

Los mecanismos alternos de solución de conflictos en el ámbito de la justicia informal

The alternate conflict resolution mechanisms in the informal justice field

Autor: Ramón Antonio Peláez Hernández

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.620>

LOS MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA INFORMAL*

THE ALTERNATE CONFLICT RESOLUTION MECHANISMS IN THE INFORMAL JUSTICE FIELD

OS MECANISMOS ALTERNATIVOS DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CAMPO DA JUSTIÇA INFORMAL

Ramón Antonio Peláez Hernández^a

ramopelh@yahoo.es

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2016

Fecha de revisión: 19 de noviembre de 2016

Fecha de aceptación: 16 de enero de 2017

RESUMEN

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos concebidos como una estrategia para propiciar el derecho efectivo de acceso a la justicia forman parte de las denominadas olas de justicia que, como expresión de las diversas medidas que buscan la tutela judicial efectiva en el Estado social de derecho, han sido incorporadas de manera paulatina en nuestro ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, no se ha dimensionado el importante papel que cumplen dentro de la justicia informal, aun cuando en el marco del postconflicto adquieren gran importancia, por virtud de los efectos de los procesos de negociación adelantados en Colombia, como otra forma civilizada de resolver los conflictos.

** Artículo de reflexión producto de la investigación culminada, denominada "Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto del derecho de acceso a la justicia", presentada en la Universidad Autónoma de Colombia en septiembre de 2016.*

a. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia y en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia. Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, con la tesis doctoral que recibió el reconocimiento de "Sobresaliente Cum Laude" denominada "La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil". Diplomado en Docencia Universitaria de la Universidad Autónoma de Colombia. Conciliador en Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de pregrado en la Universidad Autónoma de Colombia, la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, y Universidad del Sinú –Seccional Bogotá-, en las asignaturas de derecho procesal civil y derecho probatorio. Profesor de posgrados en la Especialización en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma de Colombia, y de la Corporación Universitaria del Caribe, -Cecar-, en Derecho Probatorio de la Universidad Católica de Colombia, dónde funge como investigador, y de la Universidad Sergio Arboleda, en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, y Universidad Santo Tomás —Seccional Bucaramanga, y de la Maestría en Justicia y Derecho con énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Tratadista. Fue reconocido en julio 4 de 2014, mediante la Orden del Senado de la Republica de Colombia, en el Grado de Caballero por su aporte a la ciencia jurídica.

MISIÓN JURÍDICA
Revista de Derecho y Ciencias Sociales
Bogotá, D.C. (Colombia)
Colaboradores Externos Nacionales
Núm. 13 Año 2017
Julio - Diciembre, pp. 279 - 303
ISSN 1794-600X

PALABRAS CLAVES

Conflicto, Olas de Justicia, justicia informal, mecanismos alternos.

ABSTRACT

The alternate mechanisms to solve conflicts conceived as strategies to foster the effective right of access to justice, are part of the so-called waves of justice that, as an expression of the different ways to look for effective legal protection in a social rule of law, have been implemented gradually in our Colombian legal system, it should be noted, however, the important role they have in the informal justice system, even though they have gained importance during the post-conflict, due to the effects of the peace process and negotiations, as another civilised way of solving conflicts.

KEY WORDS

Conflict, waves of justice, informal justice, alternate mechanisms.

RESUMO

Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos concebidos como uma estratégia para promover o direito efetivo de acesso à justiça fazem parte das chamadas ondas de justiça que, como expressão das várias medidas que procuram proteção judicial efetiva no Estado social de direito, eles foram gradualmente incorporados ao nosso sistema legal colombiano. No entanto, o papel importante que desempenham na justiça informal não tem sido dimensionado, embora no contexto pós-conflito adquiram grande importância, devido aos efeitos dos processos de negociação avançados na Colômbia, como outra maneira civilizada de resolver conflitos.

PALAVRAS-CHAVE

Conflitos, ondas de justiça, justiça informal, mecanismos alternativos.

INTRODUCCIÓN

En la medida en que el conflicto es consustancial a la convivencia humana, es claro que una de las finalidades de toda organización se orienta a su necesaria intervención, con el

propósito de garantizar el restablecimiento del orden y del tejido social, pues de no ser así, la incertidumbre que se generaría no solamente alteraría dicha convivencia, sino que además propiciaría toda suerte de reacciones entre los conflictantes, que agudizaría aún más la disputa.

Pues bien, a lo largo de la historia se han instrumentado modelos tendientes a intervenir los conflictos, algunos de ellos fundados en el uso de la propia fuerza, como expresión de autodefensa y, en otros casos, mediante el consenso que, expresado en la autocomposición, generaba en los propios contendientes fórmulas de arreglo hasta llegar a la heterocomposición, para que fuera un tercero el llamado a resolver los conflictos. Es precisamente dentro de estos dos últimos modelos procesales donde se insertó la justicia formal y la informal.

En este sentido, se hace necesario indicar que el objetivo primordial de este escrito, se orienta a analizar la manera como fueron incorporados los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el sistema jurídico colombiano, y a su vez, identificar los rasgos característicos y la incidencia que han tenido en la denominada desjudicialización del conflicto y que puede concebirse, por tanto, como una manera de hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, precisamente por los efectos que pueden producir, al evitar tener que poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado para obtener de éste una solución a un problema que, de suyo, habría podido ser resuelto por la vía del dialogo entre los mismos contendientes.

En nuestro país, a propósito de los procesos exitosos de paz alcanzados en la década de los ochenta con el M-19 y más recientemente el Acuerdo de Paz suscrito con la guerrilla más longeva del mundo -F.A.R.C.-, en cuyo escenario de diálogo, se analizó la situación acontecida con las miles de víctimas del conflicto armado, el fenómeno del desplazamiento y en general, el exterminio sistemático de poblaciones enteras, producto de ese conflicto; permite afirmar que todo modelo de concertación, cuyo sustentáculo se **basa en el diálogo**, y en donde la iniciativa negocial en todos los casos, proviene de los propios conflictantes, constituye el escenario idóneo para lograr un mejor acercamiento y por qué no decirlo, una solución de fondo al problema, lo que ha de contribuir de manera más efectiva al verdadero resarcimiento

del tejido social, y de ahí la necesidad de conocer cómo llegaron a nuestro país los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos y, además, cómo pueden incidir de manera positiva en la solución de los diversos problemas que se presentan en la colectividad.

No obstante lo anterior, suele acontecer que en la práctica, algunos de los eventos en que se acude a la alternatividad, termina siendo una condición que se aborda con el único propósito de cumplir con el requisito de procedibilidad, como acontece con la conciliación, que estableciéndose como necesaria para acceder a la administración de justicia, se materiliza como una simple formalidad y por tanto termina siendo la expresión de la falta de comprensión y de interés en el verdadero papel que los actores de la actividad negociadora, deberían cumplir en esa etapa pre-procesal, para evitar precisamente tener que llegar al aparato jurisdiccional del Estado en procura de una solución de fondo que le ponga fin al conflicto. Sin embargo, su algo quedó claro con el Acuerdo de Paz logrado con las F.A.R.C., es que el diálogo es un interesante camino para la resolución de las disputas, sin importar el contenido y alcance de estas.

Dentro de todo este contexto, Colombia ha evidenciado con motivo de la reforma constitucional acontecida en el año 1991, un cambio significativo respecto a la forma en que deben ser solucionados los conflictos, a tal punto que trascendió de la esfera propia de la justicia formal, para adoptar dentro del concepto mismo de justicia informal¹ unos mecanismos orientados a la desjudicialización del conflicto, pensando precisamente en la posibilidad que sean los propios conflictantes los llamados a resolverlos por su propia cuenta y, lo más importante, permitiendo que sea la propia comunidad la que propicie la solución de sus disputas, como en efecto lo desarrolla el artículo 116 de la Constitución al prevér las jurisdicciones especiales de las Autoridades de los Territorios Indígenas y los Jueces de Paz y, por otra parte, la facultad conferida a los particulares para cumplir con la función de administrar justicia.

Es así como se ha propiciado dentro del Estado Social de Derecho la instrumentación en todos

1. Concepto al que se alude en la Sentencia C-1195 de 2001 con ponencia de Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra y que será objeto de estudio en la presente investigación.

los escenarios de interacción entre las personas, mecanismos que buscan una solución inmediata a la problemática que entre ellos se presentan y de ahí que, por ejemplo, en el ámbito escolar ya no se hable de coordinadores de disciplina, que fue la tradición histórica en este tópico, para dar paso a los comités de convivencia, medida que de igual manera acontece con el régimen de propiedad horizontal previsto en la Ley 675 de 2001 que, al incorporar en el artículo 58 dichos comités, tiene el propósito de que los problemas entre los copropietarios sean solucionados por estas colegiaturas. Así mismo, es frecuente encontrar que en el ámbito laboral se han instrumentado en los reglamentos de trabajo dichos comités de convivencia para propiciar espacios de solución de problemas entre los trabajadores.

A lo anterior se suma que, en Colombia, en la actualidad se propende por cambiar de nombre y por tanto la filosofía del que se ha conocido tradicionalmente como el Código Nacional de Policía para dar paso a un Código de Convivencia Ciudadana, recientemente promulgado a través de la ley 1801 del 29 de julio de 2016. Expresiones todas ellas de la nueva ideología que campea en el Estado social de derecho, en donde la concertación y la solidaridad, como centro de atención del individuo, dentro de la concepción antropocéntrica que caracteriza al sistema, terminan siendo los pilares básicos para garantizar la convivencia pacífica y un orden justo.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Planteadas así las cosas, el interrogante sobre cual gira el presente ensayo, se traduce en saber si han resultado **oportunos** los mecanismos alternativos de solución de conflictos –y de manera específica la conciliación- como estrategia para desestimular la judicialización del conflicto y promover, con ello, la descongestión judicial.

Al respecto se debe afirmar que pese a que el fundamento sobre el cual se erigieron los mecanismos alternativos de solución de conflictos era el de promover que fueran los conflictantes los que propiciasen por su propia iniciativa la solución del problema, para lograr con ello, la desjudicialización del referido conflicto. Muy a pesar del fortalecimiento que se le dio a la conciliación mediante la creación de los Centros de Conciliación en la forma prevista en la normativa, la conciliación extrajudicial en

derecho que se adelanta en los referidos centros termina siendo un mero trámite para cumplir con el requisito de procedibilidad que prevé el ordenamiento jurídico colombiano y así poder con ello ejercitar el derecho de acción.

En este sentido y muy a pesar de la poca trascendencia que ha tenido en Colombia, debemos afirmar que el interés que le ha asistido al legislador para regular dichos mecanismos alternativos y correlativamente al propio Gobierno, se traduce en crear escenarios propicios para incentivar la solución efectiva de los conflictos, lo que ha permitido una prolifera regulación normativa que busca la solución efectiva al problema, en el escenario propio de la negociación.

METODOLOGÍA

A partir de la problemática planteada, el presente ejercicio puesto a consideración de los lectores, ha sido abordado a través de los métodos generales de análisis, síntesis, inducción y deducción y el método específico del diseño bibliográfico o documental, constituyendo por tanto la metodología que se siguió para este propósito, lo cual supuso en consecuencia que la investigación se basa en el análisis teórico de las diversas posturas existentes en torno al tema materia de estudio y, en ese mismo propósito, determina una necesaria aproximación histórica y descriptiva de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto del Estado social de derecho.

Con el objeto de satisfacer los propósitos de la investigación, se hace una aproximación desde la órbita constitucional a los mecanismos en cuestión, a partir de los más importantes pronunciamientos que sobre la materia ha efectuado la Corte Constitucional para, con base en ello, entender la importancia de dichos mecanismos en el contexto del Estado social de derecho.

Para cumplir estos propósitos y como técnica de recolección de información, se recurrió a fuentes documentales que manejan lo atiente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y que permite su materialización a través de, entre otros, el método cualitativo, abordando para el efecto, los avances teóricos, doctrinales y jurisprudenciales respecto a la incorporación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el sistema jurídico

colombiano, por lo que la investigación utiliza los métodos referenciados inicialmente. Se trata de una investigación teórica fundada en una aproximación al conflicto, para luego abordar, desde la órbita constitucional, el fundamento de estos métodos a la luz del derecho de acceso a la justicia, en el contexto propio de la justicia informal.

1. TEORÍA DEL CONFLICTO

1.1. Consideraciones preliminares

La interacción en sociedad que se suele suscitar entre los individuos que la integran, supone el surgimiento del conflicto, de tal forma que siendo esto lo más normal, lo que verdaderamente termina siendo inaceptable es que no se puedan superar las diferencias que surjan entre sus integrantes.

De ahí que se afirme que *“el conflicto y la hostilidad son fenómenos tan constitutivos del vínculo social, como la interdependencia misma, y que la noción de la sociedad armónica es una contradicción en los términos”* (Hoyos C., 2005, p. 23), sin que sea el propósito la erradicación de ellos o su disolución, pues, se insiste, forman parte de la convivencia humana.

Todo esto para significar como en efecto lo señala la autora en cita, que *“La dinámica que debe imprimirse a los conflictos es la de construir un espacio social y legal en el cual se manifiesten y desarrollen, de suerte que no se terminen reduciendo o suprimiendo al otro”* (Hoyos, 2005, p. 23).

Así las cosas, se tiene que el conflicto es consustancial en las sociedades, comunidades, empresas asociaciones, y en general en cualquier entorno en dónde la interrelación entre individuos de la especie humana, es una condición necesaria para la existencia de cualquiera de esas formas asociativas, de ahí que se señale que *“(…) El conflicto es visto como un comportamiento cultural; las formas de interacción, el entorno en el cual evoluciona una sociedad, las historia previa, las interpretaciones atribuidas a esa historia, crean y delimitan un terreno de concepción y de tratamiento para las disputas y controversias.”* (Díaz Colorado, 2013, p. 24); relaciones todas ellas que conducen necesariamente al surgimiento de discrepancias, o si se quiere

disputas, sin que se puedan evitar -tampoco de ello, se trata-, pues como hemos afirmado, estas hacen parte de la convivencia. No obstante, sí es perfectamente posible escoger el modo de afrontar las diferencias surgidas y, a su vez, la forma de manejarlas y, ¿por qué no?, solucionarlas.

Lo anterior, por cuanto la solución de la controversia garantiza en gran medida la paz y la convivencia que debe caracterizar a todas aquellas formas de organización, puesto que siendo dicha medida efectiva y oportuna, dentro del contexto en que se presenta y en el que se desarrolla el proyecto de vida, de quienes forman parte del conflicto, sin importar el modelo que adopten para la solución, surge la necesidad de una verdadera intervención del mismo, pues se insiste, es el contacto que tienen los individuos lo que determina que afloren con meridiana facilidad toda suerte de conflictos, circunstancia que constituiría, lo más natural, y de ahí la necesidad de propiciar tal solución.

1.2 Definición

Para comprender el contenido y alcance de ésta categoría, se hace necesario acudir a su raíz etimológica, a saber: *"la palabra conflicto viene del latín conflictus y está formado del prefijo con-(convergencia, unión) y el participio de fligere (flictus=golpe). Entonces es el golpe junto, el golpe entre varios, lo que viene siendo un pleito, en pocas palabras. El verbo flegere nos dio también las palabras afligire e infligir"*²

Con base a lo anterior, se puede definir el conflicto como toda discrepancia, disputa o pleito que surge entre dos o más personas, cuya fuente puede ser propiciada por circunstancias de distinta naturaleza, y sus variables están determinadas por el tipo de relación en la que se encuentren incursos los potenciales conflictantes. De ahí que se entienda por conflicto

(...) toda contradicción, discrepancia, oposición de intereses divergentes, metas y valores antagónicos. El acontecimiento que lo origina, que lo hace crecer es importante, porque señala el desarrollo de la relación social y el punto en que aumentaron las tensiones. Pero el conflicto en sí mismo no es ni bueno ni malo; lo que hace que se convierta en una fuerza negativa o positiva es la manera de enfrentarlo. La manera en que manejamos y enfrentamos los conflictos hace que sirvan

para fortalecer procesos constructivos o para incrementar los aspectos negativos de nuestra vida (Díaz C., ob. cit. p. 23).

Así las cosas, la fuente de la disputa varía dependiendo de la clase de vínculo o relación en la que desarrollan sus actividades las personas, puesto que ello supone una necesaria relación con los demás individuos de su propia especie. Son esas interrelaciones las que marcan las variables en torno de las cuales se suele mover el conflicto.

Planteado lo anterior, ¿de qué clase es la naturaleza de la diferencia existente entre las personas? Se ha afirmado que ésta "(...) *variará según la materia sobre la que los subordinados discuten*" a propósito de las discrepancias que se originan en el entorno empresarial, por lo que *"cabe identificar cuatro clases fundamentales de asuntos susceptibles de ser analizados"*:

-Hechos. A veces las diferencias surgen, porque las personas definen un determinado problema de forma diferente, o bien no son conscientes de toda la información esencial para entenderlo, sino solamente de una parte; aceptan o rechazan (como objetivos) diversos tipos de información; o también puede ocurrir que discrepen en la valoración respectivas de sus posiciones de poder y autoridad.

-Objetivos. A veces, el desacuerdo surge a la hora de definir lo que debe lograrse: cuáles son los objetivos deseables de un departamento, división, sección, o los atribuibles a un determinado puesto de trabajo dentro de la empresa.

-Métodos. A veces, las personas no se ponen de acuerdo sobre cuáles deben ser los procedimientos, estrategias o tácticas convenientes para lograr con mayor probabilidad los objetivos perseguidos por todas ellas.

-Valores. Otras veces, la diferencia surge por cuestiones de ética, por ejemplo, sobre cómo habría que ejercer el poder, o sobre consideraciones morales; también pueden surgir las diferencias en cuanto a lo que es justo, equitativo, imparcial, etc. (SCHMIDT, W. H. y otros, 2004, p. 10-12).

En este mismo sentido, cuando la fuente del conflicto se mueve en escenarios diferentes a los empresariales, por regla general, todos ellos se basan en posiciones contradictorias asumidas

2. <http://etimologias.dechile.net/?conflicto>

por quienes forman parte del conflicto, de tal forma que como consecuencia del reclamo que se formule, ha de surgir la discrepancia.

Ello significa en consecuencia que en una disputa *“las personas tienen intereses en juego. Más aún, existen ciertas pautas o derechos relevantes que son indicadores de un resultado justo. También existe un cierto equilibrio de poder entre las partes”*, de ahí que se afirme que *“los intereses, los derechos y el poder, son tres elementos básicos de cualquier disputa”*. (Ury, L., Brett, M. y Goldberg, J, 1995, p. 4-5).

1.3. Mapa del conflicto

Se tiene que, al surgir, la disputa genera en los conflictantes una serie de reacciones que apuntan a expresar su inconformidad a través de la confrontación, que le permite a estos expresar las razones con las que pretenden justificar sus propios comportamientos y que conlleva luego, a la polarización de la problemática, que consiste en hacer partícipes a terceros ajenos a la disputa y que tienen contacto con algunos de esos actores; esto, por cuanto cada uno de ellos expresa desde su punto de vista, las razones que buscan justificar su comportamiento para endilgar la responsabilidad a su contraparte, medida que en muchos casos, hace que encuentre aliados de cara a esa problemática y que reafirma aún más su posición.

Seguido a lo anterior, se presenta una ruptura definitiva de la comunicación entre quienes forman parte de la disputa, siendo esta la última fase del mapa del conflicto y que impone como primera medida para propiciar el acercamiento entre los conflictantes, que se vuelvan a restablecer esas formas de comunicación, pues ello constituye un paso obligado para el propósito de concertar las diferencias.

En ese orden de ideas, el mapa del conflicto consta de las siguientes etapas:

- Surgimiento de la disputa
- Confrontación
- Polarización
- Ruptura de la comunicación

1.4. Modelos de intervención del conflicto

Si bien se han esbozado tres modelos de intervención de conflictos, dentro de los que se

cuentan el Modelo Transformativo De Bush y Folger y el Modelo Circular – Narrativo de Sara Cobb, (Hoyos, 2005), sin lugar a dudas, merecer particular atención el previsto en el denominado modelo Tradicional – Lineal de Harvard, instrumentado en la Escuela de Leyes de esta prestigiosa universidad, a través de su “programa de negociación” siendo esta institución la que más ha contribuido a la teoría de la negociación por principios. Los fundamentos del método aparecen en el libro *“(…) Si, de acuerdo”*, de Roger Fischer y William Ury (1981); y suele utilizarse con frecuencia en la empresa y enfocando la mediación atendiendo a cuatro puntos básicos: las personas, los intereses, las opciones, y los criterios. (Hoyos, 2005. 64.):

Se suele graficar de la siguiente manera



Figura 1. Puntos básicos de la mediación

En ese propósito, lo que debe hacer la persona llamada a intervenir el conflicto,

(...) es separar las personas del problema y mirarlas independientemente, con el fin de que ellas no se sientan “atacadas” y se facilite el entendimiento en forma directa y empática. En segundo término, debe concentrarse en los intereses de las partes y no en las posiciones, pues los intereses son generalmente conciliables, mientras que las posiciones suelen ser inamovibles y crean diferencias profundas. El paso siguiente consiste en presentar alternativas y posibilidades que eliminen la imposición; finalmente basar el resultado en criterios objetivos y justos. Lo prioritario es el énfasis que se pone en el acuerdo. (Hoyos, 2005, p. 64).

Como puede evidenciarse, este es uno de los modelos de mayor uso en el ambiente propio de los Centros de Conciliación, y se funda en la siguiente metodología:

- Disminuir las diferencias entre las partes.
- Ir del caos al orden “desposicionamiento” (énfasis de los intereses).
- Trabajar la casualidad lineal: (conflicto = desacuerdo).
- Contextualizar no es tarea que interese.
- No se hace hincapié en el factor relacional.
- Lograr el acuerdo como meta fundamental. (Hoyos, 2005, p. 65).

Pues bien, este modelo en la medida en que se centra en los intereses de las partes, haciendo a un lado las posiciones,

ha sido criticado por no tener en cuenta las “pautas interaccionales” que acercan a los conciliantes, con el subsiguiente beneficio de lograr un convenio más duradero en razón del fortalecimiento del vínculo provocado por el cambio de las relaciones, como si es tenido en cuenta por los demás modelos. Se le abona la importante labor de “desposicionamiento” o abandono de las posiciones que las partes traen a la sesión, en pro de trabajar con los intereses y las necesidades de las mismas, donde lo subyacente desempeña un papel trascendental para el arreglo (Hoyos, 2005. p 65).

Muy a pesar de las críticas efectuadas a este modelo, suele ser utilizado en todos los ambientes, no solamente por la sencillez que rodea su dinámica, sino porque adicionalmente, los conflictantes juegan un papel muy importante de cara a la búsqueda de la solución.

2. SISTEMAS PROCESALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

2.1. Prolegómeno

Como se ha venido afirmando, en la medida en que los conflictos son consustanciales a la convivencia, ello supone que desde el mismo momento en que el individuo tomó la decisión de agruparse con seres de su propia especie, surge correlativamente la disputa, en algunos casos, por el ejercicio, del poder; otras, por razones de orden afectivo y en otros eventos, por motivos económicos, para señalar los más significativas.

Es así como, en las primeras épocas, los conflictos se solucionaban con la imposición de la voluntad o a propia mano, ya fuera el que tuviera mayor fuerza física, violencia, poder o causara mayor temor, hacia su rival.

No obstante lo anterior, se dio el paso a la negociación y a concertar soluciones; eso sí ante estos grupos existía una figura superior la cual estaba pendiente y era la autoridad, éste era elegido con respeto ya fuera por su edad, o por algunas condiciones específicas. Algunas veces se permitía que un tercero o allegado que no hacía parte de la comunidad, influyera en mantener la convivencia pacífica de éste, aunque la palabra final la tenía la figura superior de éste grupo.

Con el tiempo, ya no solo eran agrupaciones familiares sino se fueron agregando otros individuos, lo cual creó mayor número de necesidades y así mismo, disminuían los mecanismos que podían satisfacerlas, por esto se hizo necesario atender a mayor número de familias, por lo cual llevaba a la lucha entre dos personas o comunidades que tenían que dividir sus fuerzas para obtener su propio beneficio.

Adicional a esto, el egoísmo por naturaleza de los humanos contribuyó al no cumplimiento de los pactos celebrados, se fue incrementando el número poblacional lo cual hacía a los incumplidos menos notorios, así dejó de ser suficiente la figura de un patriarca o jefe de tribu y fue necesario dotar a la autoridad de recursos que funcionaran como mecanismos persuasivos y la elaboración de un mayor número de reglas.

Dentro de ese escenario empieza a surgir el derecho como orden normativo en la sociedad; en lo orgánico, individuos poderosos y hábiles llegaron a los reinados antes de alcanzar formas modernas de gobierno, al principio, los reyes querían obtener el poder absoluto, pero fueron descubriendo que necesitaban delegar funciones, así apareció la figura del magistrado, al cual los reyes delegaron el poder de decidir los litigios, aunque el soberano seguía teniendo la última palabra.

Con el tiempo se entendió que la división del poder correspondía a la asignación de tres funciones diferentes, con la aparición del Estado de derecho moderno. Esas funciones fueron asignadas a diferentes órganos diseñando sistemas de control; momento en el que empieza a fortalecerse el poder judicial, se impulsa el desarrollo normativo, se regulan las formalidades de los procesos.

Pues bien, el ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de tribunales pertenecientes

al poder judicial trataba toda clase de conflicto, el problema fue cuando las estructuras alcanzaron su punto máximo de desarrollo en cada país, y la solución no se lograba, así se crearon más tribunales, ni con más jueces, cada vez habían más actuaciones judiciales, además descendió la satisfacción judicial y ello paulatinamente derivó en una crisis del modelo judicial, expresado en la congestión que de suyo se generó por la excesiva judicialización del conflicto.

En este sentido se ha afirmado que:

(...) El tránsito desde las agrupaciones primitivas a lo que se conoce como sociedad política responde, en esencia, a un cambio en el método de resolución de conflictos, que sustituye la violencia privada por el monopolio público de la fuerza, ejercida por una autoridad distinta de las partes y conforme a normas jurídicas preestablecidas. Entre los presupuestos de ese tránsito, ampliamente expresivo de lo que se conoce por civilización, ocupa un lugar importante la Jurisdicción (...) a la que podemos aproximarnos inicialmente desde tres conceptos fundamentales: conflicto, norma y paz social (Soletto H., Carretero, E., Ruíz C., 2013, p. 43)

Dentro de este panorama, se adoptaron algunos sistemas de resolución de los conflictos, respondiendo cada uno de ellos a una etapa histórica determinada y cuyas particularidades exaltaremos a continuación:

2.2. Sistema de la autotutela o autodefensa

Este mecanismo se funda en la idea de que es el mismo ordenamiento el que le confiere al propio interesado, la protección del derecho que resulta vulnerado, a través de las medidas que por su propia iniciativa pueda éste adoptar.

Así las cosas, este sistema se caracterizó, porque *“Corresponde a un estadio de formación incipiente de la organización social, y donde la principal característica lo era el uso de la fuerza, de tal manera que la resolución de los conflictos se ceñía a la ley del más fuerte.”* (Peláez R., Tomo I (2015), p.14).

Es así como la autodefensa se configura por virtud de la reacción inmediata y personal de quien hace justicia con sus propias manos, por lo tanto,

sería la forma práctica que tiene el hombre para resolver los conflictos. Precisamente esa es la razón que haya justificado su presencia en los tiempos antiguos, habida cuenta que frente a los conflictos de intereses, a la postre eran éstos resueltos por los conflictantes a través de la fuerza y la violencia. En este sentido, *“Los caracteres de la autotutela, se pueden resumir en: falta de un tercero o juez distinto de las partes, e imposición coactiva de la decisión por una de ellas a la otra”.* (Soletto, et. al, 2013, p. 45).

Actualmente se encuentra prohibida, aunque el ordenamiento jurídico de manera excepcional permite que, en cierta medida, se pueda hacer justicia por sus propias manos, como acontece en los siguientes eventos:

a) La Legítima defensa:³ Que se considera como un eximente de responsabilidad penal, tal y como acontece en la legislación colombiana en el artículo 32 numerales 6 y 7 del Decreto 599 de 2000.

b) El Derecho de Retención: Que faculta a una persona a retener el bien, en la forma en que para el efecto se señala en el artículo 340 del Código General del Proceso.

c) La Posibilidad que tiene propietario de cortar la rama de los árboles y las raíces que invadan su predio, como en efecto se consagra en el artículo 999 del Código Civil.

d) Por último, se ha considerado que la huelga constituiría otra forma de autotutela.

3. <http://www.actiweb.es/carlospastormaravi/archivo1.pdf>. Carlos Pastor Maravi. Teoría General del Proceso. Lima Perú. En este sentido, el Consejo de Estado en Sentencia nº 25000-23-26-000-1994-09852-01(14222), Sección Tercera, de 29 de Enero de 2004. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, indicó que *“Se concluye, entonces, que, de acuerdo con las declaraciones y las pruebas técnicas que obran en el proceso, la muerte de Senén Sánchez Hernández se presentó en un enfrentamiento armado con miembros de la fuerza pública en el desarrollo de un operativo contra un grupo ilegal. La conducta de los militares constituye legítima defensa, ante la agresión actual e injusta por parte de los miembros del grupo armado del cual hacía parte el occiso. Se configura, entonces, la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo de la víctima. Por esta razón se confirmará el fallo apelado.”* Así mismo, en la Sentencia nº 05001-23-31-000-1993-0806-01(14777) Sección Tercera, de 11 de Marzo de 2004, con ponencia del mismo magistrado se dijo que *“La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la administración; sin embargo, en situaciones como la que se discute en el presente proceso, ha prestado especial atención a los casos en que la ley permite el uso de las armas por parte de los miembros de la fuerza pública en el cumplimiento de sus funciones.”*

Todo lo anterior para significar que se entiende por legítima defensa o defensa propia, la acción por la cual una o más personas repelen la agresión de otra u otras, de tal suerte que causan un daño, en principio, castigado por las normas penales, pero que el legislador considera como eximente de la falta o delito.

2.3. Sistema de la autocomposición

“Método a través del cual las partes en conflicto buscaban la solución de sus diferencias de manera pacífica o civilizada sin necesidad de acudir a ningún tipo de expresión violenta.”, de ahí que se considere como un mecanismo intermedio *“para la solución de los conflictos que se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio personal, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin”*. (Peláez, 2015, p.12).

A la autocomposición se puede llegar sin la intervención o participación de terceras personas. En general se suele asociar a la instancia en que únicamente participan las partes, sin embargo, cuando participa un mediador o un juez conciliador, también se está dentro de un modelo de naturaleza autocompositiva.

A través de esta, las partes del conflicto mediante el uso de la razón y el dialogo llegan a un acuerdo, se trata de un arreglo pacífico del conflicto, de ahí que supone cierto grado de civilización en el contexto en que se suele este sistema presentar, pues se entiende que la mejor vía para la solución de los conflictos es el dialogo.

Se distinguen dos formas de Autocomposición:

1. Formas Unilaterales:
Allanamiento o reconocimiento
Desistimiento de la pretensión
2. Formas Bilaterales:
 - Conciliación
 - Transacción
 - Mediación

2.4. Sistema de la heterocomposición

“Se traduce en el reconocimiento que hacen los intervinientes en el conflicto de un tercero facultado para resolver sus diferencias con

fuerza vinculante no solamente para ellos, sino para la colectividad en general. Son formas heterocompositivas las previstas dentro de los sistemas tradicionales de administración de justicia a través de la judicatura y alternativamente, el arbitramento” (Peláez, 2015, p.12)⁴

Este sistema, se caracteriza porque un tercero ajeno a la controversia, e imparcial frente al conflicto, entra a resolverlo por medio de una decisión con efectos de cosa juzgada (sentencia o laudo). Por tanto son Sistemas Heterocompositivos, el arbitraje y la amigable composición dentro del modelo de justicia alterna y por otra parte, la jurisdicción, propia de la justicia formal, y de ahí que la jurisdicción y el arbitraje sean considerados como las formas tipo, por excelencia, en los modernos ordenamientos jurídicos.(Soletto, et. al, 2013, p. 48).

En este orden de ideas, es posible afirmar que:

Una característica de la heterocomposición es que siempre existirá la figura del ganador –perdedor, es decir que se trata de un tipo de solución suma-cero, lo que uno gana el otro inevitablemente lo pierde, lo que evidentemente genera descontento.⁵

Pues bien, este modelo corresponde a la denominada **justicia formal**, la cual se puede ver influenciada de manera positiva por modelos alternativos que, enmarcados dentro de la denominada **justicia informal**, tienen como propósito hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, tema que nos ocupará la atención más adelante.

Todo lo anterior, nos permite afirmar que en la actualidad, la mayoría de sistemas jurídicos del mundo permiten la interacción de modelos de justicia formal, con aquellos que se mueven dentro de la denominada justicia informal, como efectivamente acontece en Colombia, lo que permite brindarle a los coasociados, un decálogo de posibilidades para acceder al sistema judicial en procura de una tutela judicial efectiva de los derechos conculcados con motivo del surgimiento del conflicto.

4. Al que se suma a su vez, la amigable composición.

5. http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/11.pdf Mecanismos Alternativos de solución de conflictos. Alipio Montes de Oca Vidal Lima Perú.

Sin embargo, pese a la prolífera regulación que en torno a estos últimos se ha dado, debemos afirmar por una parte, que no se pretende desconocer el importante papel que cumple la justicia formal, como modelo tradicional por excelencia adoptado, para procurar la resolución de las disputas, y por otra parte, que no ha sido lo suficientemente asimilado en la sociedad, para acudir a esa modalidad de justicia y, dada su importancia, abordaremos el análisis de los mecanismos alternativos, que se mueven dentro del marco propio de esa justicia, no sin antes identificar el punto de convergencia que han de tener estos, en relación con el derecho fundamental de acceso a la justicia, tema del que nos ocuparemos a continuación

3. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

3.1 El derecho de acceso a la justicia

Frente al concepto de “Acceso a la Justicia” se hace necesario abordar su análisis a partir de la consagración que se hizo en nuestro país, al considerarlo como un verdadero derecho fundamental en el contexto del Estado social de derecho, convirtiéndose éste, en un pilar fundamental para garantizar la paz y la convivencia pacífica, e introduciendo el valor categórico que tiene el mismo, en los artículos 228 y 229, entre otros, de la Constitución Política colombiana.

En efecto, dicha disposición señala lo siguiente:

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 cumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 229 de la Constitución señala que *“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”*.

Lo anterior para significar que esta categoría ofrece una gran amplitud y de ahí que se pueda

definir dicho “acceso a la justicia” como aquella posibilidad que tiene cualquier sujeto de derecho⁶, independientemente de su condición, y siempre que se encuentre bajo el imperio del ordenamiento jurídico nacional, de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado y los demás mecanismos instrumentados para la resolución civilizada de los conflictos y, en general, para propiciar el reconocimiento de cualquier derecho. Todo ello en procura de obtener una tutela judicial efectiva, atendiendo a las diferentes necesidades que se puedan presentar en el ámbito social.

Así las cosas, se observa que lo que prima es la oportunidad que se tenga como derecho para acceder a la justicia, materializando de esta manera los principios constitucionales previstos como un conjunto de garantías que enmarcadas dentro del derecho al debido proceso, buscan propiciar en las personas la legitimidad dentro de la estructura del nuevo modelo de Estado, el cual previsto en la Carta Política, se erige como un sistema generoso que avala los derechos individuales y colectivos y, de esta manera se consigue, además de hacer efectivo el derecho sustancial, el hecho de que actúe como un correlativo límite frente al ejercicio arbitrario del poder por parte del mismo Estado.

3.1.1. Naturaleza jurídica

Planteadas así las cosas, el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental cuya materialización responde a las exigencias que se le hacen al Estado en el sentido de tener que ofrecer una vida digna, con calidad y, ante todo, en procura de una convivencia pacífica entre todos los coasociados, ello con el propósito de hacer efectivos los fines previstos en el artículo 2 de la Constitución Política. Por lo tanto se debe contar con las instituciones y los mecanismos que protejan y atiendan las necesidades de la comunidad en su vida práctica, en aras de un orden justo pensado siempre en el respeto de la dignidad humana, y de ahí el carácter antropocéntrico que ofrece esa nueva visión constitucional, lo que supone en consecuencia, que:

6. Indiquemos como, el Código General del Proceso en el artículo 53, señala quienes pueden tener capacidad para ser parte: las personas naturales y jurídicas, los patrimonios autónomos, el concebido para la defensa de sus derechos y los demás que determine la ley.

(...) **el reconocimiento de la dignidad de la persona como la base del funcionamiento y articulación de la sociedad** (...) y por ello **el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales** debe configurarse como uno de los elementos básicos e indiscutibles en cualquier texto constitucional (Cucarella L.A. 2015, p.p. 3-4) (negrillas y subrayas fuera del original).

En este orden de ideas la Corte Constitucional a través de la Sentencia T 1222 del 12 de diciembre de 2004 con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra, indicó que:

El Constituyente de 1991 elevó a derecho constitucional el acceso de todas las personas a la administración de justicia (CP. Art. 229), **garantía que permite a los individuos contar con un instrumento esencial de convivencia armónica, en tanto otorga la oportunidad de resolver las controversias y conflictos mediante la intermediación de un juez que actuando de manera independiente resolverá la controversia de que se trate en una decisión motivada, proferida con sujeción al procedimiento y a las garantías previstas en la Constitución y en la ley.** Ello supone el cumplimiento del debido proceso, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia plena de las formas de cada juicio (CP. Art. 29).

Los fines del Estado de asegurar a sus integrantes una convivencia pacífica, el trabajo, la justicia, la igualdad, se logran en gran medida garantizando real y efectivamente el acceso a la administración de justicia, entendido este derecho no sólo como la posibilidad de poner en funcionamiento el aparato judicial mediante el ejercicio del ius postulandi, **sino que ello implica la garantía de la igualdad procesal de las partes, la resolución de las peticiones y el examen razonado de los argumentos expuestos por quienes intervienen en el litigio, el análisis objetivo de las pruebas que obren en el proceso,** bien sean las allegadas por las partes, ya las que el juez o magistrado en ejercicio de sus facultades legales decreta por considerarlas útiles para la verificación de los hechos que se controvierten, en aras de garantizar el interés público del proceso, así como la búsqueda de la verdad real, de suerte que pueda proclamarse la vigencia y realización de los derechos vulnerados. (...). (negrillas y subrayas fuera del original).

En este mismo sentido, en los términos de la Sentencia C- 279 del 15 de mayo de 2013, con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt, se dijo, que:

a(...) **El derecho a la administración de justicia también llamado 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 restableciendo de su 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.** Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado social de derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso. (negrillas y subrayas fuera del original).

En el referido pronunciamiento, se señaló además, que:

(...) El derecho a la administración de justicia está directamente **relacionado con la justicia como valor fundamental de la Constitución** y otorga a los individuos una garantía real y efectiva que busca asegurar la realización material de éste previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión. (negrillas y subrayas fuera del original).

Siendo consustancial a la convivencia pacífica la existencia de un orden justo, es la propia organización la que debe brindar los mecanismos a través de los cuales se han de solucionar los conflictos entre los coasociados, propiciando, para el efecto, la presencia de unas autoridades llamadas al cumplimiento de específicas funciones en el marco propio de sus competencias. Igualmente previendo los procedimientos que ante ellas han de cumplirse para ese propósito; actividades que al ser reguladas normativamente, en todos los casos, son consideradas como normas de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento.

3.1.2. Fundamentos

Entendido el Estado como una organización sociopolítica, a éste le asiste el deber de actuar

como protector y creador de instrumentos efectivos para garantizar el acceso por parte de los ciudadanos en procura de la eficacia del derecho, de manera tal que se logre el reconocimiento pleno al titular de éste para ejercer el “derecho de acceso a la justicia” el cual debe ser real y no formal, comoquiera que la organización está pensada en términos axiológicos respecto de los cuales, la igualdad de las personas ha de ser real, conllevando de manera obligatoria a que el Estado reduzca la distancia entre la norma y la realidad.

Es así como, siendo el Estado quien detenta el poder para dirimir los conflictos entre personas, independientemente de su naturaleza, es deber de éste permitir un acceso fácil e irrestricto a la justicia cuando a los coasociados, sujetos de derechos, les han sido vulnerados, amenazados o negados sus derechos; lo anterior con el fin de satisfacer sus pretensiones, brindando una solución eficaz, guiados por el ordenamiento jurídico. Es precisamente dentro de ese marco normativo dónde fue concebido el Estado a partir de la una tridivisión de poderes, por lo cual a uno de ellos se le adscribe la función de dirimir los conflictos con fuerza vinculante dentro de esa organización y cuya expresión más clara es el ejercicio de la función jurisdiccional que se traduce en declarar el derecho (*juris-dictio*).

Dentro de ese escenario, fue entonces como se concibió el derecho de acceso a la justicia, como uno de los derechos del hombre expresado en la posibilidad de obtener de la propia organización el reconocimiento de los derechos conculcados por el accionar de terceros y cuya perturbación impone la necesaria intervención del Estado para propiciar una salvaguarda o protección de los mismos, y de ahí que se haya considerado ello como una expresión de civilidad dentro de la evolución histórica del hombre en sociedad.

En este orden de ideas, se tiene que nuestra Constitución Política lo erige como un derecho fundamental en el artículo 229, con el propósito de obtener del Estado una tutela judicial efectiva, disposición que por virtud del bloque de constitucionalidad contenido en el artículo 93, hace extensivo los efectos de los tratados que reconocen como uno de los derechos humanos, la posibilidad de acceder al sistema judicial, en procura de la satisfacción de los derechos.

En este último sentido, se tiene que dicho derecho fue incorporado en Convenios de rango internacional, dentro de los que se cuentan, los siguientes:

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, **que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y la ley**; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder –víctimas de delitos-, acceso a la justicia y trato justo.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, **a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos**. (negrillas no originales)⁷.

b) Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos parte II⁸

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto **se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos** que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, **sin distinción alguna** de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas

7. Declaración Universal de Los Derechos Humanos, artículo 8,10 Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III) De 10 de diciembre de 1948

8. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos un referente más adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI). De 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, parte 2, artículo 2 y artículo 14

oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias **para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto** y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados **podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;**

b) **La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso,** y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 14 Primer párrafo: Todas las personas son iguales ante los tribunales y corte 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 (negrillas y subrayas fuera del original).

c) Convenio Europeo De Derechos Humanos

Artículo 6

Derecho a un proceso equitativo

1. **Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.** La sentencia debe ser

pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia ⁹ (negrillas y subrayas fuera del original).

e) Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo**

9. Convenio Europeo De Derechos Humanos modificado por los protocolos #. 11 y 14 completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13, artículo 6

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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso ¹⁰. (negritas y subrayas fuera del original)..

Todo lo anterior, reafirma la importancia que tiene este derecho para garantizar la conveniencia pacífica y un orden justo, en todos los contextos, siendo consecuente dicho propósito con cualquier modelo o forma de organización. No obstante, se suelen presentar vicisitudes que afectan su verdadera materialización y de ahí que se hable con frecuencia de crisis de la justicia, lo que ha determinado la adopción de diversas estrategias para hacerle frente, tema del que nos ocuparemos a continuación, pues es dentro de esa nueva realidad en donde se han de mover las previstas para garantizar de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia, incluidas como luego se verá, los modelos alternos de resolución de conflictos.

3.2. Crisis de la justicia

Muy a pesar del carácter fundamental que ostenta el derecho de acceso a la justicia en la forma explicada anteriormente, se han evidenciado algunos factores de orden exógeno

¹⁰. Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, adoptado mediante la Ley 16 de 1972

que han contribuido de manera sistemática a la crisis del modelo tradicional de justicia formal, entre otras razones, por la excesiva judicialización del conflicto y la correlativa falta de respuesta oportuna por parte del Estado para satisfacer la demanda de justicia a la que aspira la sociedad, siempre dentro del marco de que ésta sea pronta, cumplida y eficaz. (Peláez R. A., 2013, p. 21).

Es así cómo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, a propósito de la demanda de inexecutable de que fue objeto algunas de las normas contenidas en la ley 640 de 2001 que incorporó la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder al aparato jurisdiccional del Estado, precisó en afirmar que:

(...) La preocupación por garantizar el acceso a la justicia a todas las personas no ha estado ausente de los procesos de reforma judicial. Dentro del conjunto de medidas dirigidas a corregir las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el acceso a la justicia, la lentitud de los procesos, el excesivo formalismo, o su carácter excesivamente adversarial, se encuentran los mecanismos en la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje como instrumentos complementarios de la justicia formal para la resolución de conflictos. Estos y otros instrumentos han sido adoptados en diversos países en un proceso sucesivo de reformas, calificado por distintos doctrinantes como **“olas de acceso a la justicia”** (...).

Algunos doctrinantes (...) al analizar la evolución del movimiento de reforma a la justicia identifican tres “olas” sucesivas **para mejorar las condiciones de acceso a la justicia.** La primera ola se refiere al propósito de proveer servicios jurídicos para los pobres mediante el establecimiento, por ejemplo, de servicios gratuitos de asesoría legal, de defensores de oficio o del amparo de pobreza. (...). La segunda ola se refiere a la creación de figuras tales como las acciones populares y de grupo, como mecanismos para extender el acceso a la justicia a la protección de los intereses difusos y de los derechos colectivos. **La tercera ola se orienta a garantizar la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos, bien sea a través de la justicia formal mediante vías judiciales realmente expeditas**

o de procedimientos alternativos como la negociación, el arbitraje o la mediación.

A estas tres olas registradas hasta mediados de la década de los ochenta, se suma una cuarta ola, dentro de la cual se han adoptado medidas para corregir problemas específicos de acceso a la justicia para remover barreras concretas. Figuras tales como los jueces itinerantes –para garantizar el acceso a la justicia en lugares remotos; la administración judicial de los tiempos de un proceso –para garantizar un acceso a la justicia más expedito al permitir la reducción de los tiempos procesales de común acuerdo con las partes; la evaluación neutral previa del proceso –para restringir el litigio a los asuntos esenciales; o la provisión de asesores legales neutrales –para que sectores débiles o marginados de la población superen sus temores a negociar y sus desventajas frente a organizaciones privadas particularmente poderosas, son algunos ejemplos de este tipo de medidas (...). (negrillas y subrayas fuera del original).

Lo anterior nos permite afirmar que Colombia no ha sido ajena a esa realidad y por ello, se han instrumentado normativamente todas y cada una de esas olas, como aconteció con la primera, a través de la defensoría de oficio en materia penal y el amparo de pobreza en lo civil, previstas en los respectivos códigos que regulan las ritualidades en esos ámbitos, con la segunda ola, a través de la Ley 472 de 1998 bajo las denominaciones de acciones populares y de grupo, en tanto que, desde la perspectiva propia de la tercera ola, se tradujo de manera reciente, en un conjunto de reformas al ordenamiento jurídico, para adoptar procedimientos expeditos y su correlativa unificación en el ámbito propio de la justicia formal, que es en la que tradicionalmente se ha movido el proceso como mecanismo civilizado para resolver los conflictos, enmarcado dentro de un sistema heretocompositivo -medidas que de manera sistemática buscan brindar celeridad a la actuación- que culminó con la incorporación de la oralidad en los diversos procesos para hacer efectiva la noción de proceso de duración razonable y además, en ese mismo sentido, a través del fortalecimiento de la justicia informal como quedará suficientemente explicado cuando se aborde el tratamiento legal, entre otros, de los M.A.S.C.

Dentro de este panorama, en nuestro sistema jurídico colombiano se han materializado medidas orientadas a atacar el problema de la congestión

judicial, com aconteció en materia civil en la década de los ochentas, cuando por virtud de algunos decretos se propició un cambio radical en la actuación. Entre otros ejemplos, el Decreto 902 de 1988 que autorizó el trámite notarial de las sucesiones cuando se procede de mutuo acuerdo; el Decreto 999 de 1988 que autorizó el cambio de nombre ante notario, así como la corrección de errores en las actas de registro civil; el Decreto 1900 de 1989 que posibilitó el trámite ante notario del divorcio de matrimonio civil; el Decreto 2282 de 1989 que reformó el Código de Procedimiento Civil, incorporando el artículo 101, cuyo eje temático central lo constituyó la conciliación; la creación de la jurisdicción de familia a través del Decreto 2272 de 1989; y de igual manera la unificación del proceso arbitral a través del Decreto 2279 de 1989, entre otras medidas. De manera más reciente la Ley 794 de 2003 y la Ley 1395 de 2010, reformas todas ellas que buscaron ante todo actualizar y armonizar la normatividad procesal a la nueva realidad colombiana y, de paso, instrumentar mecanismos de descongestión judicial.

Asimismo, se expidió la Ley 734 de 2002 conocida como Código Único Disciplinario, que implementó el procedimiento verbal; el Código de Procedimiento Penal, contenido en la Ley 906 del 31 de agosto de 2004, que incorporó el sistema adversarial regido por los cinco principios rectores: oralidad, publicidad, contradicción, concentración y publicidad -enfaticando en el de la oralidad en el artículo 9º -configurándose ésta como pilar fundamental del proceso-. De igual manera el Régimen Disciplinario del Abogado, previsto en la Ley 1123 del 22 de enero de 2007, que también estructuró un procedimiento cuyo desarrollo se surte en audiencia y regida, entre otros, por éste mismo principio en los términos del artículo 57 y, en materia laboral, con la expedición de la Ley 1149 de julio 13 de 2007 “por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la seguridad social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos” y que modificó la estructura del proceso laboral a partir de la incorporación de la oralidad como pilar básico de la estructura misma de la actuación procesal en su artículo 3º que modificó el artículo 42 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social; la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, denominada de descongestión judicial y cuyo pilar fundamental es la adopción de un procedimiento verbal, sin olvidar naturalmente, que en materia administrativa se expidió la ley 1437 de 2011 que incorpora el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y cuya vigencia se posterga hasta el 2012 (Peláez R., Oralidad, 2013, p. 33-34).

A todas estas reformas se suma la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, que regula el proceso arbitral, y la Ley 1564 de 2012, que incorpora el Código General del Proceso, que responden a su vez a la idea de adoptar procedimientos expeditos, dentro de los que se ha de mover de igual manera los acuerdos procesales y los jueces itinerantes de que trata la cuarta ola. En ese mismo sentido, desde el ámbito propio de la justicia informal, se incorporaron los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a través de prolíferas reformas, articuladas con otras medidas relacionadas con la desjudicialización del conflicto, por virtud de la creación de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos regulados en el decreto 1818 de 1998; y que contribuyen a ese claro propósito.

Con lo anterior se deduce que por virtud de la incorporación de los modelos de **justicia informal** el derecho de acceso a la justicia adquiere una nueva dimensión, en la medida en que se supera la idea según la cual la solución del conflicto solo se logra cuando interviene una autoridad judicial en cumplimiento del mandato constitucional. Ello obedece precisamente a que, dentro de la nueva esfera del Estado social de derecho, ese propósito se logra atribuyendo funciones jurisdiccionales a otras autoridades y organismos que, sin estar adscritos a la Rama Judicial, pueden lograr aquel propósito, como en efecto, lo dispuso el artículo 116 de la Constitución Política para el caso de las Autoridades de los Territorios Indígenas, Los Jueces de Paz y, naturalmente, los particulares, quienes en calidad de conciliadores o árbitros, cumplen todos ellos, funciones jurisdiccionales, dentro del marco propio de sus competencias.

A propósito del papel que se le atribuye a los mecanismos de resolución de conflictos en el Estado social de derecho, la Corte Constitucional, en la tantas veces citada Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, fue categórica en señalar que:

(...) 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 conflictos¹¹ (negritas y subrayas fuera del original).

Planteado todo lo anterior, procederemos a analizar la manera como se fueron articulando los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en nuestro sistema jurídico, en atención a las constantes exigencias de la comunidad que esperan del Estado una respuesta pronta, cumplida y eficaz de administración de justicia.

Al referirnos a los métodos de resolución de conflictos se afirma que se tiene en principio dos ideas en torno a ellos, por una parte, los conflictos y, por otro lado, los métodos que se utilizan para resolverlos. De tal forma que el método como aspecto central, tomado como prioritario, involucra que la resolución de conflictos por parte del Estado, por las vías formales, en principio debe ser el más efectivo; desatendiéndose la posibilidad de abordar otros métodos, en algunos casos, poco conocidos y a los que se les dan un menor valor. De ahí que la mayoría de las personas que se encuentran en conflicto, tiendan a acudir ante las instancias

11. Recordemos que a través de esta sentencia como lo hemos venido señalando, La Corte Constitucional se pronunció respecto a la demanda de inconstitucionalidad, impetrada por el ciudadano Andrés Rodríguez Pizarro, contra los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 de la Ley 640 de 2001 "por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", bajo el argumento de que "(...) el acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental de aplicación inmediata y una garantía que se ve obstaculizada en forma inconstitucional con el establecimiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, por cuanto establece una condición suspensiva para acceder a ella. Considera que la conciliación y la administración de justicia son conceptos disímiles, como quiera que el primero tiene sustento en el acuerdo de voluntades y el segundo en la ley. Afirma que el derecho o poder jurídico de acudir a la justicia que tiene cualquier ciudadano, cuando quiera que considere que se han violado sus derechos, no puede ser obstruido por el agotamiento previo de una etapa de conciliación que no es cosa diferente que el llamamiento forzado a celebrar un negocio jurídico donde su resultado obedece al libre albedrío de las partes en conflicto. Finalmente, sostiene que los conceptos de conciliación y justicia son diferentes, y por ello para reglamentar un mecanismo de solución de conflictos no se puede entorpecer el derecho a acceder a la justicia, a menos que la Constitución expresamente lo autorice. (...)".

judiciales en procura de una solución, fenómeno que calificado como la judicialización del conflicto, hace que el Estado no tenga la capacidad operativa para responder a tales exigencias.

Es así como dentro de la *praxis* judicial se suele acudir a un profesional en derecho para el tratamiento del litigio, lo cual se traduce en demandar o en contestar la demanda, según el caso; pero no se busca la solución pacífica a éstos conflictos, por lo que los mecanismos alternos, son una nueva forma de ver y pensar la solución de las controversias. De ahí la trascendencia que desde la Tercera Ola de justicia se le ha dado a la denominada **justicia informal**, precisamente porque lo que se busca con su implementación es garantizar el derecho de acceso a la justicia con una fórmula que, enmarcada dentro de la alternatividad, propicie una solución definitiva a la disputa.

4. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS M.A.S.C.

4.1. Ámbito constitucional

Como lo hemos venido afirmando, desde la perspectiva constitucional se evidencian modelos de justicia informal a la luz del contenido del artículo 116 de la Constitución Política, siendo la más clara expresión de tales modelos, el reconocimiento de las Autoridades de los Territorios Indígenas, los Jueces de Paz y, la función jurisdiccional desplegada por cuenta de los particulares, en calidad de conciliadores o árbitros.

En este sentido, a propósito del contenido del artículo 116 referenciado, se tiene que el constituyente de 1991 dejó abierta la posibilidad de que los particulares actúen como conciliadores o árbitros, habilitados por las partes para fallar en derecho o en equidad, así como el ejercicio de funciones jurisdiccionales por cuenta de las autoridades anteriormente enunciadas, estructurando de ese modo, un sistema judicial que junto con el oficial, se encargarían de la resolución de los conflictos de manera complementaria a través de institutos jurídicos que buscan la desjudicialización del conflicto y, por ello, su denominación de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Pues bien, la incorporación en nuestro sistema jurídico de los denominados mecanismos alternativos de resolución de conflictos supuso

una estrategia de descongestión para propiciar la desjudicialización del conflicto, por virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, la que define el marco en el cual se ubican los diferentes instrumentos de justicia de la comunidad, así: “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”.

Este artículo es un desarrollo del 116 en su inciso 4 de la Constitución Política que señala que adicionalmente pueden administrar justicia: “Los particulares.... 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”.

Dentro de la anterior perspectiva constitucional, Peláez (2013), afirma:

Recordemos cómo en la sentencia C-1195 de 2001, dentro de la tercera ola de justicia se menciona la necesidad de adoptar mecanismos alternos para la resolución de conflictos, de tal manera que a la par de las reformas que en materia civil se adoptaron, fueron surgiendo en nuestro ordenamiento jurídico, disposiciones orientadas a regular mecanismos alternos para dicho propósito y es así como aparecen la ley 23 de 1991, y el decreto 2651 de 1991, que incorporaron la conciliación y la amigable composición como estrategias, que sumadas al proceso arbitral que consagraba el decreto 2279 de 1989, perfilaron los tres referidos mecanismos que fueron compilados por virtud de las facultades conferidas en la ley 446 de 1998 al Ejecutivo, y que culminaron con el decreto 1818 de 1998, texto normativo que recogió las diversas normas, regulándose en consecuencia el arbitramento, la conciliación y la amigable composición, bajo la denominación de estatuto de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, fortalecido posteriormente con la ley 640 de 2001, que estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio del derecho de acción, entre otros, en materia civil, en el sentido de propiciar un intento obligatorio de arreglo, mediante la actividad que ha de desplegar el conciliador judicial en derecho, tema que será analizado más adelante. A lo anterior se sumó la Ley 497 de 1999 que creó los jueces de paz para resolver de forma alternativa los

conflictos que se suscitan en ciertos sectores de la comunidad (p. 12-13).

Con base en lo anterior, resulta viable señalar que los mecanismos alternativos de solución de conflictos encuentran su razón de ser en el hecho de que, a través de ellos, se puede garantizar el derecho de acceso a la justicia, en la medida en que contribuyen a la desjudicialización del conflicto pues trasladan la solución de éste, a un escenario diferente del proceso; medida que, correlativamente ha de contribuir a la descongestión judicial.

En este mismo orden de ideas, los artículos 8 y 13 de la ley 270 de 1996 «Estatutaria de la Administración de Justicia» disponen:

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 éstos 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:

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

Por lo tanto, la resolución alternativa de conflictos engloba el conjunto de procedimientos que permite resolver un litigio sin recurrir a la fuerza o sin la intervención del juez, siendo estos mecanismos una forma de solución de conflictos por vías diferentes a la justicia institucional, tradicional u ordinaria, que pueden enmarcarse dentro del concepto de **justicia comunitaria**, en la medida en que se acude al escenario propio de la organización social, para que sean sus propios integrantes, los llamados a promover la solución pacífica de sus diferencias, constituyendo sin lugar a dudas una expresión de civilidad, en toda su extensión.

En este orden de ideas, en la concepción del Estado social de derecho, cuyo elemento axiológico más importante es el respeto de la dignidad humana, conforme a lo previsto en el artículo 1º y que, en concordancia con el artículo 95 numeral 7 de la Constitución Política, impone a los colombianos el deber de colaboración con la administración de justicia, es claro que los mecanismos desarrollados normativamente en nuestro sistema jurídico, constituyen la más clara expresión del propósito de lograr la convivencia pacífica entre los coasociados, conforme al claro direccionamiento trazado por el artículo 2º de la norma constitucional

Las ventajas propias de la administración de justicia consensual, la cual se supone está presente en todo tipo de organización social por fuera del Estado, radica en que en la resolución de una disputa nunca haya vencedores ni vencidos, caso contrario al de la justicia formal propia del Estado, en la cual una parte siempre debe soportar el peso de la decisión cuando es adversa, lo que implica que la parte amonestada pueda mantener la tensión que dio origen al conflicto.

Pues bien, la escogencia de cualquiera de los sistemas de resolución de conflictos solo es posible cuando los derechos materia de litigio son disponibles, vale decir, por tratarse de derechos privados en que las partes son dueñas de su propia controversia, y quienes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, deben decidir la forma de resolverlo. En estos casos se puede optar por una pluralidad de posibilidades, como sería acudir a la justicia formal o a la informal según el caso; en cambio si la materia en la que se genera el litigio es indisponible, solo se puede acudir a la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, optar por la vía jurisdiccional es un modo de disponer del derecho, como consecuencia del respeto de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos disponibles, aunque también lo sería la utilización de cualquiera de los sistemas alternativos que, previstos en la ley, se tienen diseñados como una estrategia para buscar esa solución.

Dentro de ese contexto, se debe afirmar como lo hemos venido señalando que no se pretende desplazar a la jurisdicción, ni tampoco que los mecanismos alternos deban convertirse en el único medio de solución de conflictos, sino

que, en la práctica, lo que se busca es ofrecer a los ciudadanos una variedad de posibilidades de pacificación social, dependiendo de las características de cada controversia, pues como quedó demostrado al decir de la Corte, más que propiciar una descongestión judicial, lo que a la postre se busca con la instrumentación de otros mecanismos, es que se haga efectivo el derecho de acceso a la justicia.

4.2. Ámbito legal de los M.A.S.C.

Si bien existió un interesante precedente en el Código Procesal del Trabajo y en el artículo 101, incorporado por el Decreto 2282 de 1989, en el que fuera el Código de Procedimiento Civil, en relación con el tratamiento procesal de la conciliación, previo a la reforma constitucional de 1991, fue en realidad con la Ley 23 de 1991 donde se amplió la figura de la conciliación dándole autonomía e independencia y acercó la justicia al ciudadano. Si bien tuvo como objetivo descongestionar los despachos judiciales, consagró la conciliación en todas las áreas del derecho y permitió que los particulares pudieran solucionar sus conflictos sin acudir a una autoridad judicial. En este mismo sentido el Decreto 2651 de 1991 incorporó algunas normas transitorias haciendo extensiva la conciliación a otros ámbitos.

La Ley 270 de 1996, por medio de la cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, y cuya constitucionalidad fue ratificada por la Sentencia C-037 de 1996, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, precisándose en dicha normativa el alcance de la alternatividad, que permite que por ley se puedan establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados, señalándose los casos que dará lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

La Ley 446 de 1998, que desarrolló los mecanismos alternativos de solución de conflictos, definiendo la conciliación y los asuntos conciliables, tratando los temas relacionados con: centros de conciliación, conciliadores, conciliación en materia Contencioso Administrativa, Laboral, Familia y la conciliación judicial, particularmente en materia civil, así como la conciliación en equidad. También es importante el Decreto 1214 de 2000, por medio del cual el gobierno ordenó la creación de los Comités de Conciliación, conformación y funciones de los mismos.

Por su parte, la Ley 640 de 2001, reorganizó el procedimiento para aclarar algunos vacíos en la legislación y estableció un sistema más técnico en los pasos que se deben seguir en la conciliación, así como la elaboración de las actas en los casos en que se llegue a un acuerdo total o parcial y constancias en los eventos en que no se llegue a un acuerdo. Replantea que los abogados podrán conciliar en sus oficinas, y se creó el Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia, con el fin de asesorar al gobierno nacional en lo relacionado con los medios alternativos de solución de conflictos, calidades y obligaciones de los conciliadores y de los Centros de Conciliación.

El Decreto 4089 de 2007, por medio del cual se adopta el marco que fija las tarifas para los centros de conciliación, conciliadores y árbitros, y dicta disposiciones para regular el adecuado funcionamiento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje, fija a su vez, la función social de los centros de conciliación, notarios y sanciones por violación de tarifas. Tendrán gratuidad los interesados que residan en estratos 1, 2 y 3, los desplazados, los que pertenecen al Sisbén, los padres y madres cabezas de familia, los adultos mayores y las minorías étnicas, siempre y cuando la capacidad económica de estos les impida acceder a los operadores de la conciliación.

El Decreto 2897 de 2011, por medio del cual se delega al viceministro de la Justicia, para promover la creación de espacios para acciones en materia de justicia y del derecho, que involucren a la comunidad en la resolución de los conflictos mediante la utilización de los mecanismos formales y alternativos de justicia, le asignó a la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos la función de formular, coordinar, divulgar y fomentar políticas públicas para aumentar los niveles de acceso a la justicia, a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y de modelos de implementación regional y local, proponer nuevos mecanismos de métodos alternativos, proponer proyectos de ley o actos administrativos en relación con el acceso a la justicia en materia de mecanismos alternativos en coordinación con las demás direcciones y oficinas competentes.

Por su parte, en relación con el tratamiento legal del arbitramento, que también es considerado como mecanismo alternativo, se ha

dicho que la primera referencia legislativa en Colombia, se encuentra en el artículo 307 de la Ley 105 de 1890. Posteriormente la figura se reguló en el Código Judicial (Ley 105 de 1931) y en la ley 2ª de 1938, legislación recogida y compendiada simultáneamente en los Códigos de Procedimiento Civil (decreto 1400 y 2019 de 1970) y del Comercio (Decreto 410 de 1971) (Bejarano, R., 2011, p. 455).

La Ley 105 de 1931 por la cual se adoptó el Código Judicial, reguló el proceso arbitral en sus artículos 1214 a 1227; con posterioridad la ley 2ª de 1938, se encargó de crear una definición de la cláusula compromisoria como: "Aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a decisión arbitral, todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas".

En este mismo orden de ideas, el Decreto 1400 de 1970, (Código de Procedimiento Civil) lo reguló en los artículos 663 a 667, y el decreto 410 de 1971 por el cual fue expedido el Código de Comercio en los artículos 2011 a 2025, lo reguló en términos similares, en relación con las materias propias de los ámbitos de su competencia. No obstante lo anterior, no quiere decir que el arbitramento restringiera su campo de aplicación únicamente a temas comerciales y civiles dentro de la legislación nacional, ya que este trámite tiene aplicación igualmente en asuntos referentes al derecho laboral y de contratación administrativa.

Con la expedición del decreto 2279 de 1989 por medio del cual se introdujeron reformas de descongestión judicial, se le dio al arbitramento un carácter más autónomo ordenando que el mismo, tuviera una regulación independiente y propiciando la derogatoria tanto de las normas que lo regulaban en el Código de Comercio, como las del Código de Procedimiento Civil, y superando con ello la bizantina discusión de cuál de las dos normatividades tenía mayor preponderancia.

La Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991 introdujeron reformas al trámite establecido por el Decreto 2279 de 1989, imponiendo normas de obligatoria observancia en todos los procesos que se surtieran por esta cuerda procesal, las cuales presentaban una mayor dificultad para el desarrollo del procedimiento arbitral, al igual que otras reformas que implicaron en cierta medida un retroceso en el avance de la normatividad aplicable a esta materia.

Con la expedición de la Ley 446 de 1998, se logró dar una orientación a la legislación en materia de arbitramento, compilando las normas que para el efecto estaban contenidas tanto en el decreto 2279 de 1989, como en la ley 23 de 1991 y en el decreto 2651 del mismo año, efectuándose algunas modificaciones y adiciones a los artículos allí previstos y estableciendo en el artículo 166 de aquella ley, que el gobierno nacional dentro de los dos (2) meses siguientes a su expedición, debía realizar la compilación de todas las normas existentes en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, medida que se materializó en el Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998. El decreto en mención reguló el trámite arbitral para Colombia y surgió como resultado de la compilación de las normas vigentes en materia de arbitraje, las cuales fueron transcritas tal y como se encontraban originalmente redactadas, sin realizar sobre las mismas modificación alguna, conforme lo dispuso el citado artículo.

Así las cosas, con motivo de la declaratoria de inexequibilidad de que fueron objeto las normas previstas en el decreto citado, que regulaban el trámite que se surtía ante el Director del Centro de Arbitraje, por considerarse que este sujeto no formaba parte de quienes gozaban de la facultad consagrada en el artículo 116, conforme lo señaló para el efecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-1038 de 2002, se hizo necesaria la expedición de la Ley 1563 de 2012, normativa que ajustó el proceso arbitral a esas claras previsiones señaladas en el pronunciamiento en cuestión.

El fundamento legal que sin lugar a dudas brinda el mayor soporte jurídico a la institución del arbitramento es, como lo hemos venido afirmando, el artículo 116 de la Constitución, al establecer en su inciso cuarto la posibilidad de que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros, así como el artículo 8° de la ley 270 de 1996, que establece la alternatividad para la solución de conflictos.

En relación con la naturaleza jurídica de esta institución, es necesario afirmar que es de índole jurisdiccional como bien lo precisó la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-294 del 6 de julio de 1995, magistrado ponente, JORGE ARANGO MEJÍA., a propósito del análisis que

efectuó del inciso 4 previsto en el artículo 116, en los siguientes términos:

La Constitución anterior no preveía expresamente la existencia de los tribunales de arbitramento. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, al decidir demandas de inexequibilidad contra normas que regulaban el arbitramento, las declaró exequibles. En la sentencia de mayo 29 de 1969, por ejemplo, estimó que si el arbitramento es de **carácter privado**, no puede considerársele inconstitucional, toda vez que esta forma de resolver controversias de mero derecho privado, en asuntos sobre los cuales se puede transigir, no está ni expresa ni tácitamente prohibida en la Constitución.

Por el contrario, agregaba la Corte Suprema, si se piensa que el arbitramento tiene **carácter jurisdiccional** y que, por lo mismo, los árbitros son verdaderos jueces, también la institución sería exequible, porque el artículo 58 de la Constitución determinaba que «La Corte Suprema, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia». Para la Corte Suprema, los tribunales **de arbitramento** eran de los «demás tribunales y juzgados que establezca la ley» y por ello **administraban justicia**.

Pero, había además, una razón elemental para considerar constitucional el arbitramento: si ninguna norma de la Constitución prohibía renunciar a un derecho cuando la renuncia sólo afectara los intereses del titular del mismo derecho, y éste tuviera capacidad dispositiva, nada podría prohibir el que su titular confiara la suerte de ese derecho a la decisión de un tercero, es decir, del tribunal de arbitramento.

Recuérdese que el arbitramento siempre ha versado sobre asuntos susceptibles de transacción, que ocurran entre personas capaces legalmente.

Toda controversia sobre la constitucionalidad del arbitramento quedó, sin embargo, superada por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, que contempla expresamente la administración de justicia por conciliadores y árbitros, 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».

A la luz de esta norma, todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si es de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, **«en los términos que determine la ley».**

En principio, solamente puede señalarse una diferencia fundamental entre la justicia que administran los árbitros y la de los tribunales y jueces de la República a la cual se refiere el inciso primero del mismo artículo 116. Tal diferencia es ésta:

Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia, ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser **«habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad».** Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es **la voluntad de las partes** en conflicto, potencial o actual, la que **habilita** a los árbitros para actuar.

Y se dice que ésta es la diferencia fundamental, porque si los árbitros administran justicia **«en los términos que determine la ley»**, también los jueces de la República administran justicia de conformidad con la ley procesal que determina la competencia y, en general, las formas propias de cada juicio.

Señalemos, por último, que la función que se despliega en la conciliación por parte del conciliador es transitoria, tal y como en efecto lo señaló la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-222 del 17 de abril de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa, al decir, que:

Una cosa es el ejercicio permanente de la actividad jurisdiccional por los particulares, prohibida por el artículo 116 de la Constitución, y otra la posibilidad de acudir, en cualquier tiempo, ante particulares que ejerzan como conciliadores. **La**

disponibilidad de conciliadores no tiene que ver con el ejercicio permanente de la función jurisdiccional por particulares, sino que es una respuesta operativa y de efectividad del sistema para asegurar que sea posible acceder a la administración de justicia en cualquier tiempo, de donde se concluye que la transitoriedad de la función de administrar justicia como conciliador prevista en el artículo 27 de la ley 640 de 2001, se ajusta a las prescripciones del artículo 116 de la Constitución.

Por lo tanto, la disponibilidad continua de conciliadores no transforma la labor de conciliación en ejercicio permanente de funciones judiciales por particulares, y la transitoriedad surge de la autorización temporal que le confieren las partes a un particular para que actúe como conciliador y las apoye en la búsqueda de soluciones de los conflictos o certifique que fue imposible llegar a un acuerdo.” **(negrillas no originales)**

CONCLUSIONES

1º. El derecho de acceso a la justicia ha adquirido una nueva dimensión en el ámbito propio del Estado social de derecho, habida cuenta que al concebirse como un derecho fundamental, debe estar soportado en una garantía que le brinde al ciudadano la convicción necesaria de que le ha de ser resuelto sus conflictos, y ello es así, cuando el sistema judicial responde de manera pronta, cumplida y eficaz frente a la demanda de justicia, en la sociedad.

2º. En este propósito, las olas de justicia han sido concebidas como verdaderas estrategias para propiciar el acceso efectivo a la justicia, no solamente mediante la instrumentación de procedimientos expeditos en el ámbito propio de la justicia formal, sino ante todo, mediante la implementación de un modelo de **justicia informal** de carácter alternativo, que propicie la participación de la propia comunidad en la resolución de sus conflictos.

3º. En Colombia, ha sido prolifera la normativa adoptada con el propósito de instrumentar los diversos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, algunos de ellos enmarcados dentro del modelo autocompositivo, como acontece con la conciliación, la mediación y la transacción y otros, dentro del modelo heterocompositivo, como

lo es el arbitramento y la amigable composición. Pese a ello, la comunidad en general ha sido poco receptiva a esas tendencias que buscan la resolución de las disputas, sin tener que acudir al aparato jurisdiccional del Estado; cultura ésta que es propia de las sociedades proclives a la permanente judicialización del conflicto y, cuando acuden a estos - como sucede con la conciliación - es con el único propósito de agotar el requisito de procedibilidad que por mandato legal se exige.

4º. Sin lugar a dudas, la nueva realidad que se avecina en Colombia, con motivo del éxito alcanzado en el proceso de negociación de la paz logrado en la Habana con la guerrilla más antigua de Latinoamérica, ha de incidir en un cambio de la manera en que se deben afrontar los conflictos, en donde sin lugar a dudas, el dialogo constituye el bastión fundamental para superar las diferencias y es esa realidad, la que va a incidir en una nueva cultura que incentive la convivencia pacífica como una de las finalidades del Estado social de derecho, pues de suyo es claro que, al haberse logrado el Acuerdo en cuestión, frente a asuntos que parecían insalvables, es muy importante el mensaje que se le manda a la sociedad, en el sentido que “dialogar si vale la pena”.

5º. Si bien, uno de los rasgos característicos de los diversos mecanismos alternativos de resolución de conflictos es que todos están soportados en el principio de la voluntariedad, que explicado desde la autonomía que tienen las personas para regular sus actos, son ellas las que

fijan las directrices para su instrumentación, se encuentran marcadas diferencias entre los que se ubican en los modelos autocompositivos y los modelos heterocompositivos, especialmente porque en estos últimos, existen unas formalidades que deben cumplirse para llegar a ellos y es precisamente el carácter solemne que ostentan, y que por estar ligados a la teoría del negocio jurídico, hacen que su existencia dependa necesariamente de una cláusula que así los disponga, en el sentido de que si hay conflicto, deberá acudirse a cualquiera de esos dos mecanismos.

6º. Aunque es innegable el importante papel que han venido cumpliendo los Centros de Conciliación en la puesta en práctica de la conciliación, la comunidad aún no ha dimensionado la trascendencia que tendría el hecho de que las diferencias fueran superadas en el marco propio de la conciliación, pues además de propiciarse un cierre definitivo de la controversia, se evitaría tener que poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado que, en muchos casos, torna compleja la solución, no solamente por los costos, sino también por el tiempo requerido para obtener una decisión de fondo, y en se sentido, lo que la realidad ha mostrado, es que se acude a ese trámite únicamente para cumplir con la mera formalidad de agotamiento del requisito de procedibilidad para poder acceder a la justicia y por otro lado, porque en los que se logra el consenso en esa etapa previa, , suele presentarse el incumplimiento de allí pactado.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- BEJARANO, R. (2011). Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales. Bogotá: Editorial Temis, quinta edición.
- CUCARELLAGALIANA, L.A. (2015). Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- DÍAZ COLORADO, F. (2013). Conflicto, Mediación y Conciliación desde una mirada Restaurativa y Psicojurídica. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- HOYOS BOTERO, C. (2005). La conciliación – un modelo bioético hermenéutico. Primera reimpresión de la tercera edición. Bogotá: Ediciones Señal Editora,
- MARAVI, C. P. (s.f.). Teoría General del Proceso. Lima - Perú. Disponible en: <http://www.actiweb.es/carlospastormaravi/archivo1.pdf>.
- MONTES DE OCA, Alipio. (2005). Mecanismos Alternativos de solución de conflictos. 19 de marzo de 2017, de UNIFE Sitio web: http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/11.pdf
- PELÁEZ, R. A. (2013). Elementos Teóricos del Proceso –Teoría general del Proceso-Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- ----- (2014) Elementos Teóricos del Proceso –Procesos civiles parte especial. Tomo II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- ----- (2013). La Oralidad en el Sistema jurídico colombiano. Segunda edición. Bogotá: Publicación Sistema Universitario de Investigación, Universidad Autónoma de Colombia.
- SCHMIDT, W. H. y otros. (2004). Negociación y Resolución de Conflictos, Primera edición. Buenos Aires: Ediciones Deusto, Grupo Planeta.
- SOLETO, H., CARRETERO, E. y RUÍZ, C. (2013). Mediación y resolución de

Conflictos: Técnicas y Ámbitos. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos

- URY L., WILLIAM, M., BRETT, J. B. y GOLDBERG, S. (1995). Cómo Resolver Las Disputas. Edición de las Dras. I. Highton Elena. S. Álvarez Gladys y Tapia Graciela. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores y Fundación Libra.

JURISPRUDENCIA

- CONSEJO DE ESTADO. Sentencias.
- N° 25000-23-26-000-1994-09852-01(14222), Sección Tercera, de 29 de Enero de 2004. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez
- N° 05001-23-31-000-1993-0806-01(14777) Sección Tercera, de 11 de Marzo de 2004, Alier Eduardo Hernández Enríquez
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias.
- C- 279 del 15 de mayo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt
- T-1222 del 12 de diciembre de 2004 con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra.
- C-1195 del 15 de noviembre de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.
- C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro naranjo Mesa
- C-294 del 6 de julio de 1995, M, P. Jorge Arango Mejía.

NORMATIVA

- DECRETOS
- 1214 de 2000
- 171 de 1993
- 173 de 1993
- 2651 de 1991
- 2897 de 2011
- 4089 de 2007
- 1000 de 2007

LEYES

- 1563 de 2012
- 1564 de 2012
- 23 de 1991
- 270 de 1996
- 446 de 1998
- 640 de 2001

TRATADOS INTERNACIONALES

- Declaración Universal de Los Derechos Humanos, artículo 8,10 Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III) De 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos un referente más adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI). De 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, parte 2,

artículo 2 y artículo 14.

- Convenio Europeo De Derechos Humanos modificado por los protocolos #. 11 y 14 completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13, artículo 6.
- Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, adoptado mediante la Ley 16 de 1972.

WEBGRAFÍA

- <http://etimologias.dechile.net/?conflicto>
- <http://www.activeweb.es/carlospastormaravi/archivo1.pdf>
- http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/11.pdf
- <https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=acuerdo%20de%20paz%20en%20colombia%202016>