreso de la República de Perú. (13 de noviembre de 1997). Ley de Conciliación Extrajudicial. [Ley 26.872 de 1997]. DO: 910. <http://www.osce.gob.pe/htmls/conciliacion/leyconciliacionextraj.htm>
- Congreso de la República de Perú. (26 de julio de 2008). Ley general de arbitraje. [Decreto Legislativo 1.071 de 2008]. DO: 1071. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf)
- Congreso de la República Dominicana. (9 de diciembre de 2008). Ley sobre arbitraje comercial. [Ley 489-08 de 2008]. <https://app.vlex.com/#vid/728040381>
- Congreso de la República Oriental del Uruguay. [Const]. (1997-1830). <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>
- Congreso de la República Oriental del Uruguay.(18 de octubre de 1988). Código General del Proceso de Uruguay. [Ley 15.982 de 1998]. <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>
- Congreso de la República Oriental del Uruguay. (6 de noviembre de 2000). Defensa del consumidor. [Ley 17.250 de 2000]. DO: 25583. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>
- Congreso de la República Oriental del Uruguay. (25 de noviembre de 2011). Abreviación de los Procesos Laborales. [Ley 18.847 de 2011]. DO: 28366. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18847-2011>
- Congreso de la República Oriental del Uruguay. (19 de diciembre del 2014). Código Procesal Penal de Uruguay. [Ley 19.293]. Abreviación de los procesos laborales. DO: 27832. <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>
- Congreso de la República Oriental del Uruguay. (26 de julio de 2018). Ley de arbitraje comercial internacional. [Ley 19.636 de 2018]. <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19636-2018>
- Congreso de Panamá. (31 de diciembre de 2013). Que regula el arbitraje comercial nacional e internacional. [Ley 131 de 2013]. DO: 27449-C. <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/latinoamerica/panama-ley-arbitraje-nacional-internacional.pdf>
- Congreso de Panamá. (18 de febrero de 2017). Código Judicial de Panamá, ley que reforma el código judicial, el código penal y el código procesal penal, sobre medidas que eviten el

- hacinamiento en centros penitenciarios, y dicta otras disposiciones. [Ley 4 de 2017]. <https://app.vlex.com/#vid/58511374>
- Congreso de Paraguay. (26 de abril de 2002). Ley de arbitraje y mediación. [Ley 1879 de 2002]. DO: 80. <http://digesto.senado.gov.py/ups/leyes/6602%20.pdf>
- Congreso Nacional de Honduras. (1906). Código Civil. [Decreto 76 de 1906]. <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoCivil%28Actualizado2014%29.pdf>
- Congreso Nacional de Honduras. (29 de diciembre de 2000). Ley de conciliación y arbitraje. [Decreto 161 de 2000]. DO: 161-2000. https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Ley_de_conciliaci%C3%B3n_arbitraje.pdf
- Congreso Nacional de Honduras. (30 de mayo de 2006). Código Procesal Civil. DO:31. https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Codigo_Procesal%20Civil_.pdf
- Congreso Nacional del Brasil. (26 de mayo de 2015). Ley 13.129 de 2015. Nueva Ley de Arbitraje. [Ley 13.129 de 2015]. <https://static1.squarespace.com/static/5bc4c2000cf57da6b828b6ef/t/5d9f507e96cad3119db17bd3/1570721918840/Brasil+-+Lei+13129+de+26+de+Maio+de+2015.pdf>
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado. (12 de diciembre de 2017). Sentencia 11001-03-06-000-2017-00071-00. [CP Oscar Darío Amaya].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (1977). Radicación 11001032400020180042800. [CP Roberto Augusto Serrato Valdés].
- Consejo de Estado, Sala Primera. (20 de junio de 2012). Sentencia 25000-23-24-000-2010-00492-0, 2012). [MP María Claudia Rojas Lasso].
- Consejo de la Judicatura del Estado de México. (15 de diciembre de 2011). Acuerdo del Consejo de la Judicatura del Estado de México por el que se emite el reglamento de la ley de mediación, conciliación y promoción de la paz social para el Estado de México. [Circular 32 de 2011]. <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/rgl/vig/rglvig629.pdf>
- Constitución de España. [Const]. (29 de diciembre de 1978). https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#a24
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [Const]. (20 de diciembre de 1999). <https://venezuela.justia.com/federales/constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela/titulo-v/capitulo-iii/#articulo-258>
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. [Const.]. (1 de marzo de 1967). <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>
- Constitución Política de la República de Colombia [Const]. (20 de julio de 1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [Const]. (5 de febrero de 1917). <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Cooley, J., & Luvet, S. (2003). *Arbitration Advocacy*. 2a ed. South Bend: Nita.
- Corte Constitucional colombiana. (5 de mayo de 1995). Sentencia T 197. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional colombiana. (14 de octubre de 1998). Sentencia C 573. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional colombiana. (4 de mayo de 2001). Sentencia T 446. [MP Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional colombiana. (22 de agosto de 2001). Sentencia C 893. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional colombiana. (15 de noviembre de 2001). Sentencia C 1195. [MP Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional colombiana. (29 de mayo de 2002). Sentencia C 426. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional colombiana. (26 de octubre de 2004). Sentencia C 1049. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional colombiana. (8 de septiembre de 2005). Sentencia T 942. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional colombiana. (9 de julio de 2008). Sentencia C 690. [MP Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional colombiana. (17 de septiembre de 2008). Sentencia C 902. [MP Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional colombiana. (28 de marzo de 2012). Sentencia C 250. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional colombiana. (24 de octubre de 2012). Sentencia 272. [MP Alfonso Quaranta].
- Corte Constitucional colombiana. (17 de abril de 2013). Sentencia C 222. [MS María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional colombiana. (1 de diciembre de 2014). Sentencia T 916. [MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez].
- Corte Constitucional colombiana. (31 de marzo de 2016). Sentencia T 145. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional colombiana. (6 de abril de 2016). Sentencia C 159. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional colombiana. (17 de mayo de 2016). Sentencia T 252. [MP Alberto Rojas Ríos].

- Corte Constitucional colombiana. (11 de octubre de 2016). Sentencia T 550. [MP Aquiles Arrieta Gómez].
- Corte Constitucional colombiana. (8 de mayo de 2017). Sentencia T 305. [MP Aquiles Arrieta Gómez].
- Corte Constitucional colombiana. (6 de julio de 2018). Sentencia T 259. [MP José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional colombiana. (12 de diciembre de 2019). Sentencia T 608. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional de la República de Italia. (6 de diciembre de 2012). Sentencia 272. [MP Alfonso Cuarenta].
- Cortés, V., & Moreno, V. (2008). *Derecho procesal civil*. Parte general, 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch.
- Cortés, P. (2010). Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea. *Revista de Internet, Derecho y Política*. N. 10. pp.4-14 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3431570>
- Corvo, F. M. (2011). El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar. *Aranzadi Civil-Mercantil*. 1 (1), 43-78.
- Couture, E. (1978). *Introducción al estudio del proceso civil*. 2a ed. Buenos Aires: Depalma.
- Couture, E. (1993). *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3a ed. Buenos Aires: Depalma.
- Couture, E. (2010). Estudios de derecho procesal civil. El juez, las partes y el proceso.
- Crook, J., & Betancourt, J. (2011) *¿Qué es la Resolución Alternativa de Disputas (ADR)?* London, Inglaterra: Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb).
- Cruz, B. (2005). La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. (7), 14:34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1307278>
- Curbelo, E. (2008). Trabajo social y mediación judicial. El trabajador social forense como mediador en el contexto de la mediación penal de menores. *Humanismo y Trabajo Social*. (7), 135-154. <https://www.redalyc.org/pdf/678/67811462006.pdf>
- Curtis, C. (2006). Negotiated Rulemaking. Servicio de Investigación del Congreso de los Estados Unidos. https://wikileaks.org/wiki/CRS:_Negotiated_Rulemaking,_September_18,_2006
- David, P. (1980). *Sociología Jurídica*. Buenos Aires. Argentina: Astrea.
- De La Oliva, A. (1980). *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia*. Barcelona, España: Bosh.
- De la Oliva, A., & Fernández, M. (1986). Lecciones de Derecho Procesal II. Objeto, actos y recursos del proceso civil. El proceso civil de declaración. 3a ed. Promociones Públicas Universitarias. Barcelona.

- Del Moral, A. (2010). *La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias en la Mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo UCM, Madrid.
- Departamento Nacional de Planeación (2015). *Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro*. Bogotá D.C, Colombia: Legis.
- Devis, H. (2004). *Teoría General del Proceso*. 3a ed. Buenos Aires, Argentina: Universidad S.R.L.
- Diez-Picazo, L. M. (1993). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Domínguez, L. (2012). La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español. *Revista Aranzadi Doctrinal*. (11), 139-157. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3910576>
- Dorado, M. (2006). *Aspectos emocionales en la gestión del conflicto en Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid, España: Pirámide.
- Druckman. (2004). En F. Harto de Vera. *Investigación para la paz y resolución de conflictos. Tirant lo blanch*. P. 219.Valencia.
- Durkheim, É. (1966). *Lecciones de Sociología*. Física de las costumbres y el Derecho. Schapire, Buenos Aires, Argentina.
- Esplungues, C. (2010). *Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso Latinoamericano en el arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*. P. 37-57. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Estado de México. (7 de mayo de 2002). Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. https://leyes-mx.com/codigo_de_procedimientos_civiles_mexico.htm
- Estado de México. (22 de diciembre de 2010). Ley de Mediación, Conciliación y promoción de la paz social para el Estado de México. [Decreto 251 de 2010]. <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig173.pdf>
- Estavillo, F. (s.f.). Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Disponible <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/9FernandoEstavillo.pdf>
- Esteban de la Rosa, F. (2011). Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas. *Revista General de Derecho Europeo*, (25), 1-42.
- Ferrante, A. (2005). *Aspectos legislativos de la mediación familiar en Italia*. Actualidad Jurídica Aranzadi, (1278).
- Ferreirós Marcos, C. E., Sirvent Botella, A., Simons Vallejo, R., & Amante García, C. (2008). *La Mediación en el Derecho Penal de Menores*. Madrid, España: Dykinson.

- Fiadjoe, A. (2004). *Alternative Dispute Resolution: A developing world perspective*. Great Britain: Cavendish Publishing.
- Figueruelo Burrieza, A. (1990). *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Tecnos. Madrid, España.
- Fisher, R. Ury, W. & Patton, B. (1993). *Sí... ¿De acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. [Traducción al español Vasco Montoya, E. y De Hassan, A.]. Norma Editorial.
- Fisher, R., & Ury, W. (1981). *Sí, de acuerdo. Como negociar sin ceder*. [Trad. V. Montoya Eloisa]. Bogotá: Norma.
- Fundación Notarial SIGNUM. 2013. *La mediación es un 76% más barata que la justicia ordinaria según datos del Banco Mundial*. <https://n9.cl/5p3p>
- Gagarín, M. (2001). *Escriture et oralité en droit grec, Revue historique de droit français et étranger*, vol. Octubre-diciembre, (4).
- Garberi Llobregat, J. (2008). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona, España: Bosch.
- García García, L. (2003). *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid, España: Dykinson.
- García Pérez, O. (2011). *La mediación en el sistema español de justicia penal de menores. Criminalidad*. 53(2), 73-98.
- García Villaluenga, L. (2006). *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Madrid, España: Reux.
- Gil-Robles, A. (1979). *El defensor del pueblo*. Madrid, España: Civitas.
- Gimeno Sendra, J. V. (2007). *Derecho procesal civil I. El proceso de declaración. Parte general*. 2a ed. Madrid, España: Colex.
- Giner de Grado, C. (1986). *Los Ombudsmen (Defensor del Pueblo) Europeos*. Barcelona, España: Tibidabo.
- Gobernador Constitucional del Estado de México. (22 de diciembre de 2010). *Ley de Mediación, Conciliación y promoción de la paz social para el Estado de México*. [Decreto 251 de 2010]. <https://n9.cl/pmfr7c>
- Gómez de Liaño González, F., & Pérez -Cruz Martín, A. (2002). *Derecho procesal civil I*. 2a ed. Gijón, España: Forum.
- Gómez Lara, C. (2000). *Teoría General del Proceso*. 9ª ed. México: Oxford.
- Gómez Martínez, C. (2009). *La abstención y recusación como garantías de la imparcialidad del juez en Consejo General del Poder Judicial, La imparcialidad judicial, Centro de Documentación Judicial CGPJ*, pp. 227-299. Madrid, España.
- González Martín, L. A. (2012). *La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la Unión Europea: la importancia de la figura del profesional de la mediación*. *Revista de mediación*, (9), pp. 6-9.
- González Pérez, J. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3a ed. Madrid, España: Civitas.

- González-Cuellar Serrano, M. (2010). *La conciliación y la mediación en el derecho tributario en Mediación: un método de resolver conflictos. Estudio interdisciplinar*. pp. 205-226. Madrid, España: Colex.
- Gordillo Santana, L.F. (2006). Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*. REDUR (4). doi: <https://doi.org/10.18172/redur.3984>
- Gozaíni, O. (1989). *El Defensor del Pueblo (Ombudsman)*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- Grisales Franco, L., González Agudelo, E. (2010). *De un modo de relacionar dos elementos contrarios a la mediación o acerca de la aproximación histórica al concepto mediación*. 9 (17), pp. 117-130. Anagramas - Universidad de Medellín.
- Hansen, T. (2003). The Narrative Approach to Mediation. Recuperado en <https://n9.cl/gpdn6>
- Harto de Vera, F. (2004). *Investigación para la paz y resolución de conflictos*. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Hierro, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Iglesias V., E. Palabras del Señor Enrique V Iglesias. (28 de octubre de 2000). *Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo en la Conferencia Métodos Alternos de Solución de Controversias comerciales: El Camino a recorrer para América Latina y el Caribe*. Celebrada en Washington, D.C. <http://iadb.org>
- Informe de la Organización de Estados Americanos (3 de diciembre de 2001). *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los países americanos. Emitido por el Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas*. <https://n9.cl/vwnc8>
- International Institute for Conflict Prevention & Resolution (2006). CPR Mediation Procedure. <https://n9.cl/p19zz>
- Rodríguez, M. (2009). Mediación laboral: Experiencia y realidad en el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid. *Revista de mediación*. (4), pp. 42-49.
- Jefatura del Estado de España. (17 de diciembre de 2003). Ley General Tributaria. [Ley 58 de 2003]. DO: 302. <https://n9.cl/k2u4>
- (6 de julio de 2012). Mediación en asuntos civiles y mercantiles. [Ley 5 de 2012]. DO: 162. <https://n9.cl/b8fuw>
- Jordano Barea, J. (1953). *Los contratos atípicos*. Madrid, España: Instituto Editorial Reus.
- Junco Vargas, J. R. (1999). *La conciliación, aspectos sustanciales y procesales*. Bogotá, Colombia: Legis Editores.
- (1999). *La conciliación, aspectos sustanciales y procesales*. 3 ed. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Radar.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Kelsen, H. (1981). *Teoría pura del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (1982). *¿Qué es justicia?* [Traducido al español por Albert Calsamiglia]. Barcelona, España: Ariel.
- Lacruz Berdejo, J., Sancho Rebullida, F., Delgado Echavarría, J., & Rivero Hernández, F. (1985). *Elementos del Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Vol. I. Parte general del delito y cuasidelito. Barcelona, España: Bosch.
- Lantarón Barquín, D. (2011). Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la solución extrajudicial de conflictos. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (24).
- Lara Payán, F. R. (2013). Aplicación práctica de la Ley 5 de 2012, de Mediación. *Diario La Ley*. (8067).
- Law offices of Russo & Prince, (s.f.). *Arbitration & Private Judging Overview*. <https://n9.cl/hq3xbc>
- Lega, C. (1976). *Deontología de la profesión de abogado*. Madrid, España: Editorial Cívitas.
- Leibniz. (1990). En J. Arana, *Los filósofos y la libertad. Necesidad natural y autonomía de la voluntad*. p. 113. Madrid, España: Editorial síntesis.
- Lewicki, R., Barry, B., & Saunders, D. (2008). *Fundamentos de negociación*. México: McGraw-Hill.
- Limbury, A. (2001). *Arb-Med. Strategic-Resolution*. <https://n9.cl/6gt1p>
- (2009). *Making Med-Arb Work in Australia*, NYSBA. Vol. spring 2,(1), pp. 84-86. <https://n9.cl/c3wvk>
- (2010). *Med-Arb: getting the best of both worlds*. <https://n9.cl/c7op>
- López Blanco, H.F. (2019). *Código General del Proceso. Parte General*. 2a ed. Dupré.
- López Ruanova, T. (2010). *Mediación penal de menores. Delincuencia juvenil en La mediación. Un instrumento de conciliación*. pp. 255-281. Madrid, España: Dykinson.
- Lourido Rico, A. (2004). *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, Comares, Granada. España: Comares.
- Lumia, G. (1973). *Principios de teoría e ideología del derecho*. Madrid, España: Debate.
- Luquin Bergareche, R. (2007). *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. Thomson-Civitas. España: Navarra.
- Marín López, J. (2008). *Prólogo. En Legislación sobre mediación familiar*. 2a ed. Madrid, España: Tecnos.
- Marques Cebola, C. (2011). *Los sistemas de mediación pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España en La mediación en materia de familia y derecho penal*. pp. 351-385. Santiago de Compostela, España: Andavira.

- Márquez Cárdenas, Á. (2008). La conciliación como mecanismo de justicia restaurativa. *Derechos y Valores de la Facultad de Derecho. Revista Prolegómenos*. 11 (22), p. 4.
- Márquez Cárdenas, Á. (2010). Característica de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*. (32), pp. 273-296.
- Martí Mingarro, L. (2013). La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio. *Revista jurídica de Castilla y León*. (29). <https://n9.cl/k26xx>
- Martín Diz, F. (2006). *Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos en Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*. pp. 71-96. Salamanca, España: Ratio Legis.
- Martín Diz, F. (2010). *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.
- Martín Diz, F. (2012). *Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación*. *Práctica de Tribunales*, (98-99), pp. 20-35.
- Martínez Pecino, R. (2009). *Efectividad de la mediación en conflictos laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.
- Maslow, A. 1943. *A Theory of Human Motivation*. Wilder Publications (editada nuevamente en 2018).
- Matheus López, C. (2009). *La independencia e imparcialidad del árbitro*. San Sebastián: Dijusa, Universidad de Nebrija y Corte Vasca de Arbitraje,
- Menéndez Menéndez, A., & Torrés-Fernández Nieto, J. (2008). *Deontología y práctica de la abogacía del siglo XXI*. Thomson-Aranzadi. Navarra.
- Mera, A. (s.f.). *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en América Latina. Diagnóstico y Debate en un Contexto de Reformas*. <https://n9.cl/vbtm3>
- Metropolitan corporate counsel. (s.f.). *The Summary Jury Trial: An Alternative To The Traditional Alternative Dispute Resolution Process*. <https://n9.cl/k362b>
- Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (s.f.). Casas de Justicia. <http://www.casasdejusticia.gov.co/Casas-de-Justicia/Dependencias>
- Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (20 de julio de 2021). Proyecto de Ley por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2021-2022/article/8-por-medio-de-la-cual-se-expide-el-estatuto-de-conciliacion-y-se-dictan-otras-disposiciones>
- Ministerio de Gobierno y de Justicia de Panamá. (s.f.). Registro de Mediadores y Conciliadores. <https://www.panamatramita.gob.pa/es/tramite/registro-de-mediadores-y-conciliadores>
- Ministerio de Gobierno y de Justicia de Panamá. (21 de diciembre de 2007). Que dicta medidas sobre las Instituciones de Arbitraje, Conciliación y Mediación; se Cualifica al Mediador

- y al Conciliador y se regula la Conciliación y Mediación a nivel comunal. [Decreto Ejecutivo N° 777]. <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/25979/8941.pdf>
- Ministerio de Justicia de España. (30 de julio de 2004). Por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5 de 2000. [Real Decreto 1774 de 2004]. DO: 209. https://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/rd1774-2004.html#a4
- Ministerio de Justicia de Italia. (10 de octubre de 2010). Criterios y procedimientos para la inscripción y el mantenimiento del registro de los organismos de mediación, la lista de formadores, y sobre la aprobación de las indemnizaciones pagadas a las agencias, de conformidad con el artículo 16 del Decreto Ley N° 28 de 2010. [Decreto 180 de 2010]. <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2013/11/04/mediazione-civile-il-testo-aggiornato-del-d-lgs-28-2010>
- Ministerio de Justicia de Italia. (10 de junio de 2013). Libro verde para la preparación del manual de calidad de los organismos de mediación. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_18&previousPage=mg_14_7&contentId=SPS808345
- Ministerio de Justicia de Portugal. La Dirección General de Política de Justicia. <https://dgpj.justica.gov.pt/>
- Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. (31 de enero de 2021). Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición SICAAC. <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/Estadistica>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España. (24 de marzo de 1995). [Real Decreto Legislativo 1 de 1995]. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. DO: 75. https://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rdleg1-1995.t3.html#a89
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la nación Argentina. (22 de septiembre de 2011). [Decreto reglamentario. 1.467 de 2011]. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/187495/texact.htm>
- Ministerio Federal de Justicia de Austria. (s.f). Ley sobre mediación en asuntos jurídicos civiles. DO: 29/2003. <https://mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/docs/home>
- Montero, J. (2007). *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona, España: Bosch.
- Montero, T. (2011). La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *Diario La Ley*. (7655). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3670785>
- Morán, G. (2010). *La Mediación en Estados Unidos en la mediación. Un instrumento de conciliación*, pp. 11-30. Madrid, España: Dykynson,
- Munduata, L.& Martínez Riquelme, J.M. (1999). *Conflicto y Negociación*. Psicología Pirámide.

- Munduata, L., & Medina, F. (2006). *Estrategias de negociación, en Gestión del conflicto, negociación y mediación*. pp. 157-180. Madrid, España: Pirámide.
- Munuera Gómez, P. (2007). El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. *Portularia. Revista de Trabajo Social*. 7(1-2), pp. 85-106. https://eprints.ucm.es/id/eprint/5678/1/_Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf
- Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- National institute of justice of the US. (1998). Restorative Justice Symposia Summary. <https://nij.ojp.gov/library/publications/restorative-justice-symposia-summary>
- National institute of justice. (2019). Group Randomized Trial of Restorative Justice Programming to Address the School to Prison Pipeline, Reduce Aggression and Violence, and Enhance School Safety in Middle and High School Students. <https://nij.ojp.gov/library/publications/group-randomized-trial-restorative-justice-programming-address-school-prison>
- Navarro Hernán, M. (1998). *Partes, Legitimación y Litisconsorcio en el Proceso Civil*. Madrid, España: Colex.
- Navarro, P. (1990) *La eficacia del derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- New York Consolidated Laws, Judiciary Law - JUD § 849-b. (s.f.). <https://codes.findlaw.com/ny/judiciary-law/jud-sect-849-b.html>
- Nino, C. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Nova Scotia. (2006). Commercial Mediation Act. Recueprado de <https://nslegislature.ca/sites/default/files/legc/statutes/commed.htm>
- Narváez, J. (2007). Oralidad y justicia en la historia de México. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (19), pp. 271-290. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29729/26851>
- National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. (10 de Agosto de 2001). Laws in preparing the Uniform Mediation. <https://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm>
- Ontario. (1990). Rules of Civil Procedure. <https://www.ontario.ca/laws/regulation/900194>
- Ontario. (2010). Commercial Mediation Act. <https://www.ontario.ca/laws/statute/10c16a>
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_america_na_derechos_humanos.html
- Ortells, M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal*. Granada, España: Comares.

- Ortiz, J.C. (2010). La mediación en materia civil y mercantil en Italia: la transposición de la Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Derecho Procesal*, (21).
- Ovejero, A. (2004). *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*. Madrid, España: McGraw-Hill.
- Pacheco, A. (1995). *Justicia gratuita y tutela judicial efectiva» En Justicia Gratuita - Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. pp. 9-44. Madrid, España.
- Palacios, J. (2008). *Técnicas avanzadas de negociación. Estrategias, técnicas y trucos para negociar con éxito*. La Coruña, España: Netbiblo.
- Palao, G. (2010). *Líneas generales del arbitraje comercial internacional en las últimas reformas normativas en América Latina en el arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*. pp. 15-35. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pappas, B.A. (2015). Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution. *Michigan State University College of Law. Digital Commons at Michigan State University College of Law*. <https://1library.net/document/q2odd2jz-med-arb-and-the-legalization-alternative-dispute-resolution.html>
- Parkinson, L. (2005). *Mediación Familiar. Teoría y Práctica, Principios y estrategias operativas*. Barcelona, España: Gedisa.
- Parlamento Alemán. (2021). Ley de asesoramiento jurídico. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do
- Parlamento Alemán. (2022). Ley de mediación. https://e-justice.europa.eu/64/ES/mediation_in_eu_countries?GERMANY&member=1
- Parlamento Alemán. (30 de enero de 1877). Código de Procedimiento Civil. <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>
- Parlamento Alemán. (30 de noviembre de 2011). Ley para promover la Mediación y otros procedimientos de Resolución extrajudicial de disputas. DO: 17/8058. <https://dserver.bundestag.de/btd/17/080/1708058.pdf>
- Parlamento Alemán. (21 de julio de 2012). Ley de Promoción de la Mediación y otros Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos. <https://www.mediation.de/mediation/mediationsgesetz>
- Parlamento Europeo y del Consejo. (21 de mayo de 2008). Ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. [Directiva 2008/52]. DO: 24.5.2008. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>
- Parlamento de la República Italiana. (28 de octubre de 1940). Código de Procedimiento Civil. [Real Decreto 28 de 1940]. DO: 1443. <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>
- Parlamento de la República Italiana. (11 de mayo de 1990). Que rige el despido individual. [Ley N° 108]. DO: 1990-05-11.

http://www2.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=20017&p_count=96277&p_classification=10&p_classcount=888

Parlamento de la República Italiana. (29 de diciembre de 1993). Reforma de las Cámaras de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura. [Ley 580 de 1993]. DO: 11. https://www.mise.gov.it/images/stories/commercio_internazionale/legge_580_93/Legge_580_1993.pdf

Parlamento de la República Italiana. (18 de junio de 1998). Disciplina de la subcontratación en actividades productivas. [Ley 192 de 1998]. DO: 143. https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/1998_0192.htm

Parlamento de la República Italiana. (4 de marzo de 2010). Aplicación del artículo 60 de la ley nº 69, de 18 de junio de 2009, sobre mediación dirigida a conciliar disputas civiles y comerciales. [Decreto Legislativo 28 de 2010]. DO: 53. <https://web.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>

Parlamento de Uruguay. Cámara de Senadores. (4 de noviembre de 2021). Proyecto de Ley 551. Proyecto de Ley General de Mediación. <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/R05512912881.pdf>

Pedraz, E. (1995). *El proceso y sus alternativas En Arbitraje, Mediación, Conciliación*. Consejo General del Poder Judicial. pp. 9-58. Madrid, España.

Pérez, M. (1997). *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*. España.

Pérez-Sauquillo, C. (2011). Una aproximación al concepto de validez y sus relaciones con la eficacia. *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*. III (14), pp. 1-24. Universidad Carlos.

Pilia, C. & Mancaleoni, A.M. (2012). La mediación en Italia (con la mediación en materia civil y mercantil, Italia elige Europa). *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, (28), pp. 387-406.

Plapinger, E. (1987). *The Minitrial in the District of Massachusetts en ADR and de Courts. A manual for judges and lawyers*. pp. 99-118. New York, Estados Unidos. Butterworth Legal Publishers.

Presidencia de la República de Colombia. (21 de marzo de 1991). Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1991, sobre descongestión de despachos judiciales. [Decreto 800 de 1991]. DO: 39.752. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=6940

Presidente de la República de Costa Rica. (2004). Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. DO. 249. https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4720/cr_reglamento.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Presidencia de la República de Portugal. (29 de abril de 2010). Formación para los mediadores. [Decreto 56 de 2010]. DO: 1 serie 83. <https://files.dre.pt/1s/2010/04/08300/0146901472.pdf>

- Pujadas, V. (2003). Los ADR en los Estados Unidos, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, pp. 71-118.
- Puy Muñoz, F. (2007). La expresión Mediación Jurídica: un análisis tópico en Mediación y Solución de Conflictos. *Habilidades para una necesidad emergente*. pp. 21-33. Madrid, España: Tecnos.
- Québec. Code of Civil Procedure. (2021). Mandatori mediation. [Rule 24.1]. https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/civil/fact_sheet_mandatory_mediation.html
- Quiroga, G.(2018). *Contrato de corretaje. Capítulo III en Régimen del mercado de valores*. Tomo III. Universidad de los Andes. pp. 97-116.
- Rama Judicial (2019). Informes al Congreso 2019-2020. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/2019-2020>
- Ravetllar, I. (2011). *La mediación familiar en Derecho de Familia*. pp. 155-177. Barcelona, España: Bosh.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. [Traducido al español por R. Tamayo y Salmorán]. 2ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es>
- République de France. (s.f.). Code de procédure civile. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716
- Ripoll-Millet, A. (2001). *Familias, trabajo social y mediación*. Barcelona, España: Paidós.
- Ripoll-Millet, A. (2003). *La mediación familiar: de la mediación tradicional al modelo transformativo*. Políticas sociales en Europa, (13-14), pp. 57-70.
- Rivera Morales, R. (2012). *Manual de derecho procesal penal*. Venezuela: Librería.
- Ross, A. (1969) *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires, Argentina: Centro Editor de América Latina.
- Rozemblum de Horowitz, S. (2007). *Mediación. Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*. Barcelona, España: Graó.
- Sancha, V. (2001). Extrajudicial del daño en el ámbito del derecho penal de menores. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. (15), pp. 153-165.
- Santor, H. (2006). *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*. Madrid, España: La Ley.
- Sanz , A. (2010). *La mediación en la justicia de menores en Mediación: un método de solución de conflictos. Estudio interdisciplinar*. pp. 155-174. Madrid, España: Colex.
- Saskatchewan. (1998). *The Saskatchewan Queen's Bench Act*. <https://www.canlii.org/en/sk/laws/astat/ss-1998-c-q-1.01/latest/ss-1998-c-q-1.01.html>

- Scialoja, V. (1954). *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa de los Derechos*. [Trad. S. Sentis Melendio, & M. Ayerra Redin]. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Sherman & Strang. (2007). *Justicia Restaurativa*. <http://restorativejustice.org/#sthash.WwwGQ9CX.v3JytKNX.dpbs>
- Sherman, L., & Strang, H. (2007). *Restorative justice: the evidence*. The Smith Institute. https://www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf
- Soleto, H. (2009a). *Conocer y dominar los estilos de negociación, Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. (137), pp. 28-31. <https://core.ac.uk/download/pdf/29402032.pdf>
- Soleto, H. (2009b). Manejar las diferencias de poder en las negociaciones. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, (137), pp. 28-31. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/10690>
- Soleto, H. (2010a). La tensión entre comunicar el interés o esconderlo. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, (150), pp. 34-36.
- Soleto, H. (2010b). Negociar lo que vas a negociar: el proceso de negociación. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. (154), pp. 33-35.
- Soleto, H. (2011). El mapa de la negociación. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. (166), pp. 20-23.
- Soleto, H. (2012). *La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil*. Diario La Ley (7834).
- Soleto, H. (2017). La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos. *Revista de Mediación*. <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2017/06/Revista19-e2.pdf>
- Superior Court, Dekalb county, Georgia, (s.f). Dispute Resolution Center. <https://www.dekalbsuperiorcourt.com/dispute-resolution/dispute-resolution-center-2/>
- Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. (2001). Acordada Nro. 7.446. [Acordada 7446 de 2001]. <https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/92-acordadas-de-interes-para-el-funcionamiento-de-oficinas/5206-acordadas-2001-nro-7413-a-7446.html>
- Sussman, E. (2009). *Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process, New York Dispute Resolution Lawyer*. 2 (1), pp. 71-74. <https://sussmanadr.com/docs/Med%20arb%20NYSBA%20Spring%202009%20final%20PDF.pdf>
- Tapp, J., & Kohlberg, L. (1971). *Developing Senses of Law and Legal Justice, Journal of Social Issues*. 27 (2) pp. 65-91.
- Tapp, J., & Levine, F. (1972). *Persuasion to Virtue. A Preliminary Statement*. American Bar Foundation and University of Chicago.
- Taruffo, M. (1996). *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible? En Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. pp. 135-150. Madrid, España: Trotta.

- Taruffo, M. (1999), *Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización*. *AFDUAM*. (3), pp. 61-75. Universidad de Pavía.
- Thygeson, K. (1994). *Controlling Corporate Legal Costs: Negotiation and ADR Techniques*, *Quorum Books*. Westport.
- Torres Osorio, E. (2013). *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*. Ediciones Universidad de Salamanca: Colección Vitor.
- Tribunal Supremo de Puerto Rico. (4 de marzo de 2005). Enmienda al Reglamento de Métodos Alternos para la solución de conflictos. [2005TSPR020]. <https://www.lexjuris.com/lexjuris/tspr2005/lexj2005020.htm>
- US. Code. (s.f). <https://www.law.cornell.edu/uscode/text>
- US. Federal Rule of Evidence. (s.f.) Compromise offers and negotiations. https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_408
- US. Federal Rules of Civil Procedure. (s.f.). <https://n9.cl/sfh40>
- Valbuena de la Fuente, F. (2003). Pragmática de la negociación. *CIC: Cuadernos de información y comunicación*. (8), pp. 71-116. Peña Nossa.
- Valero, J. & Cobas, M. E. (2012). La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles: aproximación a la cuestión. *Diario La Ley*. (7987).
- Van de Vliert, E., & de Drew, C. (2006). *El conflicto en las organizaciones. la optimización del rendimiento mediante la estimación del conflicto en Gestión del Conflicto, negociación y mediación*. pp. 31-41. Madrid, España : Pirámide.
- Velarde, M. (2006). *Alternativas para resolver conflictos tributarios: Acuerdos con la Administración y arbitraje internacional En Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*. pp. 119-153. Salamanca, España: Ratio Legis.
- Viola, I. (2003). *El contrato de transacción en el Código Civil*. Madrid, España: Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- Weber, M. (1984). *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zapata, A., Barona Vilar, S., & Esplungues, C. (2010). *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.