



**El papel del juez en la conciliación judicial conforme al Código General del Proceso en
Colombia**

Ana María Colorado Gómez

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor

Tania Carolina Rivera Fernández, Especialista en Derecho Procesal Civil

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia
2021

Cita	(Colorado Gómez, 2021)
Referencia	Colorado Gómez, A. M. (2021). <i>El papel del juez en la conciliación judicial conforme al Código General del Proceso en Colombia</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XIV.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

De acuerdo al esquema del proceso judicial adoptado por el Código General del Proceso, el juez ha sido investido de poderes y facultades para actuar como conciliador, teniendo como uno de sus deberes el exhortar a las contrapartes a conciliar en cualquier momento antes de dictar sentencia, incluso, de proponer fórmulas de arreglo que pueden favorecer a alguna de las partes. Este artículo pretende analizar si la imparcialidad del juez se ve afectada con ocasión de esta facultad conciliatoria, no sólo con lo anteriormente expuesto, sino también al seguir conociendo del proceso cuando la conciliación se declara fallida y que puede derivar en un prejuzgamiento al emitir su fallo. Conforme al análisis realizado, es posible que se vea afectada la imparcialidad del juez, por lo que se recomienda que sea otra persona diferente al juez, la encargada de agotar la conciliación como una etapa del proceso judicial, ya sea que el conciliador esté inscrito en un Centro de Conciliación o que se conforme una Lista de Auxiliares de la Justicia.

Palabras clave: conciliación judicial, debido proceso, MARC, imparcialidad, prejuzgamiento.

Abstract

According to the scheme of the judicial process adopted by the General Process Code, the judge has been invested with powers and faculties to act as conciliator, having as one of his duties to exhort the counterparts to conciliate at any time before passing judgment, and even to propose settlement formulas that may favor one of the parties. This article aims to analyze whether the impartiality of the judge is affected by this conciliatory power, not only with the aforementioned, but also by continuing to know the process, when the conciliation is declared failed, which may result in a prejudgment when issuing his decision. According to the analysis made, it is possible that the impartiality of the judge may be affected, so it is recommended that someone other than the judge be in charge of exhausting the conciliation as a stage of the judicial process, whether the conciliator is registered in a Conciliation Center or that a List of Auxiliary of Justice be conformed.

Keywords: ADR, due process, impartiality, judicial conciliation, prejudice.

Sumario

Introducción. 1. Conciliación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos – MARC. 1.1 Definición de los MARC. 1.2 Clasificación. 1.2.1 Métodos heterocompositivos. 1.2.2 Métodos autocompositivos. 1.3 Conciliación. 1.3.1 Definición. 1.3.2 Regulación legal. 1.3.3 Clasificación. 1.3.3.1 Conciliación extrajudicial. 1.3.3.2 Conciliación judicial. 2. Debido proceso. 2.1 Definición y regulación legal. 2.2 Principio de imparcialidad y prejuzgamiento. 3. Conciliación en el CGP. 3.1 Juez conciliador. 3.2 Críticas a la conciliación judicial. 3.3 Propuesta. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), también conocidos como “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR, de acuerdo a sus siglas en inglés) y que, para efectos prácticos, en el presente trabajo se utilizará la sigla MARC, se han entendido como: 1) una forma de apropiación de los conflictos; 2) una manera de participación de la sociedad sobre los asuntos que son de su incumbencia; y 3) una herramienta para el reconocimiento del otro. Pese a este fin altruista, es claro que su uso se ha visto influenciado por la finalidad de descongestionar el aparato judicial.

Al respecto, el legislador se ha valido de estos instrumentos para darle a los ciudadanos una solución rápida y oportuna de sus conflictos, desviando todos los intereses litigiosos de la administración de justicia, para que éstos no sigan congestionando el sistema, ya que la saturación de procesos hace que la administración de justicia pierda su credibilidad y eficacia, volviéndola inocua frente a asuntos que requieren una respuesta pronta.

Por esto, Taruffo (2009) resume esta premisa diciendo que el legislador envía un mensaje a los ciudadanos expresando que “*dado que el Estado no está en capacidad de ofrecer una tutela jurisdiccional eficiente para sus derechos, diríjanse a otro sitio -a la conciliación o al arbitraje- para resolver sus controversias*” (p. 115); idea que ha sido reafirmada por el mismo autor, en páginas subsiguientes, en las que indicó que “*la preferencia por los métodos alternativos es*

inversamente proporcional a la funcionalidad de los instrumentos procesales disponibles” (p. 131).

En este caso, el problema surge cuando estos mecanismos pierden su carácter de voluntariedad y se vuelven obligatorios, pues el legislador los consagra en primer lugar como requisito de procedibilidad para acceder a la administración de justicia, buscando así que, en la mayoría de los casos, estos conflictos no lleguen al sistema judicial y sean resueltos por las mismas partes; y, en segundo lugar, como una etapa que debe ser agotada dentro del proceso judicial.

En este sentido, el presente trabajo pretende analizar la conciliación, como una expresión de los MARC, que se desarrolla dentro del proceso judicial colombiano consagrado en el artículo 372 del Código General del Proceso -en adelante CGP-.

No obstante, la conciliación no sólo es una etapa que debe ser agotada en la audiencia inicial dentro del proceso judicial, sino que también, la legislación consagra la posibilidad de que la conciliación sea agotada en cualquier otra etapa antes de dictarse sentencia.

Así mismo, le impone la carga al juez de proponer fórmulas de arreglo para que las partes lleguen a un acuerdo. Sin embargo, el problema se agrava cuando esta conciliación fracasa y el juez debe seguir con el trámite del proceso judicial.

En virtud de lo anterior, se analizará la postura que toma el juez cuando desde la legislación, se le obliga a investirse como conciliador para que ayude a las partes a resolver sus conflictos, pues está obligado a tener un papel activo durante todo el proceso judicial, exhortando a las partes a transar sus diferencias. Conforme a lo anteriormente expuesto, se puede hacer dos críticas a esta conciliación judicial:

La primera crítica versa sobre la obligación que le impone el legislador al juez, de actuar como conciliador y de proponer fórmulas de arreglo para la conciliación entre las partes, aun cuando no está capacitado ni ha recibido formación para ello.

Debe tenerse presente que, el conciliador debe tener una serie de cualidades y aptitudes que no tiene el juez, pues éste ha sido consagrado como un administrador de justicia y no como un negociador. Igualmente, la finalidad de la conciliación es que ambas partes ganen, bajo la idea de ceder-ceder para ganar-ganar.

En este aspecto, la esencia de la conciliación es que ambas partes renuncien a una parte de su derecho que sea realmente transigible, para conciliar con el otro, por lo que los términos de “justicia” y “verdad” perseguidos en el proceso judicial, quedan relegados a un segundo plano.

De igual forma, es plausible que al instante en que el juez proponga sus fórmulas de arreglo, éstas beneficien a alguna de las partes, ya que es innegable que el funcionario desde el momento de leer la demanda y la contestación de la misma, así como la proposición de excepciones previas -si hay lugar a ello-, se forma una idea de cuál es el objeto de litigio, idea que no sólo está sujeta a lo dicho por las partes, sino que su juicio se ve permeado por su conocimiento, educación y experiencia; por lo que al momento de proponer sus fórmulas de arreglo, puede caer en la conclusión apresurada de que ésta podría ser la mejor solución para hacer “justicia”, favoreciendo a una de las partes y agraviando a la otra.

La segunda crítica va ligada al momento en que, instalada la conciliación, ninguna de las partes llega a un acuerdo, por lo que el juez debe declarar fallida la misma, teniendo la obligación de seguir adelante con el trámite. Aquí el reproche se hace en el entendido de que, en la conciliación se ventilan muchos temas e incluso problemas que no son parte del conflicto como tal, pero que sí son transversales a la situación.

En este sentido, ¿sería posible garantizar la imparcialidad del juez en el trámite siguiente y su consecuente decisión, cuando vivió en carne propia ese intento conciliatorio que le brindó una información que es importante, pero que no es relevante jurídicamente para la litis?

En virtud de lo anterior, las situaciones planteadas dan cuenta de que puede configurarse una vulneración al principio de imparcialidad, cuando el juez asume una postura de conciliador dentro del proceso judicial, para la cual no está capacitado y que puede derivar en un prejuizamiento que está proscrito desde la Constitución Política.

Desde esta perspectiva, se defiende la idea de que, para evitar una posible configuración de vulneración al principio de imparcialidad, la conciliación judicial debe ser presidida por otra figura diferente al juez, ya que: 1) éste está consagrado como un administrador de justicia y no tiene calidad de “conciliador”, debido a que no tiene una formación en el tratamiento de conflictos y, por ende, no está capacitado para ejercer esa labor conciliatoria; 2) se le exige proponer fórmulas de arreglo que pueden beneficiar a alguna de las partes; y 3) se le da la tarea de continuar con el proceso judicial, cuando la misma conciliación se declara fallida, a costa del debido proceso y de las garantías procesales que tienen las partes, como es su derecho a un juez neutral e imparcial.

En este sentido, para analizar la problemática planteada, se hizo una búsqueda en las bases de datos, tales como Google Académico, Dialnet, SciELO y Redalyc, utilizando las categorías de análisis de “MARC”, “juez conciliador”, “conciliación judicial en el CGP”, “debido proceso”,

“principio de imparcialidad” y el concepto de “prejuzgamiento” y se encontró una crítica a la conciliación judicial realizada por los autores Raquel Castillejo Manzanares (2007) y Michele Taruffo (2009), quienes ya habían propuesto una solución denominada “*court-annexed mediation*”, previendo la posibilidad de que en este proceso conciliatorio la imparcialidad del juez se viera afectada, por lo que era necesario que el juez remitiera a las partes ante un conciliador diferente.

Así mismo, se buscó jurisprudencia del Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, encontrando bastantes pronunciamientos sobre los “MARC”, “debido proceso” y “principio de imparcialidad”. Sin embargo, frente a la categoría de análisis de “conciliación judicial”, a pesar de que la misma ha sido definida por ellas, ninguna jurisprudencia la problematiza y/o encuentra reparos sobre el juez en su calidad de conciliador.

No obstante, en la sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional hace una revisión de todos los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el derecho comparado, encontrando que en los sistemas híbridos de negociación asistida (una mezcla entre el sistema autocompositivo y heterocompositivo), existe un mecanismo denominado “arreglo judicial negociado”, instrumento que va en la misma línea de la propuesta dada por Taruffo y Castillejo.

En este sentido, se propone para el agotamiento de la etapa de conciliación, la presencia de otra persona diferente al juez de la causa, capacitado y formado en este mecanismo alternativo, quien no pueda tener injerencia en la decisión, en caso de que la conciliación fracase por la ausencia de un acuerdo entre las partes y quien deberá remitir el expediente al juez de conocimiento para que dicte sentencia.

Por tal motivo, se propone que la etapa de conciliación regulada en el artículo 372 del CGP, se adelante ante una persona diferente al juez que está tramitando del proceso, quien sí tenga una formación en los MARC y no simplemente de administrador de justicia, una persona que esté capacitada en el tratamiento de conflictos y que no sólo se limite a fallar en derecho y sobre todo, una persona que al estar presente en la audiencia de conciliación y declarar fallida la etapa, no pueda utilizar ese conocimiento adquirido a la hora de dictar el fallo, lo que posiblemente ocurriría con el juez.

En este caso, instalada la audiencia inicial para el agotamiento de la conciliación, el juez abandonará la reunión y dejará que sea esta persona junto con las contrapartes quienes participen

de esta audiencia; así una vez aprobada las fórmulas de arreglo por las partes, se terminará el proceso dejando constancia de lo allí acordado; por el contrario, si las partes no llegan a un acuerdo, esta persona declarará fallida la conciliación e informará de esto al juez de conocimiento para que continúe con el proceso judicial.

Para ello se recomienda que sean los conciliadores, a quienes se les exige tal preparación, apoyando así a la Rama Judicial en la celebración de las audiencias conciliación consagradas en el CGP; por lo que se deberá celebrar convenios con los Centros de Conciliación; o en su defecto, crear una Lista de Auxiliares de la Justicia, para que sean los mismos conciliadores los interesados en prestar este servicio.

Lo anterior, porque si es el mismo juez que está llevando el proceso, quien conoce de la conciliación, se podría violar las garantías procesales. Al respecto, es imposible prohibirle y decirle al juez que no falle según lo oído en la audiencia de conciliación, que lo que se dijo no podrá ser base material para su sentido de fallo y que obviamente, su imparcialidad no se verá afectada.

1. Conciliación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos – MARC

1.1 Definición de los MARC

Los MARC han sido definidos como procesos diferentes y alternos al ya conocido “proceso judicial”, que permiten la resolución de conflictos desde lo acordado por las partes involucradas, sin una intervención de la justicia estatal y que buscan una solución eficiente y válida que tenga plenos efectos legales ante el Estado. Respectivamente, el autor Luis Octavio Vado Grajales (2011) indica que:

La noción de los medios alternativos de resolución de conflictos rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio), y que, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en la que el proceso judicial es una más, pero ni la única ni la más recomendable siempre. (p. 376)

En virtud de lo anterior, los MARC son mecanismos alternos al proceso judicial que le permiten a los ciudadanos resolver sus propios conflictos de manera ágil, flexible y eficiente y que, como consecuencia de ello, permiten la realización de los valores y principios de un Estado Social de Derecho, tales como la armonía, la convivencia, la paz, el orden justo y la tranquilidad, sin la necesidad de una intervención por parte del Estado.

De igual forma, como lo ha indicado Peláez (2017, p. 279) los mecanismos también se han entendido como una forma de garantizar la tutela judicial efectiva (el derecho del acceso a la justicia), consagrado en la Constitución Política y que ha significado la reivindicación de los derechos de los ciudadanos de obtener una respuesta oportuna y eficiente a sus conflictos sin tener que acudir a la jurisdicción.

Sin embargo, éstos han sido utilizados con un fin distinto al ya anteriormente enunciado y es que, en la imposibilidad del legislador de crear procesos justos y eficaces, se ve en la necesidad de redirigir los conflictos a otros mecanismos que tengan equivalencia jurisdiccional, como son el arbitraje y la conciliación, para que allí sean resueltos los conflictos y no remitan para su trámite ante el ya congestionado sistema judicial.

De esta forma, la Corte Constitucional ya reconocía el papel que iban a jugar los MARC dentro de la justicia colombiana, pues en la sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimir Naranjo, ya se estaba hablando sobre los beneficios y ventajas que habían traído los MARC para la descongestión de la administración de justicia:

Se trata, pues, de la implementación de las denominadas “alternativas para la resolución de los conflictos”, con las cuales se evita a las partes poner en movimiento el aparato judicial del país y se busca, asimismo, que a través de instituciones como la transacción, el desistimiento, la conciliación, el arbitramento, entre otras, los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias.

Sin embargo, Taruffo (2009, pp. 132-137), siendo crítico de esta oleada de mecanismos alternativos en aquellos sistemas judiciales que son inocuos u obsoletos, se enlaza en un estudio sobre las desventajas de los MARC, haciendo especial referencia a la conciliación y al arbitraje.

No obstante, antes de hacer un análisis sobre la crítica que hace el autor sobre las desventajas de estos mecanismos, es imperioso precisar que Taruffo en muchos casos utiliza como

sinónimos la “mediación” y la “conciliación”, imprecisión que él mismo reconoce como impropia y perjudicial, ya que los dos mecanismos a pesar de tener un fin en común, no comparten la misma metodología, como es la participación del tercero imparcial en el respectivo mecanismo; pero dejando a un lado el problema epistemológico de la mediación-conciliación, la crítica se puede resumir en las siguientes anotaciones:

1) Los MARC son incapaces de tutelar efectivamente los derechos, ya que al optar por la conciliación se debe renunciar a unos ciertos derechos y prestar atención a aquellos intereses que sí son susceptibles de llegar a un acuerdo.

2) Éstos no ayudan a reducir la desigualdad entre las partes, ya que siempre habrá una más fuerte que quiera imponer su solución, lo que implica una desprotección a la parte débil de la relación y sus derechos.

3) La violación de los derechos fundamentales no son susceptibles de conciliarse y menos de valorarse económicamente, ya que no son convertibles en dinero, lo que puede darse en el desarrollo de uno de estos mecanismos.

4) Mientras que el acceso a la administración de justicia en principio, es gratuito, ocurre lo contrario con los MARC, ya que éstos implican una erogación, pues hay que pagar por ellos, los cuales son en varios casos, costosos.

5) Los MARC ya no son voluntarios, sino por el contrario han sido regulados exhaustivamente por el legislador, dejando aparte el principio de la autonomía de la voluntad privada.

En Colombia, debido a la crisis de la justicia en su sistema judicial y a la desconfianza creciente del ciudadano, la propuesta de unos mecanismos que eran alternativos al proceso judicial, era atractiva, pues le daba la posibilidad a las partes intervinientes del conflicto de acceder a la administración de justicia rápida por otro lado; propuesta que en la actualidad deriva en un reconocimiento a la conciliación, mediación, arbitraje, justicia comunitaria, como claras expresiones de mecanismos alternos que sirven para la resolución de conflictos.

1.2 Clasificación

Los mecanismos como forma de acceder a la administración de justicia, se diferencian en la injerencia o participación que puede llegar a tener el tercero en la resolución del conflicto. Al

respecto, en la autocomposición se permite que sean las partes quienes dialoguen y resuelvan sus propios conflictos, mediante las fórmulas de arreglo que ellos mismos proponen, a pesar de que sean asistidas o no por un tercero; mientras que en los mecanismos heterocompositivos, las partes dejan este poder decisorio a un tercero, quien será el director del proceso en la resolución de conflictos y ayudará a encontrar y en muchos casos, impondrá, la solución al problema.

1.2.1 Métodos heterocompositivos

Los mecanismos heterocompositivos hacen referencia a los métodos en los cuales las partes someten su conflicto a un tercero, que debe ser neutral e imparcial y será éste quien brinde la solución a la controversia, por lo que la autonomía de la voluntad de las partes termina en el momento de escoger el método para resolver la controversia, pues a partir de allí, su participación para decidir es casi nula. A esto se le ha denominado intervención inquisitiva, ya que es el tercero quien maneja completamente el proceso.

En este sentido, se hace un reconocimiento de un tercero que está cualificado tanto para el manejo del conflicto como de la materia del mismo, para resolverlo, teniendo presente que su decisión goza de la condición de ser cosa juzgada. En esta clasificación se encuentran la justicia estatal y el arbitraje.

1.2.2 Métodos autocompositivos

Según la Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional indicó que la autocomposición está fundamentada en el principio de la voluntad de las partes, mediante un sistema dispositivo.

Por tal motivo, los métodos autocompositivos están definidos por aquellos mecanismos en los cuales son las partes quienes solucionan los conflictos, ya sea de manera directa o asistidos por un tercero que aparte de ser neutral, ayuda y permite el diálogo, con la finalidad de buscar una solución; es decir, que las partes de forma pacífica y civilizada se sientan a dialogar y ponen fin a sus problemas.

En esta clasificación se encuentran los mecanismos de mediación, amigable composición, negociación y conciliación, siendo esta última la que nos interesa.

1.3 Conciliación

1.3.1 Definición

De acuerdo al artículo 64 de la Ley 446 de 1998, el cual remite al artículo 1° del Decreto 1818 de 1998, la conciliación es *“un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”*.

De igual manera, la conciliación ha sido definida como un mecanismo que supone *“la intervención no decisoria de un tercero dentro del proceso de búsqueda de soluciones para las diferencias existentes entre las partes, y se constituye en un medio de acceso a la justicia”* (Varón, 2002, p. 102).

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la conciliación, como son en las sentencias C-160 del 17 de marzo de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-598 del 10 de agosto de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-404 del 3 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sin embargo, Céspedes (2011, p. 128) indica que la sentencia hito sobre la conciliación es la Sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la cual consagró que este mecanismo ha sido entendido como una forma de participación de la sociedad en los asuntos que le conciernen, generando espacios de intervención democrática dentro de la comunidad para la integración social.

Por consiguiente, la conciliación ha sido entendida como un mecanismo autocompositivo, en el cual las partes son quienes por su propia voluntad buscan solucionar su conflicto, aunque en este caso lo hacen con ayuda de un tercero que es neutral y calificado, denominado conciliador y quien facilita el diálogo y promueve fórmulas de arreglo, que las partes pueden aceptar o rechazar para la resolución del pleito. En este caso, quienes administran justicia son las mismas partes y no el tercero.

En este sentido, el conciliador no tiene la facultad para decidir sobre el conflicto, por lo que las partes son las encargadas o las llamadas a construir la solución, teniendo como resultado un proceso social que busca cambiar la actitud que el ciudadano tiene frente al conflicto, es decir, una

apropiación del problema y un fortalecimiento de la autonomía en cuanto al poder de disposición y de decisión.

En consecuencia, la conciliación está caracterizada por: 1) tener un reconocimiento constitucional, en los artículos 116, 228 y 229 de la Constitución Política de Colombia y una vasta regulación legal; 2) garantizar que las partes tienen la capacidad de decisión y/o disposición sobre sus derechos; 3) permitir o facilitar la participación de la comunidad en la solución de conflictos, al ser un medio alternativo para acceder a la justicia; 4) en principio, ser voluntario, pues a pesar de que se ha vuelto un requisito de procedibilidad antes de acceder a la jurisdicción o se ha impuesto como una etapa que debe agotarse en el proceso judicial, es decisión de las partes si celebran acuerdos y en qué sentido, por lo que no hay una sanción por no querer o no haber conciliado; 5) permitir un trámite flexible, en el cual no hay un procedimiento rígido que sacrifique los derechos fundamentales; 6) los acuerdos que se celebren como consecuencia de una conciliación, prestarán mérito ejecutivo y harán tránsito a cosa juzgada; y 7) usar la conciliación, permitirá soluciones rápidas que son producto de un acercamiento entre las partes, las cuales decidieron qué era lo más beneficioso. Concluyen los autores Meza, Arrieta y Noli (2018) lo siguiente:

Se considera entonces que la conciliación, más que un método alternativo y/o complementario de solución de conflictos, es un método de autocomposición de controversias; más que una actividad preventiva o resolutive de la acción judicial iniciada o por iniciar, promueve la convivencia pacífica y el orden justo al propiciar un acuerdo negociado entre las partes sobre asuntos de controversias transigibles, desistibles y conciliables, con la intervención de un tercero imparcial denominado conciliador, quien está investido de jurisdicción de manera transitoria. (p. 195)

1.3.2 Regulación legal

Como se indicó anteriormente, este mecanismo tiene un reconocimiento en la norma superior en el artículo 116 inciso 4°, que consagró lo siguiente:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de

árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Sin embargo, para Varón (2002, p. 104) la conciliación ya tenía su fundamento en el Código Civil, de acuerdo a los artículos 15 y 1603 de la norma citada, al indicar que se les permitía a los sujetos renunciar a sus derechos, siempre y cuando esta renuncia no estuviera prohibida. Ahora bien, con la promulgación de la norma constitucional se pretendía que los MARC dejaran de ser considerados como simples instrumentos para descongestionar al sistema judicial, para convertirse en verdaderas herramientas para el acceso a la justicia, los cuales complementarían la justicia estatal.

Sin embargo, la expedición de las primeras leyes que se dieron con la vigencia de la Constitución de 1991, evidencian aún el sesgo o la concepción que se tenía para ese momento, al creer que la conciliación sólo servía para descongestionar, ejemplo de ello fue la Ley 23 de 1991, la cual creó los mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, con la finalidad de mejorar la eficacia y eficiencia en la administración de justicia; teniendo como objetivo secundario que la comunidad se apropiara de sus conflictos y fueran capaces de resolverlos sin intervención del Estado. Ésta consagró la conciliación en todas las áreas del derecho y permitió que los ciudadanos pudieran acceder a la solución de sus conflictos sin necesidad de la intervención de una autoridad estatal.

Con la Ley 446 de 1998 se reconoció la importancia de la conciliación, como una clasificación de los MARC, la cual tenía la capacidad de efectivizar la justicia, por lo que se expidió el Decreto 1818 de 1998, también conocido como Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, en el cual se compiló todo lo relacionado con estos mecanismos.

Finalmente, se encuentra la Ley 640 de 2001, donde el legislador fortaleció la figura de la conciliación, en cuanto a las clases de conciliación (extrajudicial y judicial) en las diferentes áreas del derecho, el contenido de las actas de conciliación cuando hubiese acuerdo y las constancias en caso de no haber acuerdo entre las partes. Así mismo, la norma indicó qué personas tendrían esa calidad, previa inscripción y capacitación en un Centro de Conciliación, el cual estuviera autorizado y vigilado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, siendo estas instituciones también reguladas en la normatividad respectiva.

1.3.3 Clasificación

La conciliación puede celebrarse de dos formas, de acuerdo a la sentencia C-893 del 2001: 1) por fuera del proceso, denominado conciliación extrajudicial, y que en muchos casos se relaciona o se entiende como el agotamiento del requisito de procedibilidad; o 2) dentro del proceso, como una etapa que el juez debe agotar en la audiencia inicial o en cualquier otra etapa antes de dictarse el fallo, al cual se le conoce como conciliación judicial.

1.3.3.1 Conciliación extrajudicial. Ésta se desarrolla por fuera de un proceso judicial, realizándose ante personas diferentes a un juez, la cual puede ser en derecho o en equidad. La conciliación extrajudicial en derecho es la que se adelanta ante un conciliador inscrito en un Centro de Conciliación, ante un notario y ante un servidor público en cumplimiento de las funciones de conciliación asignadas.

Por el contrario, la conciliación extrajudicial en equidad se efectúa ante un conciliador en equidad, es decir un líder que hace parte de una comunidad y que fue designado como tal. Patiño (2005) indica que la finalidad de este tipo de conciliación es *“servir de filtro jurídico, de tal manera que a los jueces solamente lleguen los conflictos en los cuales definitivamente no haya sido posible obtenerse un arreglo”* (p. 30).

1.3.3.2 Conciliación judicial. Ésta se lleva a cabo dentro de un proceso judicial en la oportunidad señalada en el Código Procesal y conforme a las técnicas o reglas especiales que se establecieron para el desarrollo de la misma. En virtud de lo anterior, *“la conciliación va precedida por el juez que ha conocido del proceso”* (Sepúlveda, 2015, p. 76).

Por consiguiente, la conciliación podrá darse: 1) en la audiencia inicial del proceso verbal; 2) en la audiencia única del proceso verbal sumario; 3) a solicitud de alguna de las partes; y 4) adelantada por el juez que conoce del proceso cuando verifique que las partes tienen ánimo conciliatorio, pues como se ha indicado, la conciliación puede celebrarse en cualquier etapa del proceso judicial antes de dictarse sentencia. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-902 del 7 de septiembre de 2008, M.P. Nilson Pinilla, la definió como:

Un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada.

De igual forma, Taruffo (2009) indicó que los MARC ya permeaban el proceso judicial, adoptándolo como una de las etapas que se deben surtir allí; de acuerdo con lo siguiente:

Existen varias maneras de utilizar las técnicas de mediación y arbitraje, incluso en el interior del proceso, en todos los casos en los que puedan resultar más funcionales para la solución de la controversia que el desarrollo completo del proceso destinado a concluirse con una sentencia. (...) aligerar la carga de trabajo de los jueces, y a favorecer la rápida obtención de soluciones aceptadas por las partes; y del otro lado, permite a la voluntad de las mismas partes manifestarse en un contexto regulado por la ley y controlado por el juez. (p. 126)

Es decir que, la conciliación judicial busca la solución del problema previo a que el juez emita una sentencia, por lo que es una forma especial de concluir el proceso judicial, en el que el conciliador no será uno adscrito a un Centro de Conciliación, sino que será el mismo juez.

Respectivamente, el tercero “imparcial” que dirige esta conciliación judicial es principalmente el juez que está conociendo del asunto; éste está facultado para proponer fórmulas de arreglo e igualmente, tiene competencia para homologar o convalidar el acuerdo de las partes, teniendo la sentencia que acepta el acta de conciliación, carácter de cosa juzgada. Taruffo (2009) vuelve a desarrollar esta idea de una conciliación dentro del proceso, diciendo que:

La eventualidad de que se alcance un acuerdo conciliatorio en el curso del proceso es bastante común: en muchos ordenamientos, en efecto, se atribuye al juez la tarea de intentar la conciliación entre las partes: si el intento tiene éxito, el acuerdo entre las partes pone fin al proceso y resuelve la controversia. (p. 123)

Ahora bien, al estar dentro del proceso judicial, la conciliación no puede ser pretermitida por las partes ni por el juez, por lo que al no agotarse, se puede generar una irregularidad procesal que deviene en una nulidad (Lezcano, 2006, p. 82).

2. Debido proceso

2.1 Definición y regulación legal

El debido proceso es un derecho fundamental que la misma Constitución de 1991 consagró en su artículo 29. Al respecto, el autor Martín Agudelo Ramírez (2004, p. 92) indica que el debido proceso es un derecho fundamental que tienen las personas para participar de procesos que son dirigidos por personas con unas calidades especiales, que buscan garantizar ciertas situaciones con base en la igualdad y el respeto por las normas ya preestablecidas.

Esta idea es reforzada por el autor Alvarado Velloso (2014, p. 232) quien expresa que el debido proceso implica: 1) el derecho a la jurisdicción, el cual es irrenunciable e imprescriptible; 2) la determinación previa del lugar del juicio; 3) el derecho a que el proceso tenga establecido un procedimiento que sea eficaz y sin dilaciones injustificadas; 4) posibilidad de asistir con defensa técnica, entre otros; concluyendo Alvarado Velloso (2014) que, si se intentara definir técnicamente al debido proceso podría decirse que:

...es aquel que se adecúa plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). (pp. 233-234).

Esta idea que fue reafirmada en su momento por Agudelo Ramírez (2004), quien expresó que “*es el derecho que posibilita que los procedimientos sean equitativos y que estén dirigidos a la protección de los derechos en un plazo razonable*” (p. 100).

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia bajo radicado N° ATC1079-2020, M.P. Luis Alonso Rico Puerta, indicó que el debido proceso como principio de cualquier actuación jurisdiccional, comprende una serie de requisitos que, al ser observados en su totalidad, justifica y

legitima el poder estatal de juzgar los conflictos de los ciudadanos. De esta forma, el debido proceso tiene dos garantías que son: la legalidad de la audiencia y legalidad del juez. En cuanto a la primera garantía, que está dirigida a la audiencia, se indica que el procedimiento establecido debe tener unos parámetros mínimos que posibiliten el derecho de contradicción, para que se emita una sentencia justa y en derecho (Agudelo, 2004, p. 96). En cuanto a la segunda garantía, ésta está dirigida al director del proceso jurisdiccional y hace referencia a las características que debe tener un juez para que respete las garantías procesales y, por ende, los derechos fundamentales. De esta forma, Agudelo (2004) informa que la primera de las garantías frente a la legalidad del juez es el “*derecho fundamental al juez director, exclusivo, natural o competente, independiente e imparcial*” (p. 92).

2.2 Principio de imparcialidad y prejuzgamiento

La imparcialidad ha sido entendida como la ausencia de interés privado o personal del juez en el resultado del proceso, o como lo indica Agudelo Ramírez (2004):

Imparcialidad es la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa, toda vez que el referido director no debe tener interés en una u otra solución de la controversia que debe resolver (sic) El juez juzga en nombre del pueblo y no de la mayoría, contando con la confianza de los sujetos concretos que juzga (sic) Ferrajoli afirma que el juez no debe tener interés personal, ni público o institucional. (p. 94)

De igual forma, la Corte Constitucional ha dicho que la imparcialidad judicial como garantía que se deriva del debido proceso, es una característica que va de la mano con la objetividad y la neutralidad y que se define como esa ausencia o rechazo de influencias, prejuicios o intereses que llevan al juez a tratar de beneficiar a una de las partes y la acción de tomar una decisión justa y racional.

Lo anterior tiene su base en la Sentencia C-762 del 29 de octubre de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, donde la Corte Constitucional explicó que la imparcialidad tiene una dimensión objetiva y subjetiva. Al respecto, la imparcialidad objetiva es la que:

...exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. (...) Mientras que la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer.

Sin embargo, Alvarado Velloso (2014, p. 222) indica que esta garantía tiene 3 aristas: 1) el juez no puede ser parte (imparcialidad); 2) el juez debe carecer de un interés subjetivo frente al desarrollo del objeto del litigio (imparcialidad); y 3) el juez debe actuar sin subordinación o injerencia por parte de terceros (independencia). Añade además que, la ausencia de un interés subjetivo por parte del juez se debe entender más allá: 1) carencia de prejuicios o sesgos respecto de la litis y las partes intervinientes; 2) no identificación con ideologías, en especial políticas y religiosas; 3) ajenidad a relaciones de amistad o parentesco y/o de odio o rencor con las partes; y 4) evitar involucrarse en el objeto de litigio.

En este sentido, la imparcialidad como garantía que se deriva del debido proceso, es una característica que va de la mano con la objetividad y la neutralidad y que se define como esa ausencia o rechazo de influencias, prejuicios o intereses que lo lleven a tratar de beneficiar a una de las partes y la acción de tomar una decisión justa y racional.

De igual manera, según Escobar-Martínez (2009, p. 188) no es un verdadero juez quien no es imparcial, ya que de acuerdo a la concepción de un proceso judicial justo, se reclama ante la figura del juez, una neutralidad, que en reflejo de una decisión, se verifique que no esté contaminada de prejuicios o convicciones personales, pues el uso de estos conceptos como herramientas para decidir, constituyen arbitrariedades, las cuales no están obligados a soportar quienes buscan una solución justa a su conflicto; concluyendo así la autora Escobar-Martínez (2009) que:

La imparcialidad quiere decir desinterés y neutralidad; consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez, finalidad a la que atiende todo un sistema de incompatibilidades y prohibiciones, de recusaciones y abstenciones, es decir, que la imparcialidad, el desinterés y la neutralidad se dan en relación con la decisión misma, lo

cual no significa que la decisión sea objetiva, sigue siendo subjetiva, pero dentro del marco jurídico existente. (p. 188)

Por tal motivo, el autor Colmenero (2006, p. 722) expresó que la imparcialidad judicial constituye el paso necesario para que haya un juicio justo, pues de no ser así, se desnaturalizaría la función jurisdiccional. En igual sentido, el autor Picado Vargas (2014, p. 38) ha indicado que la importancia de la imparcialidad radica en la creencia que tienen las partes de que, al ser un juez neutral e imparcial, la resolución del conflicto será justa pues respetará los derechos de las partes y las garantías del debido proceso.

En cuanto al concepto de prejujuicio, éste es entendido como un juicio, comentario u opinión que hace entrever a las partes de la decisión final que tomará el juez antes de dictar una sentencia, es decir, la existencia de una interpretación subjetiva que aún no se ha materializado pero que influirá en la decisión que tome el juez. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, bajo radicado N° ATC1079-2020, indicó que el prejujuicio consiste en la existencia de un conflicto judicial concreto –y no una causa futura-, en el que el magistrado ya haya tenido un acercamiento previo de los hechos, ya sea conociéndolos o suponiéndolos y que serían base para su eventual decisión, porque se ha emitido una opinión sobre la cuestión de fondo a decidir al tratar de conciliar o acordar con las partes un arreglo, de manera que comprometa o anticipe de manera inequívoca el resultado del pleito.

3. Conciliación judicial en el CGP

Para el caso colombiano, la conciliación judicial está consagrada como una etapa obligatoria en el numeral 6° del artículo 372 del CGP, de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 372. Audiencia inicial. *El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:*

(...)

6. Conciliación. Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento. (Subrayado fuera del texto)

En este sentido, dentro de la audiencia inicial del proceso judicial, el juez presidirá una conciliación en la cual exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, previendo la norma que esto no significará prejuzgamiento. El autor Pereira (1996, p. 188) añade que esta calidad de actuar como amigable componedor, no le produce una inhabilidad para seguir conociendo del conflicto ni mucho menos, que las opiniones o conclusiones que se derivan de las propuestas por él formuladas, se entiendan como una afectación a su neutralidad; premisa que se revisará más adelante.

Ahora bien, la consagración de la audiencia de conciliación como una de las etapas iniciales, tiene como finalidad que no continúe el trámite procesal, por lo que la norma obliga al juez para que haga una invitación conciliatoria en todo momento, buscando así que por medio de la conciliación haya una terminación anticipada del proceso judicial. Al respecto, la conciliación dentro del proceso judicial, de acuerdo al CGP, fue estudiada por el autor Macías González (2020) quien indicó que el modelo colombiano había adoptado este mecanismo para la efectivización de la justicia, así:

En esto, el CGP establece que el juez es el principal promotor de la conciliación, por cuanto debe proponer con regularidad fórmulas de arreglo; además, exhortar a las partes para que concilien sus diferencias y evitar así el desgaste del aparato judicial y, en la medida en que se logre, habrá una reducción de costos y producción de respuesta judicial pronta sin necesidad de agotar todas las etapas del juicio. (p. 113)

En ese marco, la conciliación está diseñada estratégicamente en la audiencia inicial con el fin de terminar el proceso en el menor tiempo posible y evitar así, el gasto de recursos y tiempo que pueden emplearse en otro proceso. Por eso, es que al juez se le impone la ardua tarea de proponer fórmulas de arreglo para que las partes una vez estudiadas, puedan acogerse a ellas:

La audiencia inicial es una pieza clave en el proceso civil contemporáneo permeado por los objetivos de la justicia eficiente, por ello, el primer acto del juez es promover la conciliación como forma principal de resolver el conflicto, pues no obstante se esté en una instancia judicial, el proceso por audiencias busca que el pleito se agote lo más pronto posible y vigoriza la resolución consensuada dentro de las etapas judiciales. (Macías, 2020, p. 127)

Por su parte, el autor Castaño García (1991, p. 76) indica que el papel del juez es tan activo, que éste debe darles argumentos sólidos a las partes, informándoles los beneficios de celebrar una conciliación, ahorrando tiempo y costos que se pueden generar en el transcurso del proceso judicial. Sin embargo, es necesario analizar el papel que tiene el juez en la etapa de conciliación dentro del proceso judicial y si esta consagración vulnera o no las garantías procesales de las partes.

3.1 Críticas a la conciliación judicial

Como se ha venido sosteniendo, es posible que en la conciliación judicial se pueda vulnerar el principio de imparcialidad, como garantía del debido proceso, cuando desde el CGP se le impone al juez el deber de proponer fórmulas de arreglo para que las partes lleguen a un acuerdo, generando así un riesgo de que el juez al momento de proponer se incline por alguna de las partes para beneficiarla.

En el CGP, el juez, en lugar de desempeñar el papel de juzgador imparcial del conflicto entre las partes, funge de conciliador tratando de que estas lleguen a un acuerdo consensuado en el que dispongan de los derechos en disputa sin necesidad de una sentencia. (Macías, 2020, p. 143)

Este riesgo también puede observarse cuando el asunto no es conciliado en la etapa destinada para ello y continúa el trámite, afectando así el derecho al debido proceso, ya que el juez tuvo conocimiento de situaciones que a pesar de no ser objeto de la litis, si permean el conflicto. En este caso, se podría evidenciar un prejuizgamiento judicial, pues ya el juez tiene un conocimiento previo y privado de la situación al momento de fallar.

En este caso, el juez al ser un conciliador conocerá de otros temas que no tienen que ver en el litigio y tendrá un conocimiento previo al momento de fallar, por lo que podría ocasionar en muchos casos, la afectación de la imparcialidad, que se verá reflejado en la parte motiva y resolutoria de la sentencia. Según Alvarado Velloso (2014) el juez *“debe ser conciliador de las partes litigantes en un sinnúmero de asuntos justiciables y, algunas veces, mediador entre ellas, proponiendo fórmulas de avenimiento al efecto”* (p. 211).

De acuerdo con lo analizado, se entendería que el juez y el conciliador tienen como similitud que ambos administran justicia, como se indicó en el artículo 116 de la Constitución Política; sin embargo, para la Corte Constitucional en la Sentencia C-1195 del 15 de 2001, esta administración de justicia por parte del conciliador no es en la misma forma como se ha entendido la justicia administrada por el juez, toda vez que el conciliador no resuelve el conflicto y por tanto, no determina el derecho para el caso concreto a favor de una de las partes, condiciones *sine qua non* del juez.

Así mismo, debe tenerse presente que el conciliador no tiene poder jurisdiccional si las partes no concilian sus diferencias y llegan a un acuerdo, por lo que el papel del conciliador sólo se limitará a declarar una conciliación fallida (Céspedes, 2011, p. 124). Por su parte, Vallejo (2008) expresó que *“más que desarrollar un acto jurisdiccional asume un papel de buen componedor, de pacificador”* (p. 77).

De igual forma, se observa que el juez no ha tenido una preparación académica en la resolución de conflictos o de los MARC, pues este curso no se le exige para que se desempeñe como funcionario judicial; por lo que Allende Pérez de Arce (2019) indica que el juez aún no está facultado para fungir como conciliador, pues no está capacitado por el sistema judicial ni cumple con las aptitudes y habilidades que se requieren para llevar a cabo estos procedimientos, por lo que expresa la necesidad de que los jueces se capaciten en el arte de la conciliación, de acuerdo a lo siguiente:

Si bien tanto la conciliación como la sentencia tienen por objeto resolver disputas entre partes, las habilidades que se requieren para una y otra son distintas. Por ejemplo, al explorar y proponer bases de arreglo, el juez debe ser cuidadoso de no emitir prejuicios, de no generar expectativas falsas o inadecuadas entre las partes, de no delatar una preferencia o debilidad que pueda ser aprovechada a futuro por alguna de las

partes en caso de fallar la conciliación, entre otras exigencias. Hay que asumir que fallar una causa no es lo mismo que intentar el arreglo de la misma –requieren habilidades distintas– y por tanto la capacitación en el rubro es imperiosa. (pp. 264-265)

Igualmente, debe tenerse en cuenta que para que el juez pueda proponer las fórmulas de arreglo, primero deberá haber estudiado la demanda, la contestación de la demanda, las excepciones previas, de mérito y el pronunciamiento frente a esas excepciones, así como todas las pruebas que ya obren en el expediente, por lo que su fórmula ya está permeada con lo que él considera que es lo más justo o conveniente y que en muchos casos, deja entrever cómo será su sentencia (Castaño, 1991, p. 76).

Ahora bien, es claro que la imparcialidad como tal nunca ha existido y la neutralidad no puede ser una característica absoluta del juez, pues éste siempre estará permeado de su conocimiento y experiencia; sin embargo, se le exige que dentro de los límites permitidos, sus fallos no sean influenciados por causas ajenas que no guardan relación con el mundo del derecho.

Al respecto, el abogado y mediador Fariña (2015, p. 4) ha indicado que las personas que tienen relación con la conciliación y/o mediación, sean abogados, jueces, mediadores o conciliadores no son inmunes a lo que los rodea pero que buscan que sus intervenciones estén marcadas por la imparcialidad y neutralidad. En virtud de lo anterior, se entiende que con ocasión de la carga que se le impone al juez de adelantar una audiencia de conciliación al principio del proceso judicial, éste debe escuchar las propuestas formuladas por las partes e incluso, el mismo proponerlas, con el fin de lograr un acercamiento entre ellas, para que puedan conciliar sus pretensiones y llegar a un acuerdo.

En este sentido, el juez como partícipe de esta audiencia conoce aspectos privados o personales de las partes, de carácter económico, social, intelectual, profesional, político (idiosincrasia) y demás, que pueden o no tener relación con la *litis* pero que podrían contaminar la neutralidad que debe reinar en un proceso judicial, cuando al juez se le asigna la tarea de fallar en derecho, bajo el principio de imparcialidad y que prohíben que el juez tenga un conocimiento o contacto previo sobre la situación actual de las partes; por lo que actualmente, no hay algo que asegure que la fórmula propuesta por el juez en la etapa conciliatoria o lo escuchado por éste, en razón de lo expresado por las partes en dicha etapa del proceso, van a ser excluidos del conocimiento del juez para dictar sentencia.

Céspedes (2011) concluye que el juez no puede fallar ni motivar su decisión, en razón de lo expuesto por las partes dentro de la etapa conciliatoria, por lo que la sentencia tiene que ser ajena al conocimiento obtenido por el juez en la audiencia de conciliación. En su caso, la sentencia tendrá como fundamento “*el acervo probatorio y el análisis de los argumentos jurídicos de las partes, y la valoración de las respectivas cargas procesales*” (p. 124).

3.2 Propuesta

Debido a las críticas realizadas anteriormente, se evidencia la necesidad de que la conciliación como etapa dentro del proceso judicial, sea adelantada por una persona distinta al juez, quien en caso de ver que las partes no tienen ánimo conciliatorio, pueda declarar fallida la conciliación y remitir el proceso al juez de conocimiento para que siga con su trámite. Lo anterior tiene como objetivo evitar que la imparcialidad del juez se vea afectada con su participación en la etapa conciliatoria, al obligársele a proponer fórmulas de arreglo que podrían ir en detrimento de una de las partes y que se puede ver agravada con el conocimiento que pueda obtener en lo que allí se hable para dictar su fallo, así no sea consciente de que ese conocimiento permeó su juicio.

En virtud de lo anterior, los doctrinantes se han decantado por las opciones de “arreglo judicial negociado” y “*court-annexed mediation*”. Al respecto, el arreglo judicial negociado es un mecanismo que pretende que, al estar inmersos en un proceso judicial, la etapa de conciliación debe ser adelantada por otro juez. Este mecanismo fue estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, donde se expresó lo siguiente:

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

En esta misma línea va el pronunciamiento de Allende Pérez de Arce (2019), quien propone que dentro del juzgado o tribunal se designe un funcionario para que estudie y adelante la audiencia de conciliación, creando así un cargo denominado “oficial de conciliación”, así:

El segundo cambio que sugerimos implementar, que debe ser en conjunto con el anteriormente expuesto, será que cada tribunal destine parte de su personal exclusivamente a preparar la audiencia de conciliación, debiendo determinarse el número de funcionarios según la carga de trabajo del tribunal. Así, en cada juzgado existirían oficiales de conciliación, debidamente capacitados, cuya única labor sería estudiar los expedientes y proponer a las partes bases de arreglo en la etapa de conciliación. (p. 264)

Por su parte, el mecanismo *court-annexed mediation* propuesta por Taruffo (2009, p. 124) tiene su fundamento en la desconfianza que siente él por el papel que el juez debe representar en la etapa de conciliación judicial. Al respecto, previendo la imparcialidad del juez, habla sobre la alternativa que tiene éste de poner a las partes ante un conciliador diferente, en el que si las partes llegan a un acuerdo, el proceso se termina; si el resultado es el opuesto, vuelven donde el juez para seguir con éste.

En este sentido, el “*court-annexed mediation*” puede darse de dos maneras: que las partes decidan someterse a una mediación o que el juez encuentre que las mismas tienen puntos de encuentro que pueden negociarse de otra forma, por lo que recomienda que acudan ante un mediador para llegar a un acuerdo, antes de que se dicte sentencia. Asimismo, dice Taruffo (2009) que es ventajoso el “*court-annexed mediation*” porque evita que:

...el juez se emplee en una tarea –la de mediador– para la cual no está preparado y que lo pone en una situación difícil: en efecto, si el juez es activo induciendo a las partes a alcanzar un acuerdo, corre el riesgo de inclinarse a favor de una u otra, o de “anticipar el juicio” de manera inadecuada. (p. 125)

Esta posibilidad del “*court-annexed mediation*” también fue analizada por Castillejo (2007, p. 116), quien indicó que este mecanismo es aplicado en Bélgica, Suecia y en España, en el que a solicitud de parte, se asiste donde el tercero o el juez en su sabiduría, los encomienda a consultar a

terceros a través de la mediación y conciliación, para la resolución de conflictos, cuando éste observa que el problema era de diálogo.

Esta propuesta expuesta por los autores anteriormente citados es valiosa, por dos razones: 1) la finalidad del mecanismo es evitar la pérdida de objetividad e imparcialidad característicos del juez, porque a pesar de que puede encontrarse en condiciones óptimas para distinguir los intereses de las posiciones de las partes, cabe la alta probabilidad de que el asunto no sea conciliado y que por lo tanto, se continúe el proceso; por lo que no sería lógico dejar que el mismo juez que conoció sobre los asuntos controvertidos en la audiencia de conciliación, pueda seguir conociendo de éstos en el proceso, ya que de por sí sabe anticipadamente cómo va a fallar, lo que violaría el debido proceso, el derecho de defensa de las partes y su imparcialidad, cayendo en el prejuzgamiento; y 2) se busca que la persona encargada sea un mediador o conciliador, es decir, una persona con una formación en el tratamiento de conflictos así como de los MARC, por lo que tendría en principio las aptitudes que un juez no tiene. De esta forma, se evidencia que los dos mecanismos tienen como fundamento que sean las mismas partes quienes por iniciativa propia soliciten al juez remisión del caso ante otra persona con facultades conciliatorias o que sea el juez quien analizando el caso, recomiende su asistencia; sin embargo, lo anterior no puede aplicarse al modelo colombiano, toda vez que dentro del proceso judicial ya hay una etapa de conciliación que obliga al juez a investirse de conciliador para que ayude a las partes a transar, sin seguir tramitando el proceso para llegar a una sentencia.

Por tal motivo y acogiendo las posturas anteriormente expuestas, se propone lo siguiente: Cuando se agote la etapa introductoria o preparatoria, que conforme al numeral 1° del artículo 372 del CGP, se da una vez vencido el término de traslado de la demanda, de la reconvenición, del llamamiento en garantía o resueltas las excepciones previas que deban decidirse antes de la audiencia, el juez de conocimiento citará a las partes a la audiencia inicial en la que también deberá estar el conciliador, quien al momento de agotar la etapa de conciliación se reunirá únicamente con las partes. Sin embargo, una vez se declare fallida la misma por no llegarse a un acuerdo, tendrá la obligación de informarlo al juez de conocimiento para que siga tramitando el proceso judicial.

De lo anteriormente expuesto surge la siguiente pregunta, ¿quién sería este conciliador? Debido a que el juez no tiene una preparación y/o formación en el manejo de conflictos ni en conciliación, se propone que: 1) la Rama Judicial celebre convenios con Centros de Conciliación, para que los conciliadores adscritos allí presten este servicio; o 2) que se cree una Lista de

Auxiliares de la Justicia conformada por conciliadores, para que sean éstos quienes presidan la audiencia de conciliación en los procesos judiciales.

En este sentido, es importante concluir que: 1) la conciliación judicial es posible siempre y cuando la misma sea adelantada por otra persona diferente al juez, que esté capacitado y formado para ello; 2) esta persona puede ser un conciliador, ya sea que se cree una Lista de Auxiliares de la Justicia conformada por conciliadores o se requiera a un conciliador adscrito a un Centro de Conciliación; y 3) la conciliación no puede ser adelantada por el juez de la causa, en aras de salvaguardar el principio de imparcialidad, garantía propia del debido proceso. Finalmente, hay que tener presente que la imparcialidad no es precisamente una cualidad del ser humano.

Conclusiones

La conciliación, como un reconocido MARC, permite que sean las partes, quienes a partir de la autonomía de la voluntad privada, solucionen sus diferencias, con ayuda del conciliador, que es un tercero neutral y calificado. Éste permitirá el diálogo entre las partes y promoverá fórmulas de arreglo, las cuales podrán ser aceptadas o no por las mismas. Para el caso colombiano, la conciliación fue reconocida desde el artículo 116 de la Constitución Política y ha tenido una vasta regulación, que ha indicado que la misma puede hacerse por fuera o dentro del proceso, conocida como conciliación judicial.

Ésta fue contemplada en el artículo 372 del CGP, la cual la consagra como una etapa obligatoria dentro del proceso, en la que el juez funge como conciliador, debiendo exhortar a las partes a conciliar e incluso, proponiendo fórmulas de arreglo. En este caso, se evidenciaría una posible afectación al principio de imparcialidad que debe caracterizar al juez, toda vez que se le obliga a actuar como conciliador, cuando no tiene capacitación para ello y se le exige que presente fórmulas de arreglo con el fin de dar por terminado el proceso judicial de forma anticipada.

Esta situación se ve agravada cuando sigue conociendo del proceso aún declarada fallida la audiencia de conciliación, teniendo conocimiento de los asuntos ventilados en esta etapa y que pueden afectar su imparcialidad y neutralidad a la hora de dictar sentencia.

Como consecuencia de lo anterior, se propone la remisión de esta audiencia de conciliación a una persona diferente al juez, que podrá ser un conciliador inscrito en un Centro de Conciliación, celebrando convenios con la Rama Judicial, o en su defecto, la creación de una Lista de Auxiliares

de la Justicia, para que agoten esta etapa y una vez declarada fallida, se remita ante el juez de conocimiento, quien sin ningún prejuizamiento, podrá fallar en derecho.

Referencias

- Agudelo Ramírez, M. (2004). El debido proceso. *Opinión Jurídica*, 4 (7), pp. 89-105.
- Allende Pérez de Arce, J. A. (2019). Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32 (1), pp. 255-273.
- Alvarado Velloso, A. (2014). La imparcialidad judicial y el debido proceso (La función del juez en el proceso civil). *Ratio Juris*, 9 (18), pp. 207-235.
- Castaño García, J. I. (1991). Audiencia de conciliación, decisión de excepciones, saneamiento y fijación del litigio. *Revistas ICDP*, 10 (10-11), pp. 65-80.
- Castillejo Manzanares, R. (2007). La mediación y la conciliación como medios extrajudiciales de solución de conflictos. *Revista Boliviana de Derecho*, (3), pp. 111-145.
- Céspedes Gutiérrez, O. Y. (2011). Fundamentos generales de la conciliación en Colombia. *Revista Científica Guarracuco*, 15 (26), pp. 117-150.
- Colmenero, M. (2006). La garantía del derecho a un juez imparcial. *Persona y derecho*, (55), pp. 721-739.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-037 de 1996: revisión constitucional del Proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia"*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-160 de 1999: revisión constitucional de la procedencia de la conciliación laboral como requisito de procedibilidad*. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001a). *Sentencia C-893 de 2001: revisión constitucional de la procedencia de la conciliación extrajudicial en materia de laboral y administrativo como requisitos de procedibilidad*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001b). *Sentencia C- 1195 de 2001: revisión constitucional de la conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de procedibilidad*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-902 de 2008: revisión constitucional de la conciliación ante la Superintendencia Nacional de Salud*. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-762 de 2009: revisión constitucional del debido proceso en el derecho sancionador - Tribunal de Ética Médica*. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.

- Colombia. Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C-598 de 2011: revisión constitucional del esquema de aporte de pruebas en la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-404 de 2016: revisión constitucional de la conciliación en la justicia transicional*. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2020). *Sentencia AC3628-2020: se decide el recurso de súplica que interpuso Roberto Alfredo García contra el auto CSJ AC1718-2020 - trámite de exequátur*. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. Corte Suprema de Justicia.
- Escobar-Martínez, L. M. (2009) La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (15), pp. 181-214.
- Fariña, G. (2015). El poder transformador de la mediación y la conciliación desarrollada en sede judicial. *Revista de Mediación*, 8 (2), pp. 1-7.
- Lezcano Miranda, M. E. (2006). *La Justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Señal Editora.
- Macías González, O. (2020). Ideología y modelo de proceso civil en el Código General del Proceso. (Trabajo de grado para optar el título de abogado). Universidad de Antioquia. Disponible en: <http://tiny.cc/fwlkuz> [Consulta 05/04/2021].
- Meza Godoy, A., Arrieta López, M. y Noli, S. (2018). Análisis de la conciliación extrajudicial civil en la Costa Atlántica colombiana. *Revista Jurídicas CUC*, 14 (1), pp. 187-210.
- Patiño Mariaca, D. M. (2005). Conciliador- Juez, un rol del conciliador para la descongestión de los despachos judiciales desde la Constitución. *Estudios De Derecho*, 62 (140), pp. 15- 41.
- Peláez Hernández, R. A. (2017). Los mecanismos alternos de solución de conflictos en el ámbito de la justicia informal. *Revista Misión Jurídica*, 10 (13), pp. 279-303.
- Pereira Anabalón, H. (1996). El juez conciliador. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (17), pp. 187-197.
- Picado Vargas, C. A. (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *Revista de JUDEX*, (2), pp. 31-62.
- Sepúlveda Franco, C. A. (2015). Conciliación en el proceso ordinario laboral, realidad o sofisma. *Revista LEGEM*, 2 (2), pp. 73-86.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons.
- Vado Grajales, L. O. (2011). Medios alternativos de resolución de conflictos. *Revista Justicia Electoral*, pp. 369-389.
- Vallejo Cabrera, F. (2008). *La Oralidad Laboral*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Varón Palomino, J. C. (2002). Régimen jurídico de la conciliación en materia civil y comercial. *Revista Derecho Privado*, (28), pp. 101-183.