

Sentencia C-1195/01

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Conciliación extrajudicial en materia laboral

REFORMA JUDICIAL-Garantía de acceso a la justicia

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Reformas judiciales para mejorarlo

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Concepto de “olas de acceso a la justicia”

CONCILIACION-Movimientos de reformas para garantizar acceso a la justicia

RESOLUCION DE CONFLICTOS-Sistemas de respuesta

RESOLUCION DE CONFLICTOS-Intervención de terceros neutrales en sistemas de respuesta

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Modalidades

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Negociación directa de las partes

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Resolución asistida por un tercero neutral

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Adjudicación

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Mediación

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Características de negociación asistida por terceros

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Mediación obligatoria/MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Mediación voluntaria

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Mediación

La mediación forma parte de políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia y que los resultados observados indican que realmente pueden llegar a cumplir, en mayor o menor grado, dicha finalidad.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Disposición de un recurso judicial efectivo

El derecho a acceder a la justicia guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que “no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso.”

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Idoneidad y eficacia de recursos y procedimientos/MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Acceso efectivo a la justicia

Para la Corte resulta claro que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial

cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos.

TEST DE RAZONABILIDAD-Finalidad

TEST DE RAZONABILIDAD EN ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Intensidad/TEST DE RAZONABILIDAD EN LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PROCEDIMIENTO Y MECANISMOS DE PROTECCION DE DERECHOS-Intensidad

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Alcance

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Fundamental

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Significado múltiple

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Límites

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Complementación del aparato judicial

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Límites razonables

CONCILIACION-Sentidos

El término conciliación tiene dos sentidos distintos según el contexto en que es utilizado: uno procedimental y otro sustancial. En relación con su acepción procedimental, la conciliación es "un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador." Según esta acepción, la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto -eventual, no necesario- la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador.

AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Obligatoriedad/AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Oposición a propuestas formuladas

AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Acceso a recurso judicial efectivo ante fallas en procedimiento/ACCION DE TUTELA CONTRA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Fallas en procedimiento

La obligatoriedad de la audiencia de conciliación prejudicial y los efectos que tiene el acta de

conciliación en caso de que las partes lleguen a un acuerdo, no elimina la posibilidad de que éstas tengan acceso a un recurso judicial efectivo. Ante posibles fallas ocurridas dentro del procedimiento conciliatorio, –como cuando se desconoce el debido proceso, se afectan derechos de terceros que no participaron en la conciliación, se tramitan a través de la conciliación asuntos excluidos de ella, se desconocen derechos de personas que se encuentran en condiciones de indefensión o se concilian derechos no renunciables– que lleguen a constituir una vulneración o amenaza de derechos fundamentales, procedería la acción de tutela. En materia contencioso administrativa, el legislador previó la aprobación judicial como mecanismo de control judicial de la conciliación en estas materias.

AUDIENCIA DE CONCILIACION Y DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Plazo para acudir previo a controversia ante la jurisdicción

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Fines

Varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber:

(i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Garantía de acceso a la justicia

La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Como mecanismo de acceso a la justicia, la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Promoción de participación de individuos en solución de sus disputas

La conciliación promueve la participación de los particulares en la solución de controversias, bien sea como conciliadores, o como gestores de la resolución de sus propios conflictos. Por ello se ha calificado la conciliación como un mecanismo de autocomposición.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Consecución de la convivencia pacífica

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

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Solución de conflictos sin dilaciones injustificadas

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

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

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Descongestión de despachos judiciales

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

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Finalidad legítima e importante

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Cumplen fines del Estado

DERECHOS-Limitaciones legislativas/DERECHOS-Tipos de limitaciones legislativas

Las limitaciones que puede imponer el legislador a los derechos son de distintos tipos y afectan en mayor o menor grado su goce efectivo. En primer lugar, están las limitaciones materiales a través de las cuales, por ejemplo, se establecen distinciones para el ejercicio del derecho o se excluyen grupos de personas. Este tipo de limitaciones a los derechos son las más gravosas. Luego están los límites de tiempo, modo y lugar, que sujetan el ejercicio de los derechos al cumplimiento de determinadas condiciones. Dentro de este grupo, las restricciones temporales son menos gravosas que otras condiciones cuya constitucionalidad ya ha sido declarada por la Corte. Además, estos límites pueden ser insalvables por la voluntad de las partes o, por el contrario, removidos por decisión de ellas, como en el caso de la conciliación, donde las partes conservan el control del proceso y de los resultados de la conciliación.

AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Limitación principalmente temporal/AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Superación por voluntad de las partes

La exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, el cual sólo impone a las partes esperar que llegue la fecha fijada para la audiencia de conciliación, pero no las obliga a adoptar ninguna decisión dentro de esa audiencia. Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, por ejemplo, pueden manifestar su decisión de no conciliar y acudir directamente a la jurisdicción.

TEST DE RAZONABILIDAD EN CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Conducencia para lograr fines del legislador

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Adecuación y conducencia para alcanzar fines del legislador/CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA EN ASUNTOS DE FAMILIA-No procedencia ante violencia intrafamiliar

Para la Corte la obligatoriedad de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, resulta no sólo adecuada para alcanzar los fines señalados, sino efectivamente conducente para el logro de éstos, salvo en el caso de la conciliación en asuntos de familia cuando existen condiciones de violencia intrafamiliar. Por esta razón, en materia de familia, la constitucionalidad de este medio depende de que no se hayan presentado situaciones de violencia intrafamiliar, pues en esos eventos no resulta adecuado ni efectivamente conducente que se obligue a la víctima a encontrarse con su agresor. Por ello, la exequibilidad de la norma será condicionada a que cuando hubiere violencia intrafamiliar, la víctima no esté obligada a asistir a la audiencia de conciliación y que pueda manifestar tal circunstancia ante el juez competente, si opta por acudir directamente a la jurisdicción del Estado

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES-Compatibilidad con la transitoriedad

ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES-Expresiones excepcional y transitoriamente

ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES COMO CONCILIADORES-Transitoriedad/ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES COMO CONCILIADORES-Métodos de interpretación de la transitoriedad

Todos los métodos de interpretación aplicados conducen a una misma dirección, cual es que la transitoriedad de la función de administrar justicia como conciliador prevista en el artículo 116, según el método gramatical, hace referencia a una actividad que se realiza dentro de un período corto de tiempo, actividad que, según el método histórico, puede ser interrumpida en el tiempo y no exige la dedicación exclusiva del conciliador, que busca, según el método teleológico, permitir la participación de la ciudadanía en la administración de justicia y complementar la justicia estatal formal y, además, según el método sistemático, no desplaza de manera permanente a la justicia formal del Estado.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Concepto de transitoriedad

JUSTICIA FORMAL Y CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Distinción

La transitoriedad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por los particulares surge, en primer lugar, de la voluntad de las partes en conflicto, de permitir que un conciliador escogido por ellas, actúe como tercero neutral, las asista en el proceso de negociación y estimule la búsqueda de fórmulas de solución. A diferencia de lo que sucede en la justicia formal, donde las reglas sobre jurisdicción y competencia predeterminan quién es el juez que resuelve la controversia, el cual no puede ser seleccionado según el designio de las partes interesadas, al acudir a la conciliación las partes pueden escoger quién será su conciliador y este puede actuar transitoriamente en virtud de esa voluntad.

CONCILIADOR EN AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Transitoriedad de la función

CONCILIADOR-Profesionalización/CENTROS DE CONCILIACION-Servicios de carácter

permanente

CENTROS DE CONCILIACION Y CONCILIADOR-No destemporalización de función de administrar justicia/JUSTICIA FORMAL-Permanencia e ininterrupción

ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES Y VIGENCIA DE LA LEY-Distinción respecto a temporalidad/CONCILIADOR-Función transitoria

La transitoriedad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por los particulares tampoco depende de que su regulación tenga vigencia temporal. Una cosa es la vigencia de la ley y otra la permanencia de la jurisdicción de un particular sobre determinado tipo de conflictos o sobre ciertas partes. La Constitución exige que la función del conciliador sea transitoria, no que la ley que regula la materia lo sea.

ACTA DE CONCILIACION-No carácter absoluto de cosa juzgada/ACCION DE TUTELA CONTRA ACTA DE CONCILIACION-Procedencia por actuaciones de hecho

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Requisito de procedibilidad

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Requerimientos fácticos relacionados con medios suficientes y reglas claras

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Suficiencia de requisitos materiales previstos por legislador

CONCILIACION-Aumento de capacidad de cobertura

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Recursos materiales necesarios para su efectivo funcionamiento

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Determinación de un tiempo preciso para intentarla

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-No obstáculo para acceso a justicia estatal formal

AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Plazo de tres meses para celebración

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Interrupción de la prescripción o caducidad de la acción con la presentación de la petición

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA EN ASUNTOS CIVILES Y COMERCIALES-Requisito de procedibilidad

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA EN ASUNTOS DE FAMILIA-Requisito de procedibilidad

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA EN ASUNTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Requisito de procedibilidad

CONCILIACION ADMINISTRATIVA-Condiciones particulares

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA EN ASUNTOS DE LO

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Procedencia o no de la vía gubernativa

Referencia: expediente D-3519

Demanda de inconstitucionalidad 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"

Actor: Andres Rodríguez Pizarro

Magistrados Ponentes:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, DC, quince (15) de noviembre de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte constitucional, conformada por los magistrados, doctores Alfredo Beltrán Sierra -quien la preside-, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Uprimny Yepes (e), Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, ha dictado la presente sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Andrés Rodríguez Pizarro, demandó 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".

Cumplidos los trámites procesales y legales propios del proceso de constitucionalidad, la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

Se transcribe a continuación el texto de las disposiciones acusadas[1].

"LEY 640 de 2001"

(5 de enero)

"Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones"

"Artículo 35. Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.

"Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

"El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1° del

artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

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

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

"Parágrafo. Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura."

"Artículo 36. Rechazo de la demanda. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda."

"Artículo 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.

"Parágrafo 1°. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

"Parágrafo 2°. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente."

"Artículo 38. Requisito de procedibilidad en asuntos civiles. Si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios."

"Artículo 39. Requisito de procedibilidad en asuntos laborales. Si la materia de que se trate es conciliable extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción laboral en los asuntos que se tramiten por el procedimiento ordinario.

"La conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad suplirá la vía gubernativa cuando la ley la exija."

"Artículo 40. Requisito de procedibilidad en asuntos de familia. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de

familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos:

"1- Controversia sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.

"2- Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias.

"3- Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial.

"4- Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

"5- Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales.

"6- Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.

"7- Separación de bienes y de cuerpos."

III. LA DEMANDA

El actor considera que los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 de la Ley 640 de 2001 vulneran los artículos 1, 2, 6, 23, 84, 85, 228, 229 y 230 de la Constitución Política, por las siguientes razones.[2]

El accionante estructura su demanda sobre la base 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 entabrar el derecho a acceder a la justicia, a menos que la Constitución expresamente lo autorice.

IV. INTERVENCIONES

Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El ciudadano José Camilo Guzmán Santos, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de las normas demandadas, por las razones que a continuación se resumen.

Considera que el requisito de procedibilidad se ajusta a la Carta, siempre que el legislador cumpla con los condicionamientos impuestos por la Corte Constitucional en materia laboral. De

esa manera, la gradualidad y los requisitos cuantitativos garantizan que la función de administrar justicia y la conciliación no estarán sometidas a colapsos ni traumatismos. Por el contrario, la racionalidad de la norma converge con la trascendencia del cambio que se avecina, toda vez que, sin duda, el sistema judicial dispondrá de incentivos eficaces en procura de construir una cultura de consensos antes que de litigios y controversias.

Acerca de la conciliación extrajudicial en lo contencioso administrativo y en lo civil, sostiene que cumple con las exigencias jurisprudenciales por cuanto la conciliación se encuentra condicionada a unos requisitos como son la existencia de medios materiales y personales suficientes, la especificación de cuales son los conflictos susceptibles de ser conciliados, el señalamiento de que la petición de conciliación interrumpe la prescripción de la acción y la determinación de un tiempo preciso durante el cual se debe intentar la conciliación, expirado el cual las partes tienen libertad para acceder a la jurisdicción.

Respecto de la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos de familia, manifiesta que la Corte Constitucional en sentencia C- 247 de 1999, atendiendo el criterio específico relativo a la naturaleza del asunto, declaró exequible este condicionamiento por considerar que en esta materia existen los medios materiales y personales suficientes y se precisan los conflictos susceptibles de ser conciliados.

2. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho procesal

El ciudadano Jorge Forero Silva, quien obra en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, considera que las normas acusadas no vulneran la Constitución Política.

De conformidad con los condicionamientos impuestos por la Corte Constitucional para aceptar la constitucionalidad de la conciliación como requisito de procedibilidad de acciones judiciales, el legislador expidió la Ley 640 de 2001, guardando cuidado de no apartarse de los presupuestos reseñados en la Sentencia C- 160 de 1999.

En la Ley 640 de 2001 se amplía la cobertura del requisito de procedibilidad de la conciliación, no sólo para asuntos de familia, sino también para asuntos laborales, civiles y administrativos, buscando que las personas acudan a otros medios alternativos de solución de conflictos diferentes del proceso judicial y sin olvidar que a través de ese mecanismo se accede a la administración de justicia, puesto que el conciliador está investido de la función jurisdiccional.

Arguye el interviniente que las normas acusadas no contravienen los presupuestos exigidos por la Corte Constitucional, puesto que se amplía la cobertura de conciliadores para que en cualquier municipio del país se pueda acudir a la conciliación.

Finalmente frente al argumento central de la demanda consistente en que se requiere una disposición de rango constitucional para que sea válido el requisito de procedibilidad, expresa que el fundamento normativo de esta exigencia se encuentra en el artículo 116 Constitucional que faculta al legislador para reglamentar la institución de conciliación introduciendo el requisito de procedibilidad en los casos específicos determinados por la ley.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Actuando dentro del término procesal previsto, el señor Procurador General de la Nación dictó el concepto de rigor y solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad de las normas acusadas, con fundamento en los siguientes argumentos.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos están en consonancia con el Preámbulo de la Carta Política y con sus artículos 1º y 2º, en la medida en que facilitan la solución pacífica de los conflictos y hacen posible la convivencia y la participación de todos en las decisiones que los afectan. Adicionalmente, permiten el acceso a la administración de justicia por ser uno de los medios utilizados para descongestionar los despachos judiciales.

Los artículos 31 y 40 de la Ley 640 establecen un mayor número de conciliadores y precisan los asuntos que pueden ser conciliables en materia de familia, regulaciones éstas con las que se observan las condiciones establecidas por la Corte Constitucional en las Sentencias C- 160 y C- 247 de 1999 para que proceda el requisito de procedibilidad en este campo. Concretamente, el artículo 31 de la Ley, al prever los medios materiales y personales suficientes para que se adelante de manera efectiva la conciliación extrajudicial en asuntos de familia, y el artículo 40 de la misma ley, al señalar los casos susceptibles de conciliación, garantizan el acceso a la administración de justicia.

Respecto de la conciliación en materia civil y contencioso administrativo como requisito de procedibilidad, afirma el señor Procurador que la Ley 640 de 2001, en sus artículos 27, 19, 21, 20, 35, 12, 23, y 37, prevé todas las condiciones necesarias para garantizar el acceso a la administración de justicia, motivo por el cual los cargos de inconstitucionalidad formulados por el actor no están llamados a prosperar.

Acerca de la conciliación en materia laboral como requisito de procedibilidad, manifiesta que en anteriores conceptos analizó la constitucionalidad de dicha figura, y que es posible que para la fecha en que deba fallarse la presente demanda la Corte se haya pronunciado sobre este aspecto, lo que para el caso concreto implicaría la existencia de cosa juzgada constitucional.

Concluye que la conciliación extrajudicial en materia laboral, civil, familia y contencioso administrativo, como requisito de procedibilidad para acceder a la administración de justicia, no restringe este derecho ni desconoce los principios del Estado Social de Derecho y los fines del Estado consagrados en los artículos 1º y 2º constitucionales, y menos aún el derecho de petición, puesto que éste no tiene relación alguna con el derecho de acceder a la administración de justicia.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del proceso de la referencia, de conformidad con lo estipulado en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política.

2. Planteamiento del problema

En esta oportunidad le corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema: ¿Constituyen las normas de la Ley 640 de 2001 que establecen la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a las jurisdicciones de familia, civil, laboral y contencioso administrativa una restricción inconstitucional del derecho a acceder a la justicia?

Con el objeto de dilucidar los cuestionamientos de la demanda, la Corte considera necesario analizar los siguientes temas:

El alcance y las funciones de la conciliación en relación con el derecho a acceder a la justicia.

La conciliación prejudicial obligatoria como limitación del derecho a acceder a la justicia.

El impacto que la conciliación prejudicial tiene sobre el goce efectivo del derecho a acceder a la justicia.

No obstante, antes de entrar al fondo del asunto es necesario analizar un punto mencionado por el Procurador relacionado con el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

3. Cosa juzgada constitucional

Respecto de dos de las normas acusadas por el actor en el proceso de la referencia ha operado la cosa juzgada constitucional. En efecto en la sentencia C-893 de 2001[3], esta Corporación resolvió varias de las cuestiones planteadas en el presente proceso. En esa oportunidad la Corte decidió declarar inexecutable el artículo 39 de la Ley 640 de 2001, que establecía el requisito de procedibilidad en asuntos laborales.

En ese mismo fallo la Corte declaró, además, la inexecutable de las expresiones "requisito de procedibilidad" y "laboral", contenidas en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, pero se abstuvo de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a las demás jurisdicciones mencionadas en el artículo demandado. De igual manera, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 39, que regulaba la conciliación en materia laboral.

Los siguientes son los términos de la parte sustantiva de dicha sentencia. Se subraya lo pertinente para el presente proceso:

"PRIMERO.- Declarar **INEXECUTIBLES** los artículos 12, 30 y 39 de la Ley 640 de 2001.

"SEGUNDO.- Declarar **INEXECUTIBLES** las siguientes expresiones: (...)

"...requisito de procedibilidad" ... "laboral...", contenidas en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en los términos de esta sentencia.

En relación con estas disposiciones la Corte se estará a lo resuelto en la sentencia C-893 de 2001 y así lo declarará en la parte resolutoria de la presente sentencia.

No obstante, teniendo en cuenta la parte motiva de la sentencia C-893 de 2001, los cargos analizados en esa oportunidad y el sentido de la decisión de la Corte en dicho fallo, se concluye que no existe cosa juzgada en relación con el sentido normativo "requisito de procedibilidad para acudir a las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia", contenido en el artículo 35, el cual será objeto de estudio en el presente proceso.

4. El alcance y las funciones de la conciliación en relación con el derecho a acceder a la justicia

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".

4.1 La conciliación se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia

Algunos doctrinantes[4] 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.[5] 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.

Como quiera que el asunto bajo estudio se refiere al acceso a la justicia a través de uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en el siguiente aparte se describirá brevemente el lugar que ocupa la conciliación –ya sea voluntaria u obligatoria- dentro de este conjunto de instrumentos.

4.2 Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Parte importante de la doctrina sobre resolución de conflictos reconoce dos grandes sistemas de respuesta[6]. El primero, denominado de autocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.

El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje.

La intervención de terceros neutrales dentro de estos dos sistemas puede variar según el grado de su intervención y control del proceso. La doctrina ha denominado intervención inquisitiva aquella en la que el tercero maneja completamente el proceso con muy poca intervención de las partes en conflicto. Esta forma de intervención es típica de los sistemas de heterocomposición. Por el contrario la intervención es dispositiva, cuando son las partes en controversia las que manejan el proceso, como ocurre en la mediación o la conciliación. Finalmente puede existir una

intervención mixta, cuando tanto las partes como el tercero, en diferente grado y distinta forma, participan y controlan el proceso de búsqueda de soluciones.

En la autocomposición las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente -y en este caso estamos ante una negociación-, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas -y en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades-. Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad.[7]

Dentro de este conjunto de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial en el sistema norteamericano, se destacan distintas modalidades que varían según el tipo de intervención y las funciones que realice el tercero. Estas modalidades se pueden clasificar en tres grandes grupos:

La negociación directa de las partes, donde sólo quienes están involucrados en el asunto en discusión participan en el diálogo y sin la intervención de un tercero, proponen fórmulas de arreglo y adoptan una solución para poner fin al conflicto.[8]

La resolución asistida por un tercero neutral, que a su vez se divide en dos subgrupos:

La mediación que es un procedimiento consensual, confidencial a través del cual las partes, con la ayuda de un facilitador neutral entrenado en resolución de conflictos, interviene para que las partes puedan discutir sus puntos de vista y buscar una solución conjunta al conflicto. La mediación puede ser de distintas formas, entre las cuales se encuentran: la facilitación, la conciliación y la regulación negociada[9].

Los sistemas híbridos de negociación asistida, que tienen resultados predefinidos y dentro de los cuales se encuentran la evaluación neutral previa[10], el descubrimiento de los hechos[11], el defensor de usuarios, consumidores o empleados[12], el minijuicio[13], el proceso abreviado ante jurado[14], la administración del proceso[15], el arreglo judicial[16], el arbitraje no vinculante[17], la mediación-arbitraje[18]

La adjudicación, en la que un tercero resuelve el conflicto por las partes y dentro del cual se encuentran el arbitraje, los sistemas de justicia formal y la justicia impartida por determinadas autoridades administrativas.

La mediación es tal vez el más informal, expedito y económico -en materia de tiempo y costos- de los mecanismos mencionados. Es también uno de los más populares debido principalmente a que el mediador no decide quién tiene la razón, no dispone de autoridad para imponer una decisión a las partes, tan sólo las asiste para que conjuntamente exploren, reconcilien sus diferencias y encuentren alternativas de solución a su disputa. Por su relevancia para el presente proceso, a continuación se describen las principales características de los mecanismos de negociación asistida por terceros.[19]

En primer lugar, está la facilitación, en la cual el mediador tiene un papel menos activo y limita su actuación a reducir los obstáculos de comunicación, para permitir que todas las partes expongan su versión de la disputa y expresen sus sentimientos, posiciones e intereses con el fin

de que se puedan identificar rápidamente las áreas de acuerdo y desacuerdo entre las partes. En segundo lugar, está la conciliación, donde el mediador tiene un papel más activo, pues además de facilitar el diálogo, puede proponer fórmulas de arreglo que las partes pueden o no aceptar. En tercer lugar, está la regulación negociada, empleada principalmente con gremios o grupos enfrentados, para acordar nuevas reglas de juego o promover la autoregulación de conductas, especialmente en materia de seguridad laboral y ambiental.

En cuarto lugar, está la evaluación neutral previa. Se trata de un mecanismo confidencial, generalmente empleado en la solución de asuntos comerciales complejos, mediante el cual las partes acuden a un experto neutral, normalmente un abogado con mucha experiencia en la materia, que evalúa cada posición dentro del caso, identifica los elementos comunes, las posibilidades legales de cada pretensión y luego comunica sus conclusiones a las partes, usualmente por separado. Esta evaluación permite llegar a una solución temprana del conflicto, pero también facilita que las partes, en caso de que decidan acudir a un proceso judicial, acuerden un plan para la discusión judicial del caso y la reducción del debate a lo esencial. En quinto lugar, está el descubrimiento de hechos, donde el tercero neutral indaga sobre los hechos que originan el conflicto, los examina y propone una conclusión a las partes, quienes pueden acogerla o rechazarla. En sexto lugar, está el defensor de usuarios, consumidores o empleados, persona neutral que recibe quejas por productos o servicios defectuosos o, incluso, excepcionalmente peticiones de los mismos empleados de la compañía y que interviene para mediar los posibles conflictos que surjan entre la compañía y el quejoso, proponer alternativas de solución o recomendar modificaciones a los sistemas de administración de la compañía.

En séptimo lugar, se encuentra el mini juicio, usado principalmente para solucionar conflictos entre grandes corporaciones o entre corporaciones y agencias gubernamentales, a través del cual los abogados de cada parte presentan versiones resumidas del caso ante las directivas, o las personas con capacidad de decisión en la respectiva corporación o agencia involucrada, bajo la moderación de un asesor neutral, normalmente un juez retirado, en sesiones de un día o dos. Al final de estas sesiones, las directivas tratan de negociar una solución y en caso de no lograrlo, el asesor neutral puede promover una mediación o recomendar una fórmula de arreglo específica. Este mecanismo permite a los directivos de una corporación un examen breve de su situación y posibilidades de éxito en caso de acudir a la justicia estatal para resolver la disputa. En octavo lugar, está el proceso abreviado ante jurado, en el que se intenta identificar los posibles resultados de un juicio ante un jurado simulado. Este procedimiento fue diseñado para evitar juicios largos en casos complejos, mediante audiencias breves ante un panel de jurados asesores que emiten una decisión no vinculante y explican a las partes los factores que los llevaron a esa decisión.

En noveno lugar, se encuentra la administración del proceso, a través del cual el juez y las partes examinan preliminarmente los asuntos en discusión, la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, el volumen de pruebas que se presentarán, el orden de discusión de los asuntos, la eliminación de cuestiones no relevantes o su postergación a una etapa posterior y el tiempo requerido para cada etapa del proceso, con el fin de reducir el caso a los asuntos más relevantes y acordar un plan y un calendario aproximado con tiempos procesales cortos para la resolución del mismo. 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 continua su trámite.

En undécimo lugar, está el arbitraje no vinculante, mediante el cual una disputa entre dos o más partes es sometida a un árbitro para que, con base en las pruebas y argumentos aportados por las partes, resuelva el conflicto por éstas, quienes pueden aceptar la solución o controvertirla ante una corte. Y, finalmente, la mediación–arbitraje, empleada por las partes para que el tercero neutral resuelva la cuestión en caso de que ellas no logren un acuerdo. En ese evento, el tercero puede ser la misma persona que intenta mediar el conflicto y en caso de no lograrse el acuerdo, sustituye a las partes en la formulación de la solución que resulta vinculante para ellas. Con frecuencia, dado que ante la figura del mediador es factible que las partes compartan información reservada que puede ser usada en su contra en caso de que fracase la mediación, las partes prefieren que la persona que actúa como mediadora sea distinta de la que resuelva el asunto como árbitro.

La implantación de estos mecanismos en los distintos sistemas jurídicos coincide con el logro de cuatro objetivos básicos comunes: (i) facilitar el acceso a la justicia; (ii) proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos; (iii) mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos; y (iv) aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal.

Estos mecanismos son frecuentemente utilizados para resolver controversias sobre contratos comerciales y civiles, responsabilidad extracontractual, procesos de separación y divorcio, alimentos y custodia de los hijos, disputas por despidos injustificados o por políticas discriminatorias en materia laboral, controversias sobre contratos administrativos y recientemente también como instrumentos para facilitar la participación ciudadana en el diseño de políticas e instrumentos legales conjuntamente con las autoridades. Aún cuando en un principio estos mecanismos fueron establecidos para que los particulares acudieran a ellos de manera voluntaria, la prevalencia de la cultura del litigio[20] ha llevado a que se consagre la obligatoriedad de la mediación ya sea en la etapa prejudicial, o durante el proceso judicial.

La mediación obligatoria ha sido consagrada, por ejemplo, en los Estados Unidos en el Estado de California -particularmente para asuntos de custodia de menores[21]-, en Queensland, Australia para materias comerciales[22], en Ontario, Canadá para resolver controversias civiles, laborales y de familia[23], en el Perú para asuntos civiles, laborales y de familia[24]; y en Argentina para asuntos civiles y comerciales, laborales y de familiar[25].

Las estadísticas sobre el funcionamiento de la conciliación en general y de la obligatoriedad de la conciliación prejudicial en particular, aún cuando no son comparables entre sí[26], muestran cómo el empleo de estos mecanismos reduce significativamente el tiempo de resolución de los casos y, contribuye efectivamente a modificar la cultura del litigio.

En cuanto a la mediación voluntaria son varios los estudios que muestran la efectividad de este mecanismo. Así, por ejemplo, en el estado del Colorado un estudio realizado en 1998 y 1999[27], mostró que la mediación resultaba efectiva para lograr un acuerdo entre las partes en el 89.1% de los casos[28]. En otro estudio sobre la mediación en pequeñas causas[29], la efectividad promedio fue del 60%. En el estado de Nueva York, un estudio realizado durante el período 1989 y 1998, mostró que el programa de resolución de conflictos resolvió más de

400.000 casos, de los cuales el 48% concluyeron con un acuerdo y de éstos el acuerdo fue total en el 80% de los casos mediados.[30] En Texas, las estadísticas sobre mecanismos alternativos de resolución de conflictos elaboradas al principio de la década de los años 90 mostraron que el 78.4% de los casos sometidos a este procedimiento culminaron en algún tipo de acuerdo[31].

En cuanto a la mediación obligatoria, en 1995, en el estado de California, en el 76% de los casos mediados las partes alcanzaron algún tipo de acuerdo y más del 90% de los encuestados manifestaron su deseo de utilizar el mismo procedimiento. En 1998, la Oficina de Resolución de Controversias de la Rama Judicial de Colorado[32], encontró que la mediación obligatoria ordenada por los jueces redujo la tasa de nuevos casos ante las cortes en un 33%.[33]

En Argentina, la evaluación de la experiencia de la mediación previa y obligatoria durante los dos primeros años y medio de utilización de la figura, mostraron que el 45% de los casos atendidos culminaron en un acuerdo. En la experiencia piloto en la que el juez, previa selección del caso entre los que tramitaban en su juzgado, invitaba a las partes y abogados a concurrir a la mediación, el 52,34% <http://www.fundacionlibra.org.ar/> - 4 de las mediaciones realizadas terminaron en un acuerdo.[34] En el primer año de funcionamiento de la mediación sólo un 30% de los casos derivaron en un juicio ante las cortes. El crecimiento de la litigiosidad, que se encontraba en una curva ascendente al inicio de la vigencia de la ley, con un incremento promedio de 26,77% durante los tres años previos (1993/95) a la ley, se redujo en un 10,46%, en los tres últimos años del estudio de impacto (1996/99). La gran mayoría de los acuerdos logrados por las partes en la mediación se cumplen y sólo el 1,1 % de los casos terminan en procesos de ejecución judicial. Los estudios estadísticos realizados en Argentina muestran, además, que el mayor porcentaje de acuerdos se logra en conflictos cuyos montos van de \$1 a \$5.000 dólares, y a medida que el monto aumenta éstos disminuyen, con lo cual se ha mejorado el acceso a la justicia para casos que antes no llegaban a ella, por ser de cuantías relativamente bajas.

En Canadá, en un estudio piloto realizado en el año 2000 para examinar el impacto de la conciliación obligatoria en Toronto y Ottawa, se encontró que más del 40% de los casos sometidos a conciliación obligatoria terminaban en un acuerdo de las partes y que la duración y los costos de los procesos se reducían considerablemente[35]. En 1997 del total de casos mediados en Ontario, 44% culminaron en un arreglo total durante la audiencia de conciliación, 17% lograron un acuerdo parcial en esa misma sesión y 5% llegaron a algún acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la mediación.[36]

Para el caso colombiano, las cifras elaboradas por el Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura sobre el funcionamiento de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos resaltan algunas de las bondades de la conciliación.

"En relación con los indicadores de acceso y del análisis de una investigación cuantitativa realizada por el Consejo Superior de la Judicatura denominada "Primera Encuesta Nacional de Justicia-Derecho de Acceso al Servicio de Justicia", alrededor de un 16.53% de la totalidad de conflictos puestos en conocimiento de las autoridades y particulares son resueltos por centros de conciliación, arbitraje y amigable composición y conciliadores en equidad. En este sentido y de acuerdo con el Mapa Judicial de Colombia [Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. 1998] la jurisdicción ordinaria cuenta con 3.258 juzgados y 30 Tribunales Superiores del Distrito para un total de 17.905 servidores públicos, sin contar con el concurso que tiene la efectividad en la prestación del servicio, del 100% de conflictos que entra a cada despacho judicial se está resolviendo el 0,02% y por cada centro de conciliación el 0.11%, siendo cinco veces más productivos los centros de conciliación, pese a que éstos cuentan con una

infraestructura y gestión medianamente buena y cuya estructura no tiene punto de comparación con la infraestructura de los mecanismos formales de administración de justicia".[37]

4.3. El derecho a acceder a la justicia y la disposición de un recurso judicial efectivo

De las consideraciones anteriores se concluye que la mediación forma parte de políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia y que los resultados observados indican que realmente pueden llegar a cumplir, en mayor o menor grado, dicha finalidad. No obstante, esto no es suficiente para precisar la relevancia constitucional de la mediación a la luz del derecho a acceder a la justicia. Para ello es necesario adelantar algunas consideraciones sobre el concepto de tutela judicial efectiva.

El derecho a acceder a la justicia también guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que "no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso."[38]

Tanto para la protección de los derechos, como para la solución de conflictos, el derecho a acceder a la justicia –formal o alternativa– exige en todas y cada una de las etapas del proceso que la actividad de justicia esté orientada a facilitar la solución pacífica de los conflictos y asegurar de manera efectiva el goce de los derechos. Por eso la Constitución expresamente establece que el derecho sustancial prevalece sobre el derecho formal.

El derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que

"(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla". [39]

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos para definir cuándo no existe recurso judicial efectivo:

"... no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial."[40]

En conclusión, para la Corte resulta claro que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de

alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos. Así han sido concebidos y desarrollados, como se anotó anteriormente cuando se hizo referencia a las "olas" de las reformas para promover el acceso a la justicia.

5. La conciliación prejudicial obligatoria como limitación del derecho a acceder a la justicia es constitucionalmente razonable.

A partir de estas consideraciones generales, pasa la Corte a abordar el problema jurídico específico planteado por los cargos elevados contra las normas demandadas.

El cargo de la demanda se encamina a cuestionar la validez constitucional de la conciliación prejudicial obligatoria. El actor estima que convertir la conciliación en un requisito de procedibilidad constituye una gravosa restricción al ejercicio del derecho fundamental a acceder a la justicia. A la Corte le corresponde determinar si dicha limitación es inconstitucional o si encuentra justificación razonable en las normas superiores. Para hacerlo, esta Corporación procederá, primero, a clarificar el ámbito de protección del derecho a acceder a la justicia. Luego caracterizará el grado de afectación de este derecho resultante de una medida como la conciliación prejudicial obligatoria. Posteriormente, analizará la razonabilidad de la limitación creada por el legislador, teniendo en cuenta los fines que podrían justificarla, el medio empleado en las normas demandadas y la relación existente entre los fines y el medio escogido por el legislador para alcanzarlos.[41]

Esta metodología desarrollada por la Corte, conocida como test de razonabilidad, permite examinar si una medida limitativa de los derechos fundamentales cumple o no una finalidad acorde con la Constitución Política y si los medios utilizados por el legislador para alcanzarla son o no idóneos.[42] Los criterios de análisis al aplicar un juicio de razonabilidad son distintos en razón a varios factores, entre otros, dependiendo de los derechos en juego y de la facultad con que cuente el legislador para establecer la limitación a los derechos afectados.[43]

En este evento, como quiera que se trata de la limitación a un derecho fundamental –el acceso a la justicia- en principio correspondería aplicar un test de razonabilidad estricto[44]. Sin embargo, la Corte advierte que en materia de derechos fundamentales de orden procesal, existe norma expresa sobre la facultad del legislador para regular los procedimientos y mecanismos que garanticen la protección judicial de los derechos (artículo 89), para atribuir excepcionalmente funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas y determinar la forma en que los particulares administrarán justicia en la condición de árbitros y conciliadores (artículo 116), para expedir códigos (artículo 150, numeral 2), para regular los procedimientos y recursos para la protección de derechos y deberes fundamentales de las personas y el funcionamiento de la administración de justicia (artículo 152) y para regular el acceso a la justicia (artículo 229). Por consiguiente, la Constitución reconoce al legislador un margen razonable para ejercer su potestad de configuración en estas materias.

Por lo anterior, procederá la Corte a describir, en primer lugar, cuál es el grado de afectación del derecho a acceder a la justicia en este caso. Luego, analizará si los fines no sólo son legítimos

sino también constitucionalmente importantes, dado que promueven intereses públicos valorados por la Carta o en razón de la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Posteriormente, caracterizará el medio escogido por el legislador para apreciar si está permitido. Y, finalmente, examinará si el medio, no solo es adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar los fines buscados por la norma sometida a control constitucional.

5.1. El alcance del derecho a acceder a la justicia en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Constitución se preocupó tanto por el fortalecimiento y la eficacia de la justicia, como por el acceso a ella. Así, en cuanto a la justicia formal, la Carta consagró el derecho a acceder a la justicia (artículo 229), estableció mecanismos como la tutela (artículo 86), la acción de cumplimiento (artículo 87), las acciones populares y las acciones de clase (artículo 88) y, además, dejó en manos del legislador la posibilidad de crear los demás recursos, acciones y procedimientos necesarios para garantizar la integridad del orden jurídico y la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (artículo 89). Adicionalmente, autorizó de manera excepcional que las autoridades administrativas administran justicia (artículo 116, inciso 3). Pero también se preocupó el constituyente por garantizar el acceso a la justicia a través de la propia organización de la administración de justicia y, así, encargó al Consejo Superior de la Judicatura (artículo 257) la función de ubicar y redistribuir los despachos judiciales, crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia y proponer proyectos de ley en la materia, así como códigos sustantivos y de procedimiento.

En materia de justicia no formal, el Estatuto Superior autorizó la participación transitoria de los particulares en la administración de justicia como árbitros o conciliadores (artículo 116, inciso 4) y como jueces de paz (artículo 247).

A lo anterior se suma el establecimiento de figuras de orden legal como la conciliación en equidad, la mediación y la amigable composición, las cuales han ampliado el conjunto de instrumentos diseñados para la solución pacífica de los conflictos y flexibilizado el funcionamiento de la administración de justicia.[45]

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido de manera reiterada[46] que el derecho a acceder a la justicia es un derecho fundamental que, además, forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso[47].

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, el acceso a la justicia comporta no sólo la posibilidad de que cualquier persona solicite la protección de sus derechos ante los jueces competentes[48], sino también, por expresa autorización del artículo 116 constitucional, que pueda resolver sus disputas a través de mecanismos como la conciliación o el arbitraje.[49] Así, ha dicho que

"(...)la garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el artículo 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el Legislador. Al respecto, esta Corte ha dicho que "es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales, los cuales -no sobra aclararlo- no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia." [50]

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a acceder a la justicia tiene un significado múltiple. Entre otros, comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones[51], que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas[52], que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso[53], que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias[54], que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los pobres[55], que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional[56]. Este derecho se garantiza también a través del uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos[57].

También ha dicho la Corte que este derecho fundamental no impide que el Congreso de la República en ejercicio de su potestad legislativa establezca límites a su ejercicio. Tal como lo sostuvo en la sentencia C-652 de 1997,

"(...)el derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, "este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie"[58]. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia.

(...)en virtud de la cláusula general de competencia (art. 150-2), el legislador está ampliamente facultado para fijar los procedimientos judiciales y, en particular, los términos que conducen a su realización, siempre y cuando los mismos sean razonables y estén dirigidos a garantizar el derecho sustancial.[59]

Por ello es posible que el legislador establezca, por ejemplo, límites temporales dentro de los cuales debe hacerse uso de las acciones judiciales, o señale requisitos de procedibilidad para poner en movimiento el aparato judicial, como exigir el agotamiento previo de la vía gubernativa, o condicione el acceso a la justicia a la intervención mediante abogado o a la observancia de determinados requisitos de técnica jurídica.

No obstante, ha advertido la Corte que un razonable diseño normativo que promueva la intervención de los particulares en la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, no puede desplazar de manera definitiva a la justicia estatal formal ni puede constituirse en un obstáculo que impida el acceso a ella. La armonización de los principios constitucionales contenidos en los artículos 116 y 229 de la Carta, exige que tales mecanismos complementen al aparato judicial. Así lo sostuvo esta Corporación en la sentencia C-160 de 1999:

"Dicho esquema [de mecanismos alternativos de solución de conflictos], no puede significar en modo alguno la sustitución total de la jurisdicción del Estado ni la renuncia de éste a dispensar la tutela judicial efectiva que se requiere para hacer efectiva la igualdad en los términos de los incisos 2º y 3º del art. 13 de la Constitución.

"La facultad del legislador para establecer los contenidos y procedimientos propios de los mecanismos alternativos no implica renuncia o rompimiento de la unidad de la jurisdicción, ni delegación de la función de administrar justicia sino, una opción que se le ofrece al propio Estado y a los integrantes de la comunidad, para que puedan escoger entre la solución negociada del conflicto o la vía judicial."[60].(subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, concluye la Corte que no le asiste razón al demandante al suponer que el derecho

a acceder a la justicia es un derecho que no admite limitaciones. El derecho a acceder a la justicia no es un derecho absoluto. La cuestión es más compleja. De lo que se trata es de determinar qué limitaciones a este derecho son constitucionalmente razonables y cuáles no lo son y, por lo tanto, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico. En las secciones siguientes de esta sentencia se analiza si establecer el deber de asistir a una audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, es una limitación contraria al derecho a acceder a la justicia.

5.2. Grado de afectación del derecho a acceder a la justicia

De conformidad con lo definido en la metodología de análisis señalada por la Corte en el punto 5 de esta sentencia, esta Corporación pasa a estudiar el grado de afectación del derecho a acceder a la justicia por la figura de la conciliación prejudicial obligatoria.

Los artículos acusados establecen la audiencia de conciliación como un procedimiento que debe agotarse antes de acudir a las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia. La prejudicialidad de dicho mecanismo consiste en que la demanda presentada ante los jueces competentes es rechazada de plano,[61] si con anterioridad no se ha celebrado la audiencia de conciliación que hace posible, mas no obligatoria, la solución anticipada del conflicto.

El término conciliación tiene dos sentidos distintos según el contexto en que es utilizado: uno procedimental y otro sustancial. En relación con su acepción procedimental, la conciliación es "un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador."[62] Según esta acepción, la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto -eventual, no necesario- la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador.[63]

En el caso de la figura que se estudia, el legislador ha previsto que para alcanzar los fines mencionados los particulares soliciten la celebración de una audiencia de conciliación, acudan a ella, negocien con la mediación de un tercero, y, en caso de lograrse un acuerdo, se comprometan a cumplir con lo pactado. El requisito se entiende cumplido aún si el intento por llegar a un acuerdo fracasa. De allí que ha de entenderse que el requisito contenido en los artículo 35 a 40 de la Ley 640 de 2001, no se refiere en manera alguna al acuerdo como tal, sino al procedimiento para llegar a éste.

Se trata de un límite temporal para acudir a la justicia formal –que no puede ser superior a tres meses, salvo que las partes acuerden un plazo superior- dentro del cual éstas deberán darle una oportunidad al diálogo[64]. No obstante, no se las obliga a conciliar, esto es a llegar a un acuerdo. Aún cuando es posible acordar un plazo superior a tres meses, la Ley 640 de 2001 establece desestímulos para evitar que se postergue la realización de la audiencia más allá de los tres meses fijados por la ley, cuando ello no sea necesario para avanzar en la consolidación de un preacuerdo, como la suspensión de la prescripción o de la caducidad sólo hasta por tres meses.[65]

Lo que el legislador persigue con el establecimiento de este requisito es abrir un espacio de encuentro, diálogo y debate que facilite la resolución del conflicto antes de que éste tenga que ser

decidido por las autoridades jurisdiccionales. Así lo reconoció la Corporación en otro de sus fallos al referirse a las multas que se pueden imponer por la inasistencia injustificada de las partes o sus apoderados a la audiencia de conciliación judicial prevista en los artículos 22, 74 y 103 de la Ley 446 de 1998. Dijo:

"Cabe agregar, atendiendo a lo dicho por la jurisprudencia constitucional(...), que la exigencia legal de asistir a la audiencia de conciliación judicial y discutir las formulas de arreglo, en nada compromete la libre voluntad de conciliar. Lo que en realidad se persigue con la aludida sanción, es motivar o fomentar un posible arreglo que impulse el estudio y análisis de las propuestas presentadas, pero en el entendido de que las mismas deben ser aceptadas libremente.

"Es claro que ninguna persona se encuentra comprometida a conciliar cuando el ofrecimiento que se le hace puede afectar de manera grave sus intereses económicos o personales. Sin embargo, se reitera, la sanción que establece la norma impugnada no deviene de tal actitud sino del desinterés en negociar o proponer formulas de arreglo, por hacer esto inoperante la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos." [66]

El hecho de acudir a la audiencia no genera más carga en el particular que la de considerar las propuestas expuestas por la contraparte o por el conciliador para que se llegue a un acuerdo definitivo.[67] La asistencia a la reunión conciliatoria no despoja al individuo de su derecho a oponerse a las propuestas que le sean formuladas. Su capacidad de disposición permanece incólume al punto que, con la sola manifestación en la audiencia de conciliación de su voluntad negativa de conciliar, cumple con el trámite que le impone la ley y puede presentar la demanda.

Si alguna de las partes no se presenta a la audiencia y no justifica su inasistencia dentro de los tres días siguientes a la fecha prevista para su celebración, será sancionado[68]. La legislación sobre conciliación no define en concreto cuáles razones justifican la inasistencia. No obstante, la evaluación de éstos motivos ha sido dejada a discreción del juez ante quien se presente la eventual demanda, quien examinará la conducta de la parte que no asiste y decide, si proceden las sanciones previstas en la ley.[69]

No obstante la obligatoriedad de asistir a la audiencia de conciliación, las partes podrán acudir directamente a la jurisdicción si "bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda",[70] se manifiesta que se ignora "el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, que este se encuentra ausente o se ignora su paradero"[71]. Igualmente, no es necesario acudir al procedimiento prejudicial conciliatorio, si las partes deciden solicitar el decreto y práctica de medidas cautelares[72].

Además de lo anterior, la obligatoriedad de la audiencia de conciliación prejudicial y los efectos que tiene el acta de conciliación en caso de que las partes lleguen a un acuerdo, no elimina la posibilidad de que éstas tengan acceso a un recurso judicial efectivo. Ante posibles fallas ocurridas dentro del procedimiento conciliatorio, –como cuando se desconoce el debido proceso, se afectan derechos de terceros que no participaron en la conciliación, se tramitan a través de la conciliación asuntos excluidos de ella, se desconocen derechos de personas que se encuentran en condiciones de indefensión o se concilian derechos no renunciables- que lleguen a constituir una vulneración o amenaza de derechos fundamentales, procedería la acción de tutela[73]. En materia contencioso administrativa, el legislador previó la aprobación judicial como mecanismo de control judicial de la conciliación en estas materias.[74]

En resumen, la afectación del derecho a acceder a la justicia que imponen las normas

demandadas consiste en imponer un plazo de tres meses dentro del cual las partes deben acudir a una audiencia de conciliación, antes de llevar la controversia ante la jurisdicción. Aclaradas las características del grado de afectación que imponen las normas demandadas, procede la Corte a aplicar el test de razonabilidad definido al principio de este apartado.

5.3. Análisis de los fines. El requisito demandado propende objetivos legítimos e importantes

Varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales.

En primer lugar, la conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. No sólo por las razones mencionadas cuando se aludió a las "olas" del movimiento de reformas sobre acceso a la justicia, sino al propio tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Esto se cumple no sólo cuando los particulares actúan como conciliadores, sino también cuando las partes en conflicto negocian sin la intervención de un tercero y llegan a un acuerdo, como quiera que en ese evento también se administra justicia a través de la autocomposición.

Como mecanismo de acceso a la justicia, la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal. Esto resulta obvio si las partes llegan a un acuerdo, pues el conflicto se soluciona en el mínimo tiempo posible. Pero aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto.

En segundo lugar, la conciliación promueve la participación de los particulares en la solución de controversias, bien sea como conciliadores, o como gestores de la resolución de sus propios conflictos. Por ello se ha calificado la conciliación como un mecanismo de autocomposición. Esta finalidad resulta compatible con lo establecido por el artículo 2º de la Constitución Política que señala como uno de los fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. Como quiera que el papel del conciliador no es el de imponer una solución ni sustituir a las partes en la resolución del conflicto, la conciliación constituye precisamente una importante vía para propiciar la búsqueda de soluciones consensuales y para promover la participación de los individuos en el manejo de sus propios problemas.

En tercer lugar, la conciliación contribuye a la consecución de la convivencia pacífica, uno de los fines esenciales del Estado (artículo 2). El hecho de que a través de la conciliación sean las partes, con el apoyo de un conciliador, las que busquen fórmulas de acuerdo para la solución de un conflicto, constituye una clara revelación de su virtud moderadora de las relaciones sociales. La conciliación extrae, así sea transitoriamente, del ámbito litigioso la resolución de los conflictos, allanando un camino para que las disputas entre individuos se resuelvan por la vía del acuerdo. Además, la conciliación estimula el diálogo, reduce la cultura adversarial y elimina la agudización del conflicto como consecuencia del litigio.

En cuarto lugar, la conciliación favorece la realización del debido proceso (artículo 29), en la

medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto. Tal como lo ha reconocido la abundante jurisprudencia de esta Corporación, el debido proceso involucra, amén de otras prerrogativas ampliamente analizadas, el derecho a recibir una pronta y cumplida justicia[75] y como quiera que la conciliación prejudicial ofrece, precisamente, una oportunidad para resolver el conflicto de manera expedita, rápida y sin dilaciones, desarrolla el mandato establecido por la Carta en su artículo 29.

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

En conclusión, los fines buscados por el legislador con la conciliación prejudicial obligatoria son legítimos e importantes desde el punto de vista constitucional.

Tal como ya lo expresó esta Corporación en la sentencia C-037 de 1996, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos -y dentro de ellos la conciliación- cumplen fines inclusive imperiosos desde el punto de vista constitucional, algunos de los cuales son fines esenciales del Estado expresamente consagrados en la Carta:

"(...)el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (Cfr. Preámbulo, Arts. 1o y 2o C.P.). Con todo, para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que asimismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial. 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 arbitraje, entre otras, los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias, que igualmente plantean la presencia de complejidades de orden jurídico. (...).

"Para esta Corporación, las formas alternativas de solución de conflictos no sólo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos, sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales, problema éste que desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país. Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (Num 5o.) y propender al logro y el mantenimiento de la paz (Num. 6o). " [76]

En conclusión, es claro que la institución de la conciliación en los términos en que ha sido regulada por la Ley 640 de 2001, busca finalidades legítimas e importantes desde el punto de vista constitucional. Su implantación en el sistema jurídico colombiano persigue la realización de objetivos claramente consagrados en la Constitución, por lo que la institución supera la primera etapa del test de razonabilidad.

Una vez analizados estos fines, la segunda etapa del test de razonabilidad se centra en el examen del medio seleccionado por el legislador. Para ello, la Corte primero precisará las características de este requisito de procedibilidad y posteriormente, su conducencia para alcanzar los fines propuestos.

5.4 Análisis del medio: el requisito constituye una limitación legítima, principalmente de orden temporal, que puede ser superado por la decisión de las partes.

Las limitaciones que puede imponer el legislador a los derechos son de distintos tipos y afectan en mayor o menor grado su goce efectivo. En primer lugar, están las limitaciones materiales a través de las cuales, por ejemplo, se establecen distinciones para el ejercicio del derecho o se excluyen grupos de personas. Este tipo de limitaciones a los derechos son las más gravosas. Luego están los límites de tiempo, modo y lugar, que sujetan el ejercicio de los derechos al cumplimiento de determinadas condiciones.[77] Dentro de este grupo, las restricciones temporales son menos gravosas que otras condiciones cuya constitucionalidad ya ha sido declarada por la Corte, tal como la exigencia de acudir a la jurisdicción mediante abogado o con el cumplimiento de determinadas técnicas jurídicas[78]. Además, estos límites pueden ser insalvables por la voluntad de las partes o, por el contrario, removidos por decisión de ellas, como en el caso de la conciliación, donde las partes conservan el control del proceso y de los resultados de la conciliación.

En el caso bajo estudio, como ya se anotó, la exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, el cual sólo impone a las partes esperar que llegue la fecha fijada para la audiencia de conciliación, pero no las obliga a adoptar ninguna decisión dentro de esa audiencia. Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, por ejemplo, pueden manifestar su decisión de no conciliar y acudir directamente a la jurisdicción.

Además, la conciliación prejudicial obligatoria no es un medio prohibido por la Constitución. Luego se examinará si contradice el artículo 116 de la Carta en cuanto al requisito de transitoriedad y se llegará a la conclusión de que es compatible con éste.

5.5 La relación entre el medio y los fines. La conciliación prejudicial obligatoria resulta efectivamente conducente para el logro de los fines previstos por el legislador.

Este tercer paso del test de razonabilidad se dirige a examinar la relación entre los fines y el medio escogido por el legislador. En el presente caso, la Corte debe constatar si el medio escogido es no sólo adecuado, sino además, efectivamente conducente para alcanzar algunos de los fines que persigue.

El análisis se hará separando las materias civil, comercial y contencioso administrativa de la materia relativa a la familia.

En primer lugar, la conciliación prejudicial obligatoria en materia civil y contencioso

administrativa resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para garantizar el acceso a la justicia, como quiera ofrece un espacio para dar una solución a los conflictos por la vía de la autocomposición y permite que asuntos que normalmente no llegan a la justicia estatal formal porque las partes los consideran dispendiosos, difíciles o demasiado onerosos en términos de tiempo y esfuerzos, puedan ser ventilados y resueltos rápidamente y a un bajo costo.

En segundo lugar, la conciliación prejudicial obligatoria resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para promover la participación de los particulares en la administración de justicia, no sólo a través de la intervención del conciliador, sino también cuando las partes autocomponen su controversia. En ambos eventos, se fortalece la capacidad de los individuos para resolver de manera autónoma sus conflictos y para participar en la administración de justicia, salvo cuando se está ante conflictos originados por la violencia intrafamiliar, donde las posibilidades de autocomposición se reducen por el temor de la víctima a enfrentarse con su agresor para exponer sus razones y visión del conflicto, lo cual reduce sus posibilidades de participación deshinibida y efectiva.

En tercer lugar, la conciliación prejudicial obligatoria resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para promover la convivencia pacífica. La audiencia de conciliación constituye un espacio para el diálogo, que permite limar asperezas, ampliar la concepción que las partes tienen respecto del conflicto, entender el origen del conflicto, reconocer al otro como interlocutor válido e identificar posibles alternativas de solución. Este espacio posibilita la superación gradual de la cultura del litigio y crea oportunidades para establecer relaciones duraderas entre las partes después de acordada una solución al conflicto, ya que dada la naturaleza de la conciliación como proceso de negociación asistida y el carácter voluntario de la solución a que puedan llegar las partes, se reduce la condición de "ganador" y "perdedor" que surge durante un proceso de adjudicación. Así vista, la conciliación prejudicial obligatoria en materia civil y contencioso administrativa es una medida adecuada y efectivamente conducente para alcanzar este fin.

No obstante, en materia de familia, pueden existir circunstancias de violencia intrafamiliar que impidan crear las bases para un diálogo constructivo y de respeto mutuo entre las partes, donde sea posible escuchar y reconocer al otro como interlocutor y que posibiliten la solución del conflicto. En estas condiciones, no resulta efectivamente conducente a la luz del fin de garantizar la convivencia pacífica, forzar un espacio de encuentro que dada la naturaleza de los conflictos que surgen en un ambiente de violencia intrafamiliar, puede resultar contraproducente para alcanzar la solución pacífica del conflicto, al someter a la víctima a la obligación de encontrarse con su agresor.

En cuarto lugar, la conciliación prejudicial obligatoria promueve que los conflictos sean resueltos sin dilaciones injustificadas. En efecto, como en la conciliación las partes mantienen el control de la audiencia, del procedimiento y de los resultados de la misma, la resolución del conflicto depende de su voluntad y tomará tanto tiempo como ellas determinen.

En quinto lugar, la conciliación prejudicial obligatoria tiene un impacto positivo en la reducción del número de procesos que ingresan al sistema de justicia, pues ofrece un espacio en el cual las partes pueden llegar a una solución consensual que desestimula el uso de los sistemas adversariales de la justicia estatal formal, con lo cual este medio resulta adecuado y efectivamente conducente para descongestionar los despachos judiciales.

Por lo anterior, para la Corte la obligatoriedad de la conciliación prejudicial como requisito de

procedibilidad, resulta no sólo adecuada para alcanzar los fines señalados, sino efectivamente conducente para el logro de éstos, salvo en el caso de la conciliación en asuntos de familia cuando existen condiciones de violencia intrafamiliar.

Por esta razón, en materia de familia, la constitucionalidad de este medio depende de que no se hayan presentado situaciones de violencia intrafamiliar, pues en esos eventos no resulta adecuado ni efectivamente conducente que se obligue a la víctima a encontrarse con su agresor. Por ello, la exequibilidad de la norma será condicionada a que cuando hubiere violencia intrafamiliar, la víctima no esté obligada a asistir a la audiencia de conciliación y que pueda manifestar tal circunstancia ante el juez competente, si opta por acudir directamente a la jurisdicción del Estado.

6. La conciliación prejudicial obligatoria es compatible con la transitoriedad de la atribución de la función de administrar justicia a los particulares

Cuando se analizó si la audiencia de conciliación como requisito prejudicial estaba prohibida por la Carta, se advirtió que era necesario estudiar especialmente si tal exigencia era contraria al artículo 116, inciso cuarto, de la Constitución. Dicho artículo dice que los particulares sólo pueden ser investidos de la facultad de administrar justicia de manera transitoria. Cabe preguntarse si puede considerarse transitorio lo que ha sido establecido de forma obligatoria por una ley permanente. La Corte concluye que no se desconoce el requisito de transitoriedad, por las siguientes razones derivadas de un entendimiento del artículo 116 a la luz de los métodos gramatical, histórico, sistemático, teleológico y jurisprudencial.

En primer lugar se analizará el significado del concepto de transitoriedad. Luego se mirará si las normas demandadas son contrarias a éste.

Según el método gramatical, la transitoriedad hace referencia a un criterio temporal que señala la realización de una actividad específica por períodos predefinidos de tiempo. El término transitorio no necesariamente significa que la actividad se realice de manera ocasional, ya que lo ocasional señala la frecuencia con que se realiza una actividad y por lo tanto, una actividad transitoria puede realizarse en distintos momentos a lo largo de un período de tiempo. Tampoco se refiere ese término a lo excepcional, pues lo excepcional alude a un criterio material relativo a condiciones particulares, únicas, que excluyen la aplicación de una regla general. Así, el término de tres meses que establece el artículo 20 de la Ley 640 de 2001, es un plazo de tiempo predefinido que impone transitoriamente a las partes la obligación de esperar a la celebración de una audiencia previa de conciliación antes de someter la resolución de su controversia ante la jurisdicción. La transitoriedad se refiere al encuentro de las partes en conflicto, independientemente de que la actividad se realice de manera periódica, esporádica o frecuente por distintos ciudadanos y en distintas partes del territorio.

Si se examina el origen de la norma en la Asamblea Constituyente, se encuentra que fueron numerosos los proyectos de reforma constitucional que proponían la participación ciudadana en la administración de justicia, ya fuera como árbitros, conciliadores[79], jueces de paz que resolvieran controversias en equidad, o como jurados de conciencia que intervinieran en las causas criminales.[80] Esas propuestas fueron recogidas en las ponencias presentadas para votación ante la Asamblea.[81] Los textos sobre la materia fueron finalmente aprobados en segundo debate en plenaria el día 30 de junio de 1991 por la Asamblea. En ellos se plasmó la voluntad del constituyente de permitir la participación ciudadana en la justicia como conciliadores y árbitros (artículo 116) y también como jueces de paz (artículo 247).

Durante los debates de la Comisión IV de la Asamblea Constituyente, se aprobó el siguiente texto relacionado con el ejercicio de funciones jurisdiccionales por los particulares, cuya regulación y alcances se dejaba en manos del legislador y, además, se hacía referencia a la administración permanente del servicio de justicia por los órganos de la rama jurisdiccional, en el sentido de que este servicio debía ofrecerse de manera ininterrumpida y con dedicación exclusiva por parte de los jueces.[82] El artículo aprobado por la Comisión IV, decía en lo pertinente lo siguiente:

(Artículo 58). Funcionarios que administran justicia.

La Justicia es un servicio público a cargo de la Nación, que se administra en forma permanente, por el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces.(...)

Los particulares podrán intervenir en la Administración de Justicia en los casos que determine la Ley y proferir fallos en equidad."[83]

Posteriormente la Plenaria aprobó en primer debate, el día 7 de junio de 1991, un texto decía:

"ART. El Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y Jueces administran justicia.

(...)

Las autoridades administrativas y los particulares podrán ejercer función jurisdiccional y proferir fallos en equidad, en los términos que determine la ley, sin que les sea permitido juzgar y sancionar delitos."[84]

Se eliminó, entonces, cualquier referencia a criterios de orden temporal, sea el de permanencia o sea el de transitoriedad. La Plenaria en segundo debate, después de estudiar la propuesta por la Comisión codificadora aprobó un texto que fue el definitivo. Este dice:

"Artículo 4 (58) La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el

"Artículo 121.- La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. (...)

"Excepcionalmente la Ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido juzgar ni sancionar delitos.

"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."[85]

Así que según el método histórico, la expresión "transitoriamente" surge en la Asamblea Constituyente para diferenciar el ejercicio de funciones jurisdiccionales ejercidas de manera ininterrumpida y con dedicación exclusiva por los órganos judiciales, de la función de administrar justicia de carácter complementario y temporal que podían ejercer los particulares, sin dedicarse únicamente a obrar como árbitros o conciliadores.

Como quiera que el artículo 116 de la Carta emplea tanto la expresión "excepcional", como el vocablo "transitoriamente" para referirse a dos formas específicas de acceso a la justicia que complementan el ejercicio permanente y general de esta función por los órganos jurisdiccionales, resulta necesario hacer una interpretación sistemática de éste artículo, a fin de aclarar las diferencias entre estos dos términos y desentrañar su alcance en el contexto de toda la Constitución.

En primer lugar, el constituyente usó la expresión "excepcional" en relación con la justicia impartida por autoridades administrativas. La regla general es que la justicia sea administrada a través de los órganos jurisdiccionales del Estado. Esa regla general tiene como excepción el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, quienes al igual que los órganos jurisdiccionales imparten justicia al resolver las controversias que se les presenten, en aquellas materias que la ley les asigne.

En segundo lugar, la Carta emplea la acepción "transitoriamente" para describir el ejercicio de las funciones que en condición de conciliadores pueden asumir los particulares. No se trata de un traslado permanente de la función, como quiera que no desplaza a la justicia formal. Por eso no es tampoco permanente. En cambio, la excepción a la regla sí puede ser permanente en la medida en que la administración de justicia por autoridades administrativas representa una reasignación de competencias y una desjudicialización de la resolución de ciertas disputas.

En consecuencia, según el método sistemático, el carácter transitorio de la función de administrar justicia por los particulares en la condición de conciliadores surge del hecho de no desplazar a la justicia formal en la resolución de los conflictos.

De conformidad con el método teleológico, el carácter transitorio de esta función cuando es ejercida por los particulares, recogió la preocupación del constituyente por garantizar la participación ciudadana en todos los ámbitos, incluso en aquellos tradicionalmente reservados a los funcionarios del Estado, como el de la administración de justicia, y llevó a que se tomaran las previsiones necesarias para legitimar constitucionalmente esta forma de participación ciudadana como complemento a la justicia formal estatal y para la consolidación de los valores democráticos, el logro de una convivencia pacífica. En consecuencia, el carácter transitorio de la participación de los particulares en la función de administrar justicia tiene como finalidad abrir un espacio de participación democrática adicional, que complementa la justicia formal del Estado.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la razón de ser de la transitoriedad ha sido explicada profusamente por la Corte: la Constitución no tolera que una de las funciones esenciales del Estado en el artículo 2º de la Carta, se transfiera de manera permanente a los particulares. Sobre éste particular ha dicho la Corporación:

"Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. (...) No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna." [86] (subrayado fuera de texto)

Desde este punto de vista, la transitoriedad de la participación de los particulares en la administración de justicia, depende de que no haya un desplazamiento definitivo de los sistemas

de heterocomposición que ofrece la justicia formal.

En conclusión, todos los métodos de interpretación aplicados conducen a una misma dirección, cual es que la transitoriedad de la función de administrar justicia como conciliador prevista en el artículo 116, según el método gramatical, hace referencia a una actividad que se realiza dentro de un período corto de tiempo, actividad que, según el método histórico, puede ser interrumpida en el tiempo y no exige la dedicación exclusiva del conciliador, que busca, según el método teleológico, permitir la participación de la ciudadanía en la administración de justicia y complementar la justicia estatal formal y, además, según el método sistemático, no desplaza de manera permanente a la justicia formal del Estado, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia.

A partir de ese entendimiento del concepto de transitoriedad empleado en el artículo 116, pasa la Corte a resolver si las disposiciones demandadas están transmutando la transitoriedad del ejercicio de la función de administrar justicia por los particulares autorizada por la Carta en una función permanente. La obligatoriedad de este mecanismo prejudicial, la creación de centros de conciliación que ofrecen de manera permanente sus servicios, la habilitación para conciliar a funcionarios judiciales, a notarios, litigantes, personeros y particulares, la vigencia permanente de la ley que crea la obligatoriedad de la conciliación, harían pensar en una posible vulneración del orden constitucional y en una tendencia hacia la sustitución de la justicia estatal. No obstante, esta Corte considera que ese temor es infundado.

Como ya se dijo, la transitoriedad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por los particulares surge, en primer lugar, de la voluntad de las partes en conflicto, de permitir que un conciliador escogido por ellas, actúe como tercero neutral, las asista en el proceso de negociación y estimule la búsqueda de fórmulas de solución. A diferencia de lo que sucede en la justicia formal, donde las reglas sobre jurisdicción y competencia predeterminan quién es el juez que resuelve la controversia, el cual no puede ser seleccionado según el designio de las partes interesadas, al acudir a la conciliación las partes pueden escoger quién será su conciliador[87] y este puede actuar transitoriamente en virtud de esa voluntad.

En efecto, si se mira con detenimiento el articulado de la Ley 640 de 2001, se utiliza el término "conciliador" como referente genérico del individuo que ha sido autorizado, en un caso concreto, para dirigir la respectiva audiencia de conciliación. La autorización que la ley hace al particular para que funja como conciliador en un caso específico es una concesión indeterminada que sólo adquiere entidad jurídica cuando los individuos trabados en un conflicto solicitan, directamente al particular o indirectamente al centro de conciliación, un conciliador.

La función que en cada caso asume el particular en su condición de conciliador comienza con la fijación de la fecha para la audiencia de conciliación y termina con la firma del acta correspondiente en la que se consignan los términos del acuerdo o se manifiesta la imposibilidad de llegar a él. La transitoriedad de la función de administrar justicia 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 al conflicto o certifique que les fue imposible llegar a un acuerdo. En cambio, este no tiene competencia para sustituir a las partes en la solución de su conflicto ni para atender posteriores diligencias en relación con el mismo caso, ni para adoptar medidas tendentes al cumplimiento del arreglo logrado durante la audiencia de conciliación.

El carácter transitorio de esta autorización no impide la profesionalización de los conciliadores o el establecimiento de centros de conciliación que ofrezcan sus servicios de manera permanente. La existencia de centros de conciliación y de listas de conciliadores tampoco destemporaliza el

ejercicio de la función de administrar justicia en cada caso. El propósito de fundar instituciones dedicadas a la resolución alternativa de los conflictos obedece a la necesidad de dotar de cierta infraestructura material, suficiente para su adecuado funcionamiento, a quienes tendrían a su cargo la absorción de una gran demanda de solicitudes. Por ello, si tal necesidad desaparece o cambian las condiciones de conflictividad, los centros de conciliación podrían desaparecer. Esta posibilidad no existe con la justicia formal, que debe ser ofrecida de manera permanente e ininterrumpida.[88] Además, la Ley 640 de 2001 prevé un programa de capacitación y adecuación de los centros de conciliación que asegure que los particulares podrán contar con conciliadores profesionales que tengan los conocimientos y las condiciones éticas necesarias para apoyarlos efectivamente en la resolución de los conflictos y en la búsqueda de soluciones negociadas.[89]

La transitoriedad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por los particulares tampoco depende de que su regulación tenga vigencia temporal. Una cosa es la vigencia de la ley y otra la permanencia de la jurisdicción de un particular sobre determinado tipo de conflictos o sobre ciertas partes. La Constitución exige que la función del conciliador sea transitoria, no que la ley que regula la materia lo sea.

Adicionalmente, otro elemento que confirma el carácter transitorio de la participación de los particulares en la administración de justicia, es el hecho de que el efecto de cosa juzgada que producen las actas de conciliación no tiene carácter absoluto.[90] Tal como ya lo señaló la Corte, contra las actas de conciliación procede la acción de tutela si han ocurrido vías de hecho. Además cualquier irregularidad se puede alegar en el proceso judicial en el cual se haga valer el acta de conciliación. En todo caso, no es objeto de este proceso juzgar la constitucionalidad de la norma, no demandada, que establece que el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Por eso, la Corte se limita a resaltar que el acta recoge lo conciliado y que su obligatoriedad surge del acuerdo voluntario de las partes, que le pueden dar a lo conciliado el alcance material y temporal que ellas deseen. La fuerza de cosa juzgada no le quita el carácter transitorio al procedimiento de conciliación sino que le imprime seriedad y estabilidad jurídica a lo acordado.

Por lo anterior, concluye la Corte que el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial obligatoria no es contrario al artículo 116 de la Carta, ni al ejercicio transitorio de la función de administrar justicia por los particulares en la calidad de conciliadores.

7. El impacto que la conciliación prejudicial tiene sobre el goce efectivo del derecho a acceder a la justicia.

La Corte ha dicho que no basta que en abstracto la limitación al derecho a acceder a la justicia sea razonable, sino que es necesario evaluar las condiciones legales y materiales que aseguran el goce efectivo del derecho, no su respeto formal.

Con el fin de garantizar que la exigencia de la conciliación prejudicial obligatoria como requisito de procedibilidad no se convirtiera en un obstáculo para el acceso a la justicia, esta Corporación condicionó la constitucionalidad de dicho requisito al cumplimiento de ciertos requerimientos fácticos relacionados con la existencia de medios suficientes y de reglas de juego claras. De conformidad con la sentencia C-160 de 1999[91],

"No habría ningún problema en admitir la posibilidad de establecer la conciliación prejudicial en materia laboral, como requisito de procedibilidad, con miras a realizar los fines constitucionales

antes mencionados, siempre que se den las siguientes condiciones: I) que se cuente con los medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación que se presentan por quienes están interesados en poner fin a un conflicto laboral; II) que se especifique concretamente cuáles son los conflictos susceptibles de ser conciliados, y cuáles por exclusión naturalmente no admiten el trámite de la conciliación; III) que se defina, tratándose de conflictos que involucran a la Nación o a entidades públicas descentralizadas o instituciones o entidades de derecho social sí, además, del agotamiento de la vía gubernativa se requiere agotar la conciliación, o si ésta sustituye el procedimiento no relativo a dicho agotamiento; IV) que se establezca que la petición de conciliación, interrumpe la prescripción de la acción; V) que se determine un tiempo preciso durante el cual se debe intentar la conciliación expirado el cual las partes tienen libertad para acceder a la jurisdicción laboral.

"Las referidas condiciones, a juicio de la Corte, constituyen las bases mínimas que permiten asegurar, no sólo las finalidades constitucionales que se persiguen con la conciliación laboral prejudicial, instituida como un requisito de procedibilidad necesario para dar paso al proceso judicial, sino el fácil y rápido acceso a la justicia. Dicho acceso no puede quedar supeditado a la exigencia de requisitos exagerados, irrazonables y desproporcionados contenidos en la respectiva regulación normativa, ni ser obstaculizado en razón de omisiones del legislador, que igualmente conduzcan a que la normación se torne irrazonable y desproporcionada."

Existen condiciones comunes a todas las áreas en las que se exige la conciliación prejudicial obligatoria como requisito de procedibilidad que serán examinadas de manera conjunta por la Corte, y también existen condiciones específicas que requieren un examen caso por caso.

Procede la Corte a analizar la constitucionalidad del requisito de procedibilidad, regulado por los artículos 36, 37, 38 y 40 de la Ley 640 de 2001, en relación con el cumplimiento de las condiciones materiales señalados por la Corte en la sentencia C-160 de 1999 para la constitucionalidad del requisito de procedibilidad, en cada una de las áreas bajo estudio.

7.1. Examen del cumplimiento de los requisitos materiales comunes para aplicar la conciliación prejudicial obligatoria.

En primer lugar, como quiera que la Ley 640 de 2001 regula de manera uniforme la determinación de la existencia de suficientes recursos materiales y humanos para adelantar las conciliaciones, el establecimiento de la interrupción de la prescripción y de la caducidad de la acción con la presentación de la petición de conciliación y la determinación de un tiempo preciso durante el cual se debe intentar la conciliación, la Corte estudiará si las disposiciones acusadas cumplen estos requisitos.

7.1.1. Suficiencia de los requisitos materiales previstos por el legislador para la conciliación prejudicial obligatoria.

Esta Corporación consideró que para sostener la exequibilidad de la conciliación como requisito de procedibilidad era necesario contar con "los medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación que se presentan por quienes están interesados en poner fin a un conflicto laboral".[92] Aunque el fallo se refirió expresamente a la conciliación prejudicial en materia laboral, aquél sentó un precedente importante en relación con la necesidad de analizar si se garantiza, no el derecho formal, sino el goce efectivo del derecho a acceder a la justicia.

Pues bien, acogiendo la preocupación de la Corte, la Ley 640 de 2001 confirió importantes herramientas al Estado para que éste aumentara la capacidad de cobertura de la conciliación[93].

Dicha preocupación, más los esfuerzos por enmendar las falencias contenidas en el primer intento legislativo por incorporar este sistema de acceso a la administración de justicia, fueron expresadas por los respectivos ponentes del proyecto en los siguientes términos:

"Dentro de los inconvenientes planteados, merece especial mención el tema de la oferta de conciliadores, que el proyecto busca asegurar de la mejor manera. Así, como primera medida se amplía el rango de funcionarios públicos habilitados para actuar como conciliadores, de forma tal que en adelante podrá tramitarse la conciliación ante los inspectores de trabajo, los defensores de familia, los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del Ministerio Público, los jueces civiles o promiscuos municipales, los jueces de familia y los personeros municipales. Pero si ello fuera poco, este rango de conciliadores se ve ampliamente fortalecido al permitir que los notarios también puedan actuar como conciliadores, lo cual no sólo se presenta en pro de la cantidad sino de la calidad, legitimidad y cobertura del servicio"[94] (subrayado fuera de texto)

Con el aumento del número de conciliadores, el legislador pretendió incrementar la capacidad de absorción de la demanda de conciliaciones prejudiciales obligatorias que se deberán realizar a partir del año 2002. Por ello, a fin de mantener un equilibrio entre la demanda y la oferta de conciliaciones que fluctuará al ritmo de las necesidades reales de la población, el legislador previó en el artículo 42 de la Ley 640 de 2001 la necesidad de establecer una relación entre el número de conciliadores y el volumen de procesos judiciales que entran anualmente a cada una de las jurisdicciones.

Sin que las siguientes apreciaciones constituyan un juzgamiento sobre la constitucionalidad del artículo 42, la implementación de la conciliación como requisito de procedibilidad no fue diseñada como una medida que entrara a regir sin consideración a la existencia de los recursos materiales necesarios para su efectivo funcionamiento. La norma establece claramente que la conciliación prejudicial sólo se convertirá en requisito obligatorio cuando el número de conciliadores sea suficiente para absorber la demanda proyectada por el legislador, que ha sido estimada en un 2% de conciliadores según el número total de procesos anuales que ingresen a los despachos judiciales de cada Distrito.[95]

7.1.2. Determinación de un tiempo preciso para intentar la conciliación

Para dar cumplimiento a otro de los requisitos señalados por la Corte en la sentencia C-160 de 1999 sobre la necesidad de "determinar un tiempo preciso durante el cual se deba intentar la conciliación...", como medio para evitar que "el acceso a la tutela judicial efectiva quede en suspenso, en la incertidumbre, al arbitrio de la voluntad de los conciliadores y a las maniobras dilatorias de la parte no interesada en buscar el arreglo amistoso del conflicto por la vía de la conciliación", la Ley 640 de 2001 estableció en su artículo 20 que el plazo para la celebración de la audiencia es de tres meses[96].

Los términos de esta disposición, junto con la previsión sobre improrrogabilidad de la suspensión de la prescripción del artículo 21, contribuye a garantizar que la obligatoriedad de la conciliación prejudicial, no se convierta en un obstáculo para el acceso a la justicia formal estatal. Por ello, si la celebración de la audiencia es programada, por razones distintas a la voluntad de las partes –por ejemplo, por posible congestión de los centros de conciliación– para una fecha posterior a los tres meses previstos en la norma, la obligación de asistir a la audiencia desaparece y, por lo tanto, la limitación para acudir a la jurisdicción respectiva no es oponible a quien transcurrido dicho plazo acuda directamente a la jurisdicción estatal. De lo contrario, es decir, si dicho

término de tres meses no fuera perentorio, se colocaría una barrera indefinida insuperable para acceder a la justicia.

El carácter perentorio de los términos también es una salvaguarda respecto del cumplimiento efectivo del número mínimo de conciliadores por distrito judicial. En caso de que la oferta de conciliadores no aumente proporcionalmente y de manera oportuna y sincrónica respecto del incremento en la demanda, las partes podrán acudir directamente a la justicia formal estatal para que el juez correspondiente le de curso a la demanda respectiva y evite que una eventual congestión en la etapa de conciliación se convierta en un obstáculo para el goce efectivo del derecho a acceder a la justicia.

7.1.3. La interrupción de la prescripción o de la caducidad de la acción con la presentación de la petición de conciliación.

De conformidad con lo señalado por la Corte en la sentencia C-160 de 1999, con el fin de evitar que la conciliación prejudicial obligatoria impusiera una carga excesiva a las partes, que pudiera impedir de manera definitiva el acceso a la justicia formal estatal, la Corte exigió que se estableciera "que la petición de conciliación, interrumpe la prescripción de la acción".

Este requisito fue recogido expresamente en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, que dice:

Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

Esta disposición, sobre la cual la Corte no emite juicio constitucional alguno, autoriza, por una sola vez y de manera perentoria, la suspensión del término de prescripción o de caducidad, no prorrogable ni siquiera en el evento en que las partes decidan por mutuo acuerdo posponer la celebración de la audiencia en un período superior a tres meses, con lo cual se elimina la posibilidad de que las partes se aprovechen de este mecanismo para impedir la prescripción o la caducidad de la acción. Con esta disposición se cumple el otro de los requisitos señalados por la Corte, para la constitucionalidad del requisito de procedibilidad.

Culminado el análisis del cumplimiento de requisitos comunes para la constitucionalidad de la conciliación prejudicial obligatoria en materia civil, de familia y contencioso administrativa, pasa la Corte a estudiar el cumplimiento de las condiciones específicas para cada una de estas jurisdicciones, a saber, la determinación de las materias frente a las cuales se exigirá el requisito de procedibilidad.

7.2. La determinación de los asuntos sujetos a conciliación obligatoria en materia civil y comercial como requisito de procedibilidad

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, las partes están obligadas a asistir a una audiencia de conciliación "antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios." En consecuencia, en materia civil o comercial la Ley 640 de 2001 y las demás disposiciones vigentes en la materia, señalan la obligatoriedad de la conciliación

prejudicial en los procesos que cumplan con los siguientes requisitos concurrentes:

- a. que sean asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación (artículo 19, Ley 640 de 2001);
- b. que sean asuntos de competencia de los jueces civiles (artículo 27, Ley 640 de 2001);
- c. que sean asuntos objeto de procesos declarativos (artículo 38, Ley 640 de 2001);
- d. que deban tramitarse por el procedimiento ordinario o abreviado (artículo 38, Ley 640 de 2001)
- e. que no se trate de procedimientos de expropiación ni divisorios (artículo 38, Ley 640 de 2001).

En ese orden de ideas, deberá agotarse el trámite conciliatorio previo en las disputas patrimoniales relativas, por ejemplo, a los modos de adquirir el dominio, el uso, goce y posesión de los bienes, servidumbres, excepto lo relativo a la validez de la tradición y los procesos de expropiación y divisorios, expresamente excluidos[97]. También se debe intentar la conciliación prejudicial en las disputas patrimoniales relativas a la celebración, ejecución y terminación de contratos civiles y comerciales, las controversias derivadas de la creación y negociación de títulos valores de contenido crediticio, entre muchos otros.[98]

Por lo anterior, en materia civil y comercial el legislador determinó con suficiente claridad los asuntos frente a los cuales se exige intentar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

7.3. La determinación de los asuntos de familia sujetos a conciliación prejudicial obligatoria como requisito de procedibilidad

Según el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 640 de 2001 son conciliables "los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991." Esas materias son, según el artículo 277 del Código del Menor:

- a) La fijación provisional de residencia separada;
- b) La fijación de cauciones de comportamiento conyugal;
- c) Alimentos entre cónyuges, si hay hijos menores;
- d) Custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos;
- e) Regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor.

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 23 de 1991 señala como conciliables los siguientes asuntos:

- a) La suspensión de la vida en común de los cónyuges;
- b) La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores;
- c) La fijación de la cuota alimentaria;
- d) La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónicos;
- e) La separación de bienes y la liquidación de las sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges, y

f) Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales.

De esta lista de asuntos conciliables, el artículo 40 demandado señala que deben ser conciliados previamente los siguientes asuntos:

1. Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.
2. Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias.
3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial.
4. Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.
5. Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales.
6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.
7. Separación de bienes y de cuerpos.

Estas disposiciones cumplen a cabalidad con el condicionamiento de constitucionalidad sobre claridad de las materias conciliables fijado en la sentencia C-160 de 1999.[99]

7.4. La determinación de los asuntos sujetos a conciliación prejudicial obligatoria en materia contencioso administrativa

En materia contencioso administrativa, el legislador estableció unas condiciones particulares que reducen la posibilidad de afectación del derecho de acceso a la justicia en esta materia.

En primer lugar, con el fin de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado, la conciliación administrativa debe ser aprobada judicialmente.[100]

En segundo lugar, la conciliación administrativa sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales. Además, el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación del acuerdo conciliatorio[101] y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logró el acuerdo.[102]

En tercer lugar, la conciliación administrativa impone a los representantes de las entidades públicas no sólo la obligación de concurrir a la audiencia de conciliación, sino además la obligación de discutir las propuestas de solución que se hagan, salvo que exista justificación para ello, y de proponer fórmulas de solución[103]. El incumplimiento de estas obligaciones da lugar a sanciones disciplinarias.

Según el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, la conciliación en esta materia tiene importantes restricciones.

"Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1.- En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2.- No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario."

De los asuntos susceptibles de conciliación citados en la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 señaló la obligatoriedad de este requisito de procedibilidad para los asuntos que hayan de ser tramitados mediante las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, es decir, acciones de reparación directa por daños antijurídicos causados por hechos, omisiones, operaciones o actuaciones administrativas o por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, así como controversias de carácter patrimonial surgidas con ocasión de contratos estatales.

En el caso de la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa, la sentencia en la sentencia C-160 de 1999, definió un requisito adicional sobre la definición de la procedencia o no de la vía gubernativa que la Corte examinará a continuación.

Por la naturaleza de la acción de reparación directa (artículo 86 del Código Contencioso Administrativo), no es indispensable de agotamiento previo de la vía gubernativa. Además, en el caso de la acción contractual (artículo 87 del Código Contencioso Administrativo), no existe incompatibilidad entre la conciliación prejudicial y el agotamiento de la vía gubernativa, pues en este caso, según lo establecen los artículos 51 y 77 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal, "los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo son susceptibles del recurso de reposición", el cual no es obligatorio para poder ejercer la acción contractual. Esta disposición cumple, por lo tanto, con los condicionamientos enunciados por la Corte y resulta constitucional en estos aspectos.

Por lo anterior, la exigencia del requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa resulta compatible con la Carta. Pasa la Corte a precisar dos asuntos adicionales que resultan relevantes para el análisis de la constitucionalidad del requisito de procedibilidad en materia civil, de familia y contencioso administrativa. Estos asuntos son: (i) La relación del presente fallo con la sentencia C-893 de 2001; (ii) La consideración de otros derechos relevantes.

8. Análisis del precedente

Mediante Sentencia C-893 de 2001, citada en este fallo, la Corte Constitucional decidió declarar inexequibles las normas de la Ley 640 de 2001 por las cuales se disponía la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en materia laboral.

Podría pensarse que las consideraciones vertidas en dicha sentencia son aplicables a la conciliación civil, contencioso administrativa y de familia y que, por tanto, la presente decisión se encuentra en contravía de este fallo.

No obstante, tal apreciación es incorrecta porque el precedente jurisprudencial –en este caso- no

es aplicable. La aparente contradicción desaparece si se observa que el fallo anterior está sustentado en consideraciones relativas al carácter especial de las relaciones laborales, que impide someter los conflictos de esta naturaleza al requisito de procedibilidad previsto en la Ley 640 de 2001.

En efecto, la Corte dijo en dicha providencia que debido a la especial protección del derecho al trabajo en la Constitución Política y a que, por principio, las condiciones en que se desarrollaban las relaciones laborales eran de subordinación e inferioridad, el elenco de normas superiores destinado a proteger tales intereses "podría quedar enervado, o al menos, seriamente amenazado, si el titular de los derechos que le han sido vulnerados, tuviese limitantes o cortapisas impuestas por el legislador como condición para poderlos ejercer de modo expedito". Sobre este particular la Corte expuso las siguientes ideas:

"Desde otro ángulo de análisis puede afirmarse que la inconstitucionalidad del requisito de procedibilidad en asuntos laborales es contrario al conjunto de disposiciones superiores que le atribuyen al trabajo la condición de derecho fundamental y le imponen al Estado el deber de brindarle especial protección.

"Efectivamente, la Constitución Política de 1991, además de enmarcar a Colombia como Estado Social de Derecho (art. 2º), prodiga al trabajo una especial protección de parte del Estado. De ahí que cuando se desconocen los derechos consagrados a favor de un trabajador, éste debe gozar de los mecanismos expeditos de acción para defenderlos ante las autoridades competentes, sin condicionamientos que enerven la efectividad de los mismos.

"Corolario de lo anterior es el precepto 53 de la Carta Fundamental, que le señala al Estatuto del Trabajo la obligación de instituir unos principios mínimos fundamentales, entre otros, los de igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima, vital y móvil; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos contenidos en normas laborales; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; garantía a la seguridad social; y facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles." (Sentencia C-893 de 2001)

Visto que dicho antecedente jurisprudencial en materia de conciliación prejudicial obligatoria sólo se refiere a asuntos laborales, la presente sentencia, en cuanto estudia la misma figura pero en las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia, no tiene que seguirlo porque no constituye un precedente aplicable a estas materias, completamente distintas a la laboral.

En cambio, sigue la Corte en esta sentencia, los precedentes en los cuales esta Corporación ya había sostenido que el legislador podía exigir a las partes asistir a una audiencia de conciliación antes de acudir a la jurisdicción, si se cumplen ciertos requisitos. Estos precedentes son los siguientes: La sentencia C-160 de 1999[104], citada en este fallo para recordar los requisitos materiales fijados por la Corte para la constitucionalidad de la conciliación prejudicial obligatoria y, posteriormente, la sentencia C-247 de 1999, sobre la conciliación obligatoria en materia de asuntos de familia, donde la Corte afirmó

(...) la conciliación previa obligatoria en materia de familia, resulta exequible sólo si corresponde a los asuntos establecidos en el inciso segundo del artículo 88, y si dentro de las autoridades ante las que puede llevarse a cabo, está incluido el Juez Promiscuo Municipal, cuando no exista en el sitio, alguno de los otros funcionarios que la norma señala: Juez de Familia, Comisario de Familia, pues, se repite, el Juez Promiscuo Municipal, también tiene competencia en asuntos de

familia señalados por la ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 7, del decreto 2272 de 1989.

9. La consideración de otros derechos relevantes.

Es posible que el análisis del cumplimiento de condiciones materiales requiera un examen más detallado, cuando las partes en conflicto se encuentren en situaciones de extrema pobreza, o cuando la conciliación obligatoria afecte particularmente a grupos marginados de la población, o tenga un impacto negativo frente a personas colocadas en situaciones de desigualdad manifiesta. No obstante, la presente demanda no desarrolla cargos específicos por violación del principio de gratuidad de la justicia o del derecho de igualdad, por lo cual la Corte no emite juicio de constitucionalidad alguno sobre estas materias.

Tampoco analiza la Corte el alcance del derecho de participación y de otros derechos que ofrecen la más amplia autonomía a los ciudadanos para resolver los asuntos que les conciernen respecto de las diferencias entre la conciliación en derecho y la conciliación en equidad, como quiera que no fueron expresamente demandados.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Estarse a lo resuelto en la sentencia C-893 de 2001, que declaró **INEXEQUIBLES** las expresiones "requisito de procedibilidad" y "laboral", contenidas en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 39 que regulaba la conciliación obligatoria en materia laboral.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLES los artículos 35, 36, 37 y 38 de la Ley 640 de 2001, que regulan la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acudir a las jurisdicciones civil y contencioso administrativa, en relación con los cargos de la demanda, relativos al derecho a acceder a la justicia.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE los artículos 35, 36 y 40 de la Ley 640 de 2001, que regulan la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de familia, en relación con los cargos de la demanda, relativos al derecho a acceder a la justicia, bajo el entendido que cuando hubiere violencia intrafamiliar la víctima no estará obligada a asistir a la audiencia de conciliación y podrá manifestarlo así al juez competente, si opta por acudir directamente a la jurisdicción del Estado.

Cópiese, notifíquese comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Rodrigo Uprimny Yepes,

Magistrado (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-1195/01

CONCILIACION COMO MECANISMO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-No intemporalidad/CONCILIACION COMO MECANISMO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-No obligatoriedad/CONCILIACION COMO MECANISMO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-No onerosidad (Salvamento de voto)

CONCILIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Rasgos característicos (Salvamento de voto)

CONCILIACION-Carácter voluntario (Salvamento de voto)

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Carácter facultativo (Salvamento de voto)

ARBITRAMENTO-Proviene de la habilitación de las partes (Salvamento de voto)

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Inconstitucionalidad de obligatoriedad e indefinición en el tiempo (Salvamento de voto)

CONCILIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS-Voluntariedad (Salvamento de voto)

"Cabe resaltar que la voluntariedad de los mecanismos alternos de resolución de conflictos, y en especial el de la conciliación, no sólo se refiere a la espontaneidad que debe acompañar a las partes en la celebración del acuerdo respectivo, sino también a su libertad de iniciativa en la gestión conciliatoria, esto es, la actividad orientada a solicitar la participación de un tercero ajeno al aparato de la justicia para que dirima determinada controversia susceptible de ser conciliada".

CONCILIACION COMO MECANISMO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-No establecimiento como requisito obligatorio (Salvamento de voto)

"Ha de concluirse que dada la naturaleza facultativa de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el legislador no puede establecer la conciliación como requisito obligatorio de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción, porque al hacerlo está desconociendo el núcleo esencial del derecho de acceder a la administración de justicia, del cual también forma parte la decisión libre y espontánea de los asociados de escoger la vía adecuada -judicial o extrajudicial-, para la solución de sus controversias".

CONCILIACION COMO MECANISMO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Gratuidad (Salvamento de voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN ASUNTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Inconstitucionalidad (Salvamento de voto)

Indudablemente la norma es contraria a la Carta Política, puesto que desconoce el carácter esencialmente temporal y voluntario de la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos según los términos del artículo 116 Superior.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN ASUNTOS DE FAMILIA-Inconstitucionalidad (Salvamento de voto)

Magistrados Ponentes:

Manuel José Cepeda Espinosa

Marco Gerardo Monroy Cabra

Proceso D-3519

Con el acostumbrado respeto los suscritos magistrados discrepamos de la decisión mayoritaria consignada en el fallo de la referencia, pues en nuestro parecer la Corte debió acoger el proyecto de sentencia presentado por la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, en el que se declaraba la inconstitucionalidad de los artículos 35, 36, 37, 38 y 40 de la Ley 640 de 2001.

Dicho proyecto recoge el criterio expuesto en la Sentencia C-893 de 2001, en virtud del cual la Corte había considerado que en razón del mandato contenido en el artículo 116 de la Carta Política, la conciliación como mecanismo de acceso a la administración de justicia no puede tener carácter intemporal, no puede ser impuesta como mecanismo obligatorio de resolución de conflictos y menos aún puede ser onerosa para los interesados debido al principio de gratuidad de la justicia.

En la providencia de la cual nos apartamos además se evidencia una contradicción ostensible en lo que atañe a la orientación filosófica de la conciliación, puesto que se la concibe como un mecanismo que facilita el acceso de los particulares a la administración de justicia que, no

obstante, puede tornarse en un obstáculo cuando adquiere carácter obligatorio sin un fundamento fáctico adecuado como son la existencia de medios suficientes y de reglas de juego claras.

Por ello, no dudamos en calificar de desafortunada la decisión tomada en la sentencia C-1195 de 2001, puesto que no contribuye al cabal entendimiento de la conciliación en perjuicio de los nobles propósitos que se persiguen cuando se acude a esta herramienta como mecanismo alternativo para la solución pacífica de conflictos.

A continuación se transcriben los argumentos del referido proyecto de sentencia, por considerar que ilustran de mejor forma la posición de quienes suscribimos el presente salvamento de voto:

"1. La conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a la administración de justicia

"En la Sentencia C-893 de 2001, la Corte analizó extensamente el sentido y alcance del mandato contenido en el artículo 116 de la Carta Política, en virtud del cual 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.

"Consideró esta Corporación que al tenor de lo dispuesto en la citada norma superior, los denominados mecanismos alternativos de resolución de conflictos -de los cuales forma parte la conciliación-, tienen un contorno constitucional caracterizado por la naturaleza eminentemente efímera de la facultad para administrar justicia, por el origen voluntario de la habilitación, por su gratuidad y por su clara estirpe democrática derivada del hecho de constituir una forma de colaboración de los particulares para el buen funcionamiento del aparato judicial encargado, en forma permanente, de atender las demandas sociales de tutela judicial efectiva.

"En lo concerniente a la conciliación, la Corte en el citado pronunciamiento, luego de hacer mención a su génesis y evolución en el ordenamiento jurídico colombiano, identificó los siguientes rasgos característicos de este medio alternativo de solución de conflictos:

La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia. Independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados.

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal.

Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero, que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitando los costos de un proceso judicial.

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

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

En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil.

Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (*rei iudicata*) y presta mérito ejecutivo (art. 66, Ley 446 de 1998).

La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer.

A la conciliación le caben los mismos argumentos expuestos por la Corte en relación con el arbitramento, en lo que tiene que ver con las materias susceptibles de transacción. Así debe decirse que están excluidos de ser conciliables asuntos relativos al estado civil o a los derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer.[105] Del mismo modo, puede decirse que a conciliación no pueden ser sometidos asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional[106], o materias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos.[107]

1. Finalmente, por definición la conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula. [108]

Debe advertirse que en materia laboral, la voluntariedad de la conciliación está expresamente reconocida en el artículo 53 de la Carta Política, que al consagrar los principios mínimos fundamentales del trabajo consagra las "facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles".

"El carácter voluntario de la conciliación ha sido objeto de reconocimiento en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo artículo 13-3 prescribe:

"ARTICULO 13°. DEL EJERCICIO DE LA FUNCION 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..." Se subraya

"Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho énfasis en el carácter facultativo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación. Así, en la Sentencia C-226 de 1993, M.P., Alejandro Martínez Caballero, la Corte dijo:

"...conforme a lo prescrito por el artículo 116 de la Constitución Política, ejercen función jurisdiccional de manera excepcional y con carácter transitorio, el Congreso, determinadas autoridades administrativas y los particulares en la condición de árbitros o conciliadores. (...) **Esta facultad otorgada a los particulares tiene entre otras las siguientes características: es esencialmente ocasional o transitoria; es voluntaria por cuanto son las partes quienes habilitan al particular para resolver la controversia; y sólo puede hacerse en la calidad de conciliador o de árbitro, manifestándose en fallos en derecho o en equidad**". Se subraya

"Y en la Sentencia C-160 de 1999, también acotó:

"Como caracteres esenciales que informan la conciliación se destacan los siguientes:

a) Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes. Por consiguiente, es de la esencia de la conciliación que las partes en conflicto, con la intervención del conciliador, lleguen a un acuerdo que o bien implica el reconocimiento o la aceptación por una de ellas de los posibles derechos reclamados por la otra, o la renuncia recíproca de pretensiones o intereses que se alegan por aquéllas. (...) " Se subraya

"Igualmente al referirse a la figura del arbitramento, la Corte ha manifestado que como mecanismo alerno de solución de conflictos proviene de la habilitación que hacen las partes[109], lo cual acarrea la derogación de la jurisdicción que en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro un tercero con carácter definitivo resuelva la controversia suscitada mediante una decisión que hace tránsito a cosa juzgada. [110]

"Precisamente la Corte, tomando en consideración el carácter facultativo de los medios de resolución de conflictos ha retirado del ordenamiento jurídico las disposiciones que han pretendido establecerlos a manera de mandato obligatorio y con carácter indefinido en el tiempo. Por ejemplo, mediante la Sentencia C-242 de 1997 declaró inexecutable el artículo 19.4 de la Ley 142 de 1994, que sometía obligatoriamente a la decisión arbitral las diferencias entre los socios de las empresas de servicios públicos. Dijo entonces esta Corporación:

"(...) disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio, que el instrumento que debe utilizarse para resolver las diferencias surgidas entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, sea el del procedimiento arbitral, desconoce el mandato contenido en el artículo 116 de la Constitución Política, según el cual "son las partes" las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de

árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

"Cabe advertir que, la objeción no versa sobre la imposibilidad de escoger de común acuerdo el tribunal de arbitramento como un instrumento de resolución de los litigios que aparezcan en las empresas de servicios públicos domiciliarios "E.S.P." ; por el contrario, lo que no se ajusta al ordenamiento constitucional citado, es el carácter imperativo y genérico establecido en la norma acusada que restringe en forma absoluta el derecho fundamental de los asociados para acceder a la administración de justicia, en la forma garantizada por el artículo 229 de la Carta Política, sin tener en cuenta que, son las partes las facultadas en la Constitución (art. 126) para habilitar en cada caso concreto a los árbitros de la función de administrar justicia, en forma transitoria.

"Igualmente, en el precepto acusado se impide, por consiguiente, la determinación libre que tienen los asociados de las mencionadas "E.S.P.", de someter las diferencias a la decisión arbitral de particulares, dada la obligatoriedad de la norma, cercenando así el derecho al acceso a la jurisdicción ordinaria, investida del principio de gratuidad y permanencia de que está revestida la administración de justicia (C.P., art. 218 y 229).

"Además, no tiene fundamento alguno de carácter jurídico pretender que el arbitramento pueda sustituir la jurisdicción ordinaria de manera absoluta e indefinida en el tiempo, bajo el pretexto de obtener una definición pronta del conflicto, ya que la institución arbitral solamente es procedente y viable en forma excepcional y transitoria, según los ordenamientos constitucionales anteriormente citados y respecto de materias susceptibles de transacción, en desarrollo del acuerdo expreso de las partes, mediante la habilitación de los árbitros para proferir el respectivo fallo en cada caso en particular.

"De ahí que, no tenga asidero constitucional institucionalizar por vía legislativa el procedimiento arbitral para sustituir en todos los casos, en forma genérica e indefinida, a la jurisdicción ordinaria consagrada en la misma Constitución Política de 1991.

"De lo anterior se colige, entonces, que en las empresas de servicios públicos domiciliarios "E.S.P." las diferencias que surjan entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, pueden libre, y no obligatoriamente, y en cada evento específico someterse a la decisión de un tribunal de arbitramento, a fin de que éste dirima el respectivo conflicto, en desarrollo del ejercicio espontáneo de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, para que los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en su calidad de árbitros "habilitados por las partes", profieran sus fallos en derecho o en equidad, en los términos señalados por la ley". Se subraya

"Cabe resaltar que la voluntariedad de los mecanismos alternos de resolución de conflictos, y en especial el de la conciliación, no sólo se refiere a la espontaneidad que debe acompañar a las partes en la celebración del acuerdo respectivo, sino también a su libertad de iniciativa en la gestión conciliatoria, esto es, la actividad orientada a solicitar la participación de un tercero ajeno al aparato de la justicia para que dirima determinada controversia susceptible de ser conciliada.

"La voluntad de conciliar es una sola y comprende, ontológicamente, la decisión de optar por ella. Por ello en esta materia no es admisible establecer una dicotomía entre la conciliación como procedimiento y la conciliación como posibilidad de disponer de un derecho subjetivo, a fin de sostener que en el primer caso el legislador puede imponerla como requisito de procedibilidad, en tanto y en cuanto desde esa óptica tiene un sentido meramente instrumental o mediático.

"En verdad, no puede hablarse de libre acceso a la administración de justicia si la vía a la cual

tienen que acudir los coasociados para la solución de sus controversias ha sido impuesta omnímodamente por el legislador. En este sentido es claro que la conciliación se convierte en un obstáculo para acceder libremente a la administración de justicia cuando es establecida como requisito de procedibilidad. De ahí que no exista contradicción en afirmar que la conciliación es un instrumento de acceso a la administración de justicia, que pierde esta connotación cuando el legislador unilateralmente decide imponerla como fórmula de solución de conflictos.

"Así pues, ha de concluirse que dada la naturaleza facultativa de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el legislador no puede establecer la conciliación como requisito obligatorio de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción, porque al hacerlo está desconociendo el núcleo esencial del derecho de acceder a la administración de justicia, del cual también forma parte la decisión libre y espontánea de los asociados de escoger la vía adecuada -judicial o extrajudicial-, para la solución de sus controversias.

"Como mecanismo alterno de solución de conflictos también es de la esencia de la conciliación su vocación de transitoriedad en el tiempo, puesto que por disposición del artículo 116 de la Carta Política, el ejercicio permanente de la función de administrar justicia está a cargo de los órganos señalados en el inciso primero de la norma constitucional en referencia: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía General de la Nación, Tribunales y Jueces. Esta temporalidad significa que el legislador no puede establecer la conciliación con carácter indefinido en el tiempo, porque al hacerlo estaría sustituyendo la función jurisdiccional que ordinariamente está a cargo de las mencionadas instituciones.

"Particularmente, en la Ley 640 de 2001 se echa de menos el señalamiento de un límite temporal a la aplicación de la conciliación. Por el contrario, en las disposiciones que conforman dicho ordenamiento se percibe la intención de establecer este mecanismo con vocación de permanencia en el tiempo, toda vez que se dictan medidas sobre las calidades y capacitación de los conciliadores, las tarifas, los centros de conciliación, procedimiento etc. que hacen ostensible un propósito distinto.

"Finalmente, para que no obstaculice el libre acceso a la administración de justicia la conciliación debe ser gratuita. Al respecto debe tenerse presente que por mandato contenido en el artículo 6° de la Ley Estatutaria de la Justicia en virtud el cual "la administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas, agencias en derecho y costos judiciales". Sobre este principio la Corte Ha expresado:

"El principio de gratuidad apunta, pues, a hacer efectivo el derecho constitucional fundamental a la igualdad. Con ello no quiere la Corte significar que aquellos gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes, tengan igualmente que someterse al principio de gratuidad. Por el contrario, si bien toda persona tiene el derecho de acceder sin costo alguno ante la administración de justicia, no sucede lo mismo con los gastos necesarios para obtener la declaración de un derecho. Por tal razón, la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas -usualmente a quien ha sido vencido en el juicio-, así como las agencias en derecho, esto es, los gastos en que incurrió la parte favorecida o su apoderado (a través de escritos, diligencias, vigilancia, revisión de expedientes) durante todo el trámite judicial. Se trata, pues, de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.

"No obstante lo expuesto, encuentra la Corte que al señalar la norma en comento que "en todos los procesos" habrán de liquidarse las agencias en derecho y las costas judiciales, se está desconociendo la posibilidad de que la Carta Política o la ley contemplen procesos o mecanismos para acceder a la administración de justicia que no requieran erogación alguna por parte de los interesados. La acción de tutela de que trata el artículo 86 superior, reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, y la acción pública de constitucionalidad prevista en los artículos 241 y 242 del Estatuto Fundamental y reglamentada por el Decreto 2067 de 1991, son algunos de los ejemplos que confirman los argumentos expuestos. Así las cosas, esta Corte advierte que será responsabilidad del legislador definir, en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales." [111]

"Sobre este aspecto debe tenerse en cuenta que el principio de gratuidad de la justicia se deduce de su condición de pilar fundamental del Estado Social de Derecho y de presupuesto esencial para lograr la convivencia, la paz y el orden justo a los que alude el Preámbulo de la Carta Política. La gratuidad es además requisito esencial para hacer efectivo el derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad, puesto que la situación económica de quienes acuden a ella no se puede erigir en un condicionamiento para obtener pronta y cumplida solución de sus controversias.

"En esta materia se advierte que en la Ley 640 de 2001, el andamiaje institucional para el funcionamiento de la conciliación no es del todo gratuito para los usuarios, por cuanto al tenor de lo preceptuado en el artículo 9° de este ordenamiento el Gobierno Nacional está autorizado para fijar el marco tarifario de los servicios que presten los centros de conciliación remunerados y los notarios. A lo anterior se suma el hecho de que los usuarios tendrían que acudir masivamente a estos centros de conciliación, dado que se carece de la infraestructura adecuada para la prestación del servicio por parte de los funcionarios públicos a quienes también la ley les encomendó esta función.

"Hechas estas observaciones, la Corte procede a examinar la validez constitucional de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acceder ante las jurisdicciones contencioso administrativa, civil y de familia en la forma como aparece regulada en las disposiciones que se demandan en la presente oportunidad.

"2. La conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo

"De conformidad con lo preceptuado en el artículo 37 de la Ley 641 de 2001, que se acusa de inconstitucional, antes de ejercer cualquiera de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de naturaleza contractual, establecidas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes individual o conjuntamente, deben formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable.

"Indudablemente la norma es contraria a la Carta Política, puesto que desconoce el carácter esencialmente temporal y voluntario de la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos según los términos del artículo 116 Superior.

"Bastaría esta simple razón para retirar la norma acusada del ordenamiento jurídico, pero existen otros motivos que hacen más notoria su inexequibilidad:

"En primer lugar, no parece razonable el establecimiento de toda una infraestructura logística

destinada a hacer operante la conciliación forzosa en materia de lo contencioso administrativo, cuando para atender las demandas de justicia en este campo se habían creado con anterioridad los juzgados contencioso administrativos, que no han podido entrar en funcionamiento por la carencia recursos presupuestales.

"En segundo lugar, la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad en lo contencioso administrativo no se compadece con la laxitud probatoria que al respecto consagra la Ley 640 de 2001. En efecto, hasta antes de la expedición de la citada normatividad se consideraba que el conciliador sólo podía aprobar la conciliación cuando hubiera verificado fehacientemente, a través de los medios probatorios adecuados, los hechos, las pretensiones y demás circunstancias relevantes de la actuación.

"En este sentido, se orientaban los artículos 60 y 61 del Decreto 1818 de 1998 que autorizaban improbar la conciliación que careciera de pruebas idóneas y suficientes que justificaran su procedencia. Pero el artículo 25 de la Ley 640 de 2001, torna facultativas las pruebas en los asuntos contenciosos cuando prescribe:

"ARTICULO 25. PRUEBAS EN LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL. Durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes. Con todo, el conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio.

Las pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a su solicitud. Este trámite no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción previsto en la ley.

Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo.

"En verdad, si el éxito de la conciliación extrajudicial de carácter obligatorio depende de la flexibilidad probatoria y de la celeridad del trámite conciliatorio, fácilmente se puede llegar a resultados adversos a los intereses del Estado cuando se aprueben acuerdos sin suficiente material probatorio.

"En tercer lugar, no puede perderse de vista que si la conciliación contencioso administrativa sólo puede adelantarse actualmente ante los Agentes del Ministerio Público, por mandato expreso del artículo 23 de la Ley 640 de 2001, la carga de trabajo de estos funcionarios sumada a la disponibilidad de infraestructura y de recursos suficientes impedirá, muy seguramente, el éxito de una conciliación de carácter forzoso.

"Por lo anterior, se declarará la inconstitucionalidad del artículo 37 de la Ley 640 de 2001.

"3. La conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos civiles

"La conciliación en materia civil fue adoptada en el Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil) como inicio de la audiencia en los procesos verbales. Posteriormente con el Decreto 2282 se consagró como etapa inicial dentro de la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P.C. en los procesos ordinarios y abreviados en los que no estuviera prohibida. La Ley 23 de 1991, creó los centros de conciliación y autorizó a las partes para conciliar con anterioridad

a la presentación de la demanda o en cualquier momento del proceso antes de la sentencia de primera instancia. El Decreto 2651 de 1991, generalizó la conciliación a todo tipo de procesos incluyendo los arbitrales. La Ley 446 de 1998 en sus artículos 64 y siguientes definió la conciliación, señaló cuales son los asuntos conciliables y estableció los efectos de la conciliación.

"Según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios. La procedencia de este mecanismo está sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones establecidas en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

"La conciliación obligatoria en materia civil está llamada a correr la misma suerte que conciliación obligatoria en materia de lo contencioso administrativo, puesto que con su establecimiento el legislador desconoció el carácter voluntario y transitorio de la conciliación como instrumento alternativo para la solución de conflictos. Por tal razón la norma bajo revisión será declarada inexecutable.

"No obstante, militan razones que hacen aún más evidente la inconstitucionalidad de la conciliación forzosa en materia civil.

"En primer término, según lo dispone el artículo 4° de la Ley 640 de 2001 la conciliación que se intente ante los centros de conciliación y ante los notarios es onerosa en términos económicos, con lo cual se restringe notablemente la igualdad de oportunidades para acceder libremente a la administración de justicia, si se tiene en cuenta que es grande el número de asuntos civiles que están sometidos al requisito de procedibilidad y que en su resolución están interesados, por lo general, personas de limitados recursos económicos.

"Ciertamente, la conciliación preprocesal es obligatoria en los procesos declarativos que se tramiten mediante el procedimiento ordinario o abreviado. Abreviados son, por ejemplo, los de servidumbre, posesorios, entrega del tradente al adquirente, rendición de cuentas, pago por consignación, impugnación de actos o decisiones de asambleas, restitución del bien arrendado, cuya resolución generaría para las partes el sobre costo de tener que pagar la tarifa correspondiente, sin tener la seguridad de que el asunto será resuelto definitivamente por el conciliador.

"Adicionalmente, por disposición del artículo 27 de la Ley 640 de 2001 la conciliación extrajudicial en derecho en materias de competencia de los jueces civiles podrá ser adelantada en los municipios por los personeros y por los notarios, a quienes nos e les exigen las mismas condiciones que se requieren para forma parte de los centros de conciliación. De modo, que al ser obligatoria la conciliación se estaría dejando en sus manos la resolución de controversias sin consideración a su cuantía y a la importancia del negocio.

"Por lo anterior, se declarará la inconstitucionalidad del artículo 38 de la Ley 640 de 2001.

"4. Requisito de procedibilidad en asuntos de familia

"Según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 35 ejusdem -que autoriza acudir directamente a la jurisdicción cuando se quiera solicitar el decreto y práctica de medidas cautelares-, la conciliación extrajudicial en

derecho en materia de familia es requisito de procedibilidad para iniciar los siguientes procesos: controversia sobre custodia y régimen de visitas relacionadas con menores e incapaces; asuntos relacionados con obligaciones alimentarias; declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación de la sociedad patrimonial; rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; conflictos sobre capitulaciones matrimoniales; controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la patria potestad y separación de bienes y cuerpos.

"Los mismos motivos que se aducen para predicar la inconstitucionalidad de la conciliación obligatoria en lo contenciosos administrativo y en civil se aplican a la conciliación en materia de familia, que también resulta contraria al Ordenamiento Superior pues siendo la conciliación un mecanismo de carácter voluntario y transitorio de resolución de conflictos, no puede ser impuesto unilateralmente por el legislador con vocación de permanencia en el tiempo.

"Sin embargo, también existen razones prácticas que acentúan la inconstitucionalidad de la conciliación forzosa como requisito de procedibilidad en materia de familia, toda vez que aparte de ser onerosa cuando se acude a los centros particulares de conciliación o ante los notarios, se presentaría un tratamiento desigual en el sentido de que en los lugares donde existen centro de conciliación la ley exige que los conciliadores tengan título profesional y hayan realizado un curso en técnicas de resolución de conflictos, exigencias que éstas no operan respecto de los personeros y notarios.

"Especialmente se produciría una limitación indebida del derecho de acceder libremente a la administración de justicia, si se tiene en cuenta que a la onerosidad del servicio que prestan los centros particulares de conciliación y los notarios, se suma el significativo número de controversias que de conformidad con el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, deben ventilarse a través de la conciliación preprocesal de carácter obligatorio y en cuya solución está interesada la población que carece de recursos económicos para costear el valor de la gestión que adelantan las mencionadas instituciones.

"Finalmente es de observar que la presente decisión no pretende ignorar que mediante Sentencia C-247 de 1999, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 88 de la Ley 446 de 1998, que estableció que la conciliación debía intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial, ante el juez de Familia, el Defensor de Familia, el Comisario de Familia, o en su defecto ante el Juez Promiscuo Municipal, bajo el condicionamiento previsto en esa sentencia, de que la conciliación prejudicial en materia de familia era obligatoria en los asuntos a que se refiere el inciso segundo del artículo 88.

"Tal determinación fue adoptada por la Corte con arreglo a los parámetros jurisprudenciales establecidos en la Sentencia C-160 de 1999, que hacían referencia a la existencia de medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación que se presenten por quienes están interesados en poner fin a un conflicto y a la especificación de los asuntos susceptibles de ser conciliados, requisitos éstos que en esa oportunidad se consideraron satisfechos por parte del artículo 88 de la Ley 446 de 1998.

"Luego, podría decirse que frente a la norma que se revisa existe cosa juzgada constitucional, que impediría un pronunciamiento de fondo. Pero no sucede así, puesto que de conformidad con la actual doctrina de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C-893 de 2001, es inadmisibles el establecimiento de la conciliación obligatoria como requisito de procedibilidad

para acceder a la función jurisdiccional, por ser esta medida contraria a la naturaleza voluntaria y efímera de la facultad que tienen los particulares para administrar justicia en los términos del inciso tercero del artículo 116 de la Carta Política.

"Además se advierte que tratándose de los juzgados municipales se acentuaría notoriamente su carga de trabajo con la conciliación obligatoria en asuntos de familia, en abierta oposición a los propósitos que animaron la expedición de la Ley 640 de 2001, atinentes a la descongestión de los despachos judiciales".

Fecha ut supra

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

Salvamento de voto a la Sentencia C-1195/01

CONCILIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE
CONFLICTOS-Características fundamentales (Salvamento de voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA LABORAL-Voluntariedad (Salvamento de
voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA LABORAL-No obligatoriedad
(Salvamento de voto)

CONCILIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE
CONFLICTOS-No onerosidad (Salvamento de voto)

CONCILIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE RESOLUCION DE
CONFLICTOS-No obligatoriedad (Salvamento de voto)

La ley no puede obligar a los particulares a utilizar este mecanismo en ningún caso, pues la conciliación no puede establecerse por ésta de manera permanente y como un deber de cumplimiento previo para acudir ante los jueces, bajo el criterio de que de esa manera se beneficia a las partes, aún contra su voluntad. Tales razones de orden jurídico, no sólo son aplicables cuando se trate de procesos laborales, sino también respecto de los que conocen las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia o cualquier otra que se establezca en el futuro.

Referencia: expediente D - 3519

Demanda de inconstitucionalidad 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".

Actor: Andrés Rodríguez Pizarro.

Magistrados Ponentes:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Con el debido respeto, me permito salvar el voto en el proceso D – 3519 el cual se decidió mediante Sentencia C – 1195 de 2001 al disentir de la misma respecto de la declaratoria de exequibilidad de los artículos 35, 36, 37, 38 y 40 de la Ley 640 de 2001 en razón a lo siguiente:

Como se señaló claramente en la sentencia C – 893 de 2001, al decidir sobre la inexequibilidad de los artículos 35 en cuanto a la expresión "...requisito de procedibilidad" ... "laboral..." y 39 de la ley 640 de 2001, las características fundamentales de la conciliación hacen referencia a que ésta es un mecanismo de acceso a la administración de justicia, alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo, es un acto jurisdiccional y un mecanismo excepcional, voluntario, privado y bilateral, siendo la función del conciliador la de administrar justicia de manera transitoria, mediante la habilitación por las partes de ese conciliador en los términos que determine la Ley.

También se expresó en la misma providencia que la voluntariedad de la conciliación en materia laboral está expresamente reconocida en el artículo 53 de la Carta Política, que al consagrar los principios mínimos fundamentales del trabajo consagra las "facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles".

Así mismo se dijo que las normas en esa oportunidad demandadas resultaban inconstitucionales en los apartes demandados, por cuanto dada la naturaleza voluntaria de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en general, y de la conciliación laboral en particular, el legislador no podía establecerla como un requisito obligatorio de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral, además porque al hacerlo desconocía el derecho de los particulares de acceder libremente a la administración de justicia para solicitar la tutela judicial efectiva de sus derechos.

Por lo tanto, la facultad prevista en el artículo 53 de la Carta, se veía afectada cuando se exigía al particular acudir a la conciliación como requisito previo a la presentación de la demanda.

Finalmente se manifestó que: "El carácter social de estos derechos – que muchas veces tienen incluso un contenido vital-, y la especial tutela estatal que se brinda constitucionalmente a los mismos, exige que el acceso a la justicia no pueda estar diferido ni obstaculizado por una condición de procedibilidad impuesta aún contra la voluntad del beneficiario, con mayor razón si para ese trámite obligatorio previo al proceso se contempla la posibilidad de que el titular del derecho tenga en ocasiones que sufragar de su propio peculio, muchas veces escaso, expensas significativas para poder accionar ante los jueces".

Argumentos éstos con los que estuve totalmente de acuerdo en dicha oportunidad y que en la actualidad mantengo, por tratarse del mismo tema referido a la Institución jurídica de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos jurídicos, con la única diferencia de que en aquella ocasión se refería a la conciliación en materia laboral y en esta oportunidad en materia civil, contenciosa y de familia.

Concluyendo, la ley no puede obligar a los particulares a utilizar este mecanismo en ningún caso, pues la conciliación no puede establecerse por ésta de manera permanente y como un deber de

cumplimiento previo para acudir ante los jueces, bajo el criterio de que de esa manera se beneficia a las partes, aún contra su voluntad. Tales razones de orden jurídico, no sólo son aplicables cuando se trate de procesos laborales, sino también respecto de los que conocen las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia o cualquier otra que se establezca en el futuro.

En esta forma quedan sustentadas las razones de mi disenso.

Fecha ut supra

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-1195/01

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA LABORAL-Rasgos específicos
(Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-3519

Demanda de inconstitucionalidad 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"

Actor: Andres Rodríguez Pizarro

Magistrados Ponentes:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Además de adherir a la aclaración de voto en que coincidimos varios magistrados respecto de cuestiones que no abordó la Corte Constitucional en la presente sentencia habida cuenta de que el demandante no elevó cargos basados en el derecho a la igualdad y otros derechos diferentes al de acceder a la administración de justicia, considero necesario recordar cuál fue mi posición en la sentencia C-893 de 2001 mediante la cual se declaró inexecutable la conciliación obligatoria como requisito de procedibilidad en el ámbito laboral. Por eso me limito a transcribir mi aclaración de voto a dicha sentencia:

"Con el debido respeto, manifiesto que comparto la decisión de la Corte de declarar inexecutable la norma según la cual la conciliación es requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción laboral contenida en el artículo 35 demandado. Sin embargo, estimo necesario aclarar mi voto.

1. El artículo 35, uno de los demandados, establece que la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante diferentes jurisdicciones en él enunciadas. Dentro de ellas se encuentra la jurisdicción laboral. En este proceso la Corte tuvo que resolver si es compatible con la Constitución que se obligue a un trabajador a agotar la etapa de conciliación extrajudicial en derecho antes de poder acudir a la jurisdicción laboral. La Corte declaró inexecutable este sentido normativo por diversas razones, de las cuales sólo comparto algunas y por eso aclaro mi voto.

2. Las razones en que funda su decisión la Corte son de dos tipos. Las primeras son de tipo general puesto que comprenden los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y la conciliación como uno de ellos. Mi voto en esta oportunidad no se funda en estas razones. En ellas se exponen argumentos que reducen demasiado el ámbito constitucional legítimo de la conciliación y de los mecanismos alternativos de acceso a la justicia. Esto explica la nota de pie de página n° 25 en la cual se recuerda la opinión de Bentham al respecto.

Las segundas razones son de tipo específico en la medida en que se concretan a analizar la cuestión de si la conciliación puede ser un requisito extrajudicial obligatorio de procedibilidad de las acciones laborales. Comparto las razones allí expuestas, con algunos matices que no viene al caso mencionar, puesto que estimo que el derecho laboral tiene unos rasgos específicos que se reconocen en la Constitución debido a la situación de subordinación en la cual se encuentran los trabajadores lo cual representa un contexto en el que los derechos constitucionales mencionados en la providencia merecen especial protección del juez constitucional para evitar que la asimetría en la relación de poder entre el empleador y el trabajador derive en menoscabo de los derechos de este último".

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-1195/01

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Situación de los pobres y personas en circunstancias de debilidad manifiesta (Aclaración de voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Autoridad que determine presentación de condiciones fácticas (Aclaración de voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA-Distinción entre conciliación en derecho y en equidad (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-3519

Demanda de inconstitucionalidad 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"

Actor: Andrés Rodríguez Pizarro

Magistrados Ponentes:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Aclaremos nuestro voto porque estimamos que la Corte ha debido abordar en esta sentencia algunos temas que dejó para una futura eventual demanda contra la misma ley. Por eso, aunque compartimos integralmente lo decidido por la Corte en la presente sentencia, consideramos que había tres cuestiones jurídicas que debían ser resueltas. La primera tiene que ver con la situación de los pobres y las personas en situación de debilidad manifiesta. La segunda se refiere a cuál es la autoridad competente para determinar si en cada distrito se dan las condiciones suficientes de

orden fáctico para que la conciliación sea en ellos requisito de procedibilidad. La tercera toca con la distinción entre conciliación en derecho y conciliación en equidad.

1. En cuanto al primer punto, estimamos que cuando se presentan grandes asimetrías de poder en una relación, inclusive de orden privado, se plantea la cuestión de cómo hacer compatible la protección de las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, ordenada por el artículo 13 de la Carta sobre el derecho a la igualdad, con la exigencia y los efectos de la conciliación como requisito de procedibilidad. Como la Corte decidió abordar exclusivamente los cargos relativos al derecho a acceder a la justicia, pospuso este asunto crucial que sólo puede ser resuelto estableciendo un condicionamiento que asegure la protección de las personas que se encuentren en tales situaciones de debilidad manifiesta.

En el caso de los pobres, los problemas relativos a la protección efectiva del derecho a la igualdad adquieren una dimensión adicional si se tiene en cuenta que la ley parcialmente demandada autoriza la fijación de tarifas de conciliación. Estimamos que cuando la cuantía en disputa sea la mínima, no debería cobrarse una tarifa por acudir a un conciliador en cumplimiento de un mandato legal porque ello constituye un obstáculo irrazonable para que las personas de bajos recursos puedan acceder a la justicia.

2. Respecto de la autoridad competente para determinar en qué lugares del territorio colombiano se dan las condiciones fácticas para que entren a regir las normas que establecen que acudir a la conciliación es un requisito de procedibilidad obligatorio, consideramos que la sentencia de la Corte debió haber analizado la atribución que el artículo 42 de la Ley 640 de 2001 le confiere al Ministerio de Justicia y del Derecho para determinar la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad para cada Distrito Judicial y para cada área de la jurisdicción, previa información estadística del Consejo Superior de la Judicatura y teniendo en cuenta las condiciones materiales respectivas.

No puede aceptarse que el Ministro de Justicia pueda determinar, sin más, las condiciones materiales para que pueda entrar en vigor la ley. La vigencia de la ley bajo ninguna circunstancia puede depender de la voluntad del Ejecutivo de apreciar el sistema de las condiciones fácticas necesarias para su funcionamiento. Se introduce así una regla o condición jurídica contraria a los principios de Estado Democrático y de Derecho y del postulado de la separación de poderes.

Esta disposición debió integrarse en unidad normativa -por la incuestionable relación de conexidad- con las normas demandadas y analizadas en el fallo de la Corte, especialmente las que regulan el tema del requisito de procedibilidad en los diversos asuntos susceptibles de conciliación.

3. En cuanto a las diferencias entre la conciliación en derecho y la conciliación en equidad, consideramos lo siguiente:

Las disposiciones acusadas establecen que la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad debe ser una "conciliación en derecho". Esta exigencia no fue expresamente cuestionada por el actor, pero plantea problemas constitucionales, y por ello debió ser estudiada por la Corte. Para mostrar lo problemático de esa exigencia, comenzaremos por recordar en qué consiste, conforme a la legislación colombiana, la conciliación en derecho, para luego señalar algunos de los interrogantes constitucionales que suscita su consagración como requisito de procedibilidad.

La legislación colombiana diferencia la conciliación extrajudicial en dos grupos: en derecho y en

equidad. La primera es adelantada ante centros de conciliación o autoridades públicas en desarrollo de funciones conciliatorias, mientras que la segunda es realizada por medio de conciliadores en equidad. En términos generales, el conciliador en equidad no debe reunir requisitos profesionales especiales, mientras que el conciliador en derecho debe ser abogado, salvo cuando se trate de conciliadores de los centros de conciliación de las facultades de derecho, de personeros municipales o de los notarios (Ley 640 de 2001 arts 3 y 5).

Esta breve referencia normativa muestra que, a pesar de lo que sugiere su denominación, entre la conciliación en derecho y la conciliación en equidad, no existe ninguna diferencia ni en el procedimiento de conciliación ni en el resultado de la misma, sino únicamente en las exigencias que le ley establece para que una persona pueda desempeñarse como conciliador. Y es que no podía ser de otra forma, pues conceptualmente no creemos que pueda plantearse una diferencia material entre conciliar en derecho o conciliar en equidad.

Así, no podría sostenerse que una conciliación en derecho es aquella que se ajusta estrictamente al ordenamiento jurídico, pues esa interpretación es o banal, o equivocada: así, si lo que exige esa expresión es que una conciliación no vulnere el ordenamiento, entonces la exigencia es banal, pues toda conciliación, incluso aquella que se hace en equidad, debe hacerse dentro de los marcos que permite la Constitución y la ley. Por ejemplo, no podría una conciliación, ni siquiera aquella desarrollada por los conciliadores en equidad, recaer sobre un derecho no transigible. Por el contrario, si lo que la expresión "conciliación en derecho" significa es que el acuerdo de las partes debe reflejar la solución jurídica óptima que daría el ordenamiento a ese conflicto, entonces esa exigencia es equivocada, pues desconoce la naturaleza autocompositiva de la conciliación, en virtud de la cual, las partes negocian libremente, y en ejercicio de su autonomía, una solución, dentro del marco de posibilidades que les brinda el ordenamiento, sin que dicha solución deba ser la que mejor se adapte a las prescripciones legales y constitucionales.

En ese mismo orden de ideas, la noción de conciliación en equidad también induce a equívocos, pues nuevamente es banal o equivocada. Así, si la expresión busca que el acuerdo sea equitativo, entonces la exigencia es banal, pues de toda conciliación se espera que tenga un mínimo de equidad, pues de no ser así, no lograría la aceptación voluntaria de las partes. Por el contrario, si la idea de la conciliación en equidad es que ésta no se sujeta al ordenamiento, entonces la exigencia es equivocada, pues toda conciliación debe hacerse dentro de los marcos y posibilidades previstos por la Constitución y la ley.

Conforme al anterior análisis, desde el punto material, toda conciliación es al mismo tiempo en derecho y en equidad, pues debe satisfacer los intereses de las partes, dentro del marco del ordenamiento. Por consiguiente, la diferencia entre la conciliación en derecho y equidad es puramente orgánica, esto es, hace referencia a los requisitos que debe tener quien tiene la posibilidad de intervenir como conciliador en ese proceso. En ese contexto, el problema constitucional que plantea la regla según la cual acudir a la conciliación como requisito de procedibilidad es en derecho es la siguiente: ¿es esa exigencia proporcionada, en términos de acceso a la justicia? Y, según nuestro parecer, ese requisito es muy discutible, pues no aparece clara la justificación de que deba intentarse la conciliación ante un conciliador en derecho, esto es ante un abogado, o ante un conciliador de un centro de conciliación de una facultad de derecho, o un personero municipal o un notario. En efecto, si la propia legislación prevé que pueden existir conciliadores en equidad, y en años recientes el Ministerio de Justicia ha adelantado programas de capacitación de miles de personas para que se desempeñen como conciliadores en equidad, ¿por qué la misma ley excluye que las partes puedan cumplir el

requisito de procedibilidad intentando conciliar ante esos conciliadores en equidad? No encontramos ninguna razón aparente a esa restricción, desde el punto de vista de las finalidades que justifican ese requisito de procedibilidad, por lo cual consideramos que la exigencia de que la conciliación sea intentada ante un conciliador en derecho es de una constitucionalidad discutible, y su estudio debió ser abordado por la Corte.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Rodrigo Uprimny Yepes

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-1195/01

DOCTRINA CONSTITUCIONAL-Importancia de explicitar los cambios y rectificaciones jurisprudenciales (Aclaración de voto)

Un tribunal constitucional tiene derecho a cambiar su doctrina sobre un punto; pero, por elementales razones de seguridad jurídica, autocontrol judicial y respeto a la igualdad, el juez constitucional siempre tiene el deber de justificar muy claramente cualquier cambio de jurisprudencia.

JURISPRUDENCIA-Explicitud de cambio (Aclaración de voto)

Un cambio de jurisprudencia que no sea explícito o no esté adecuadamente justificado es siempre cuestionable. La explicación y motivación abierta y suficiente de cualquier distanciamiento de su precedente es una exigencia de racionalidad que recae sobre cualquier juez. Esta exigencia es aún más fuerte para el juez constitucional, por ser el intérprete último de la norma básica, por su capacidad de anular las decisiones de los representantes del pueblo, y por el enorme impacto social y político de sus decisiones.

RATIO DECIDENDI-Contenido y carácter vinculante/OBITER DICTA-Contenido y fuerza meramente persuasiva (Aclaración de voto)

La ratio decidendi está representada por aquel fundamento normativo que, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, constituye la base directa de la decisión tomada en el caso concreto. Según la terminología acuñada en nuestra práctica jurídica nacional, la ratio decidendi serían las "sub-reglas" jurisprudenciales que se desprenden de las decisiones tomadas por la Corte. En cambio, aquellas consideraciones de la parte motiva que no determinaron la decisión previa son llamadas obiter dicta (dichos al pasar). Las razones teóricas y prácticas por las cuales únicamente la ratio decidendi es vinculante, mientras que los obiter dicta tienen una fuerza meramente persuasiva, son esencialmente tres: (i) el respeto a la igualdad, (ii) los límites de la legitimidad de la creación judicial de derecho y (iii) la prudencia en la construcción inductiva de reglas judiciales.

SUBREGLA-Alcance/CREACION JUDICIAL DE DERECHO-Ambito de resolución de casos/RATIO DECIDENDI-Precedente vinculante (Aclaración de voto)

En determinadas situaciones, la creación judicial de derecho es inevitable, al menos porque los jueces, al decidir los casos, deben llenar vacíos de regulación, solucionar conflictos entre normas o determinar si una regla dudosa es o no aplicable. Sin embargo, en una democracia basada en la separación de poderes, esta creación pretoriana de derecho es problemática, pues los jueces no son electos. Por ello, tal y como lo recordó esta Corte, la legitimidad democrática de esta creación judicial de derecho depende de que "ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que ésta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del Legislador, en detrimento del principio democrático". Por consiguiente, únicamente aquella regla jurisprudencial directamente ligada a la solución del caso, esto es, la ratio decidendi, puede aspirar a convertirse en un precedente vinculante. Si la sabiduría de la creación pretoriana del derecho depende de su vinculación directa a la resolución de casos, entonces sólo puede aspirar a convertirse en norma vinculante aquella regla o principio que directamente decidió el asunto en litigio, ya que esa sub-regla fue la que verdaderamente tuvo un examen intenso en el debate judicial, en la medida que de ella dependía el sentido de la parte resolutive.

DERECHO LEGISLADO Y DERECHO JUDICIAL (Aclaración de voto)

RATIO DECIDENDI-Parte vinculante y precisión del verdadero alcance (Aclaración de voto)

Un juez no puede asumir caprichosamente que cualquier consideración de la parte motiva de su sentencia representa la ratio decidendi de la misma. Debe existir una vinculación objetiva y necesaria entre la regla o principio general que el juez enuncia como fundamento normativo de su decisión y la solución efectiva del caso, para que realmente ese fundamento normativo pueda adquirir el carácter de ratio decidendi. Y por ello debe existir una relación necesaria entre los hechos y problemas debatidos en el caso, la decisión concreta y la formulación de la ratio decidendi. Por consiguiente, tal y como lo precisó el fundamento de la sentencia SU-047 de 1999, "en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente "puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquélla que es aprobada por los jueces posteriores".

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Consecuencias de la fuerza vinculante sobre la argumentación y motivación (Aclaración de voto)

RATIO DECIDENDI-Mínima carga argumentativa para reformulación (Aclaración de voto)

DOCTRINA CONSTITUCIONAL-Asunción explícita de rectificación jurisprudencial (Aclaración de voto)

CONCILIACION-Mecanismo autocompositivo (Aclaración de voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Inconstitucionalidad de obligación como requisito de procedibilidad (Aclaración de voto)

Es obvio que la ley no puede establecer que la conciliación sea un requisito de procedibilidad, pues no puede el Estado obligar a que los ciudadanos concilien a toda costa sus diferencias y

lleguen a un acuerdo para poder acudir a la justicia. Una tal regulación sería incluso absurda, pues si las personas fueron forzadas a llegar a un acuerdo, es obvio que ya no tiene sentido que acudan a la administración de justicia pues el litigio estaría "resuelto". Por ello es claro que la obligación de conciliar como requisito de procedibilidad es inconstitucional, pues no sólo desnaturaliza el sentido de este mecanismo de solución de los conflictos sino que obstaculiza el acceso a la justicia por las personas.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Obligación de intentarla (Aclaración de voto)

Otra cosa muy diferente es que la ley obligue a que las partes intenten conciliar su conflicto antes de poder acudir a la justicia. Esta exigencia no desnaturaliza la conciliación, que conserva su carácter consensual, pues las personas pueden negarse a llegar a un acuerdo si éste no les parece satisfactorio. Y una regulación de ese tipo tampoco obstaculiza el acceso a la justicia pues, fracasado el intento de conciliación, las partes tienen derecho a acudir al aparato judicial para resolver su litigio.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Distinción entre intento de conciliar y arreglo conciliado (Aclaración de voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Obligación de asistencia a tentativa de conciliar (Aclaración de voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Obtención de acuerdo al ser obligadas las personas a acudir a la audiencia (Aclaración de voto)

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL-Intentos forzados conducen a acuerdos satisfactorios (Aclaración de voto)

CONCILIACION COMO ACUERDO Y TENTATIVA DE CONCILIACION COMO PROCESO-Distinción es decisiva (Aclaración de voto)

La distinción entre la conciliación como acuerdo y la tentativa de conciliación como proceso es decisiva, pues esa diferencia muestra que no hay nada de contradictorio en defender el carácter autocompositivo y voluntario de la conciliación con la posibilidad de que la ley imponga como requisito de procedibilidad que las partes intenten llegar a un acuerdo.

ARBITRO-Fallos en derecho o en equidad/CONCILIADOR-No profiere fallos (Aclaración de voto)

ARBITRO Y CONCILIADOR-Alcance de la habilitación por las partes (Aclaración de voto)

CONCILIACION-Alcance de la habilitación por las partes (Aclaración de voto)

La habilitación en materia de conciliación consiste según mi parecer, en que cada parte debe siempre conservar la posibilidad de oponerse al acuerdo propuesto por la otra parte o por el conciliador, y por ende mantiene la facultad de rechazar la habilitación a ese tercero para que certifique un acuerdo que, con su aval, haría tránsito a cosa juzgada.

TENTATIVA DE CONCILIACION-Requisito de procedibilidad (Aclaración de voto)

La consagración de la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad no desconoce el carácter autocompositivo de ese mecanismo ni vulnera el principio de habilitación del artículo

116 superior, pues ese tercero, en sentido estricto, no puede proferir fallos, ya que no puede imponer su solución a las partes, con lo cual se respeta la naturaleza consensual de este mecanismo, ya que las personas siempre tienen la posibilidad de rechazar el acuerdo propuesto.

1- Comparto plenamente la parte resolutive de la presente sentencia. Igualmente estoy de acuerdo con la orientación fundamental de la parte motiva. Sin embargo, tengo algunas discrepancias con ciertos aspectos de la argumentación de la sentencia. Algunas de mis reservas tienen que ver con tres puntos que creo que la Corte debió entrar a analizar, por ser todos de una constitucionalidad discutible. Esos asuntos están claramente explicados en una aclaración que suscribí conjuntamente con los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, por lo cual es innecesario volver sobre ellos. Sin embargo, tengo también reparos sobre dos aspectos concretos de la motivación de la sentencia, que me parecieron insuficientes, y por ello, con el debido respeto por las decisiones de la Corte, me veo obligado a aclarar individualmente mi voto sobre esos dos puntos.

La importancia de explicitar los cambios y rectificaciones jurisprudenciales.

2- El primer asunto que me parece discutible es el análisis que la Corte hace del alcance de la sentencia C-893 de 2001, como precedente relevante en esta materia. La Corte argumenta que la presente sentencia no se aparta de ese precedente, ni implica una variación de la doctrina sentada en esa sentencia C-893 de 2001, por la sencilla razón de que la anterior providencia no es aplicable, pues se refería a la conciliación laboral, mientras que en este caso se analiza la conciliación en el campo civil, contencioso y de familia. La Corte concluye entonces que la razón que justificó, en esa ocasión, la declaratoria de inexequibilidad de la tentativa de conciliación, como requisito de procedibilidad en materia laboral, era el carácter especial de las relaciones laborales, y por ello la doctrina desarrollada en la sentencia C-893 de 2001 no representa un precedente aplicable al estudio de ese requisito de procedibilidad en otros campos, como el civil, de familia o contencioso administrativo. Por ello, concluye la presente sentencia, la Corte no está apartándose de ese precedente, ni lo está modificando, sino que el tema estudiado en la presente ocasión es distinto.

3- No puedo compartir la anterior argumentación, pues considero que el eje de la fundamentación de la sentencia C-893 de 2001, para declarar la inexequibilidad de la conciliación laboral como requisito de procedibilidad, no fue la especificidad de las relaciones laborales ni la desigualdad de poder entre el empleador y el trabajador. Una lectura de esa providencia muestra que la doctrina que la Corte desarrolló tenía un alcance más general, y no estaba referida exclusivamente al campo laboral: en efecto, la mayor parte de esa sentencia considera que el establecimiento de la tentativa de conciliación, como requisito de procedibilidad, es inconstitucional en todos los campos, porque al hacer obligatoria la conciliación (i) desvirtúa su naturaleza estrictamente consensual y la necesidad de habilitación por las partes, (ii) obstaculiza el acceso a la justicia, y (iii) vulnera el mandato del artículo 116 de la Carta, según el cual los particulares pueden ejercer funciones como conciliadores únicamente en forma "transitoria". Las referencias al campo laboral, en esa sentencia C-893 de 2001, representaron entonces únicamente un argumento suplementario para justificar la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones demandadas, pero no constituyeron, según mi criterio, la razón básica que determinó su inexequibilidad. Por lo tanto, y por decirlo con un lenguaje más técnico, considero que la presente sentencia implica una variación de la doctrina sentada en la sentencia, pues la Corte ha modificado la doctrina y la ratio decidendi sentadas por la sentencia C-893 de 2001.

4- Esta precisión, según la cual la presente sentencia constituye una modificación de la doctrina establecida en la sentencia C-893 de 2001, no es meramente un purismo doctrinario sino que tiene importancia en términos de corrección normativa. La razón es la siguiente: un tribunal constitucional tiene derecho a cambiar su doctrina sobre un punto; pero, por elementales razones de seguridad jurídica, autocontrol judicial y respeto a la igualdad, el juez constitucional siempre tiene el deber de justificar muy claramente cualquier cambio de jurisprudencia. Así, ha dicho al respecto esta Corporación:

"En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, **para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior**, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario **es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente** en un Estado de derecho (subrayas no originales).[112]

Por ello, un cambio de jurisprudencia que no sea explícito o no esté adecuadamente justificado es siempre cuestionable. La explicación y motivación abierta y suficiente de cualquier distanciamiento de su precedente es una exigencia de racionalidad que recae sobre cualquier juez. Esta exigencia es aún más fuerte para el juez constitucional, por ser el intérprete último de la norma básica, por su capacidad de anular las decisiones de los representantes del pueblo, y por el enorme impacto social y político de sus decisiones. En el presente caso, la Corte argumenta que lo que sucede es que el precedente anterior no era aplicable, por tratarse de una situación distinta. Pero ese argumento no me parece convincente, porque no sólo ambas sentencias analizaban una problemática similar (la conciliación como requisito de procedibilidad), sino además porque explícitamente la sentencia C-893 de 2001 desarrolló la idea de que era inconstitucional establecer la conciliación en cualquier campo. Por ende, la presente sentencia debió explícitamente señalar que esa doctrina de la sentencia C-893 de 2001 era abandonada, y que, debido a ese cambio doctrinal, la única base que podía ser válida ahora para haber declarado la inconstitucionalidad de la tentativa de conciliación laboral, como requisito de procedibilidad, era la especificidad de las relaciones de trabajo.

5- Con todo, algunos podrían objetar que no es cierto que haya habido un cambio de jurisprudencia, por cuanto la sentencia C-893 de 2001 aparentemente tenía dos ratio decidendi: (i) la argumentación general contra la consagración de la conciliación como requisito de procedibilidad y (ii) las consideraciones particulares sobre la conciliación en el campo laboral.

Por consiguiente, conforme a ese reparo, que es el que subyace a la presente sentencia, lo único que la Corte hizo en esta ocasión fue precisar que la verdadera ratio decidendi de la sentencia C-893 de 2001 era el análisis de la especificidad del tema laboral, y en consecuencia no hubo ningún cambio de jurisprudencia, sino la simple precisión del alcance de un precedente anterior.

6- Este reparo a mi conclusión tiene bastante sustento pues, como lo muestra la doctrina nacional y comparada[113], y lo explicó largamente esta Corte en las sentencias SU-047 de 1999 y C-836 de 2001, un juez no puede escoger libremente cuáles son los apartes de su sentencia que

configuran la ratio decidendi, que vincula como precedente a los jueces posteriores. Y no puede ser de otra forma, pues si se permitiera que los jueces y tribunales pudieran definir libremente cuál aparte de su decisión es la ratio decidendi, entonces se desnaturalizaría el sistema de precedentes, pues se perderían las razones que justifican la fuerza vinculante de un precedente en una democracia constitucional respetuosa del principio de igualdad[114], como se verá a continuación.

7- La ratio decidendi está representada por aquel fundamento normativo que, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, constituye la base directa de la decisión tomada en el caso concreto[115]. Según la terminología acuñada en nuestra práctica jurídica nacional, la ratio decidendi serían las "sub-reglas" jurisprudenciales que se desprenden de las decisiones tomadas por la Corte[116]. En cambio, aquellas consideraciones de la parte motiva que no determinaron la decisión previa son llamadas obiter dicta (dichos al pasar). Las razones teóricas y prácticas por las cuales únicamente la ratio decidendi es vinculante, mientras que los obiter dicta tienen una fuerza meramente persuasiva, son esencialmente tres: (i) el respeto a la igualdad, (ii) los límites de la legitimidad de la creación judicial de derecho y (iii) la prudencia en la construcción inductiva de reglas judiciales.

De un lado, como el respeto del precedente se funda en gran medida en el principio de igualdad, entonces es lógico que únicamente aquella sub-regla que fue la base real de la decisión tenga fuerza vinculante sobre los otros jueces, pues las otras consideraciones no tuvieron incidencia sobre la parte resolutive de la sentencia. Por consiguiente, si otra sentencia posterior no acepta un obiter dictum de una decisión previa, no hay violación de la igualdad, ya que esa consideración no incidió directamente en la parte resolutive del primer caso. Por el contrario, si el juez posterior ignora la ratio decidendi del caso anterior, entonces puede configurarse una vulneración de la igualdad, por cuanto dos asuntos iguales podrían ser decididos en forma diversa.

De otro lado, en determinadas situaciones, la creación judicial de derecho es inevitable, al menos porque los jueces, al decidir los casos, deben llenar vacíos de regulación, solucionar conflictos entre normas o determinar si una regla dudosa es o no aplicable. Sin embargo, en una democracia basada en la separación de poderes, esta creación pretoriana de derecho es problemática, pues los jueces no son electos. Por ello, tal y como lo recordó esta Corte, la legitimidad democrática de esta creación judicial de derecho depende de que "ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que ésta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del Legislador, en detrimento del principio democrático" (Sentencia SU-047 de 1999, fundamento 51). Por consiguiente, únicamente aquella regla jurisprudencial directamente ligada a la solución del caso, esto es, la ratio decidendi, puede aspirar a convertirse en un precedente vinculante.

Finalmente, otra de las justificaciones para la creación judicial de derecho es que ella permite que el ordenamiento jurídico evolucione más adecuadamente, pues la construcción de nuevas reglas y principios se realiza, no a partir de consideraciones abstractas, como sucede en el derecho legislado, sino de la experiencia concreta de la resolución de casos. Según esta perspectiva, si bien el derecho legislado tiene la virtud de lograr una formulación de la norma jurídica con mayor generalidad y claridad, el derecho judicial tiene la virtud de su prudencia, al fundarse en la inducción de reglas a partir de las experiencias jurídicas concretas[117]. Sin necesidad de terciar en la compleja discusión de cual de estas dos formas de producción del derecho es más adecuada, una consecuencia inevitable surge del anterior análisis: si la sabiduría de la creación pretoriana

del derecho depende de su vinculación directa a la resolución de casos, entonces sólo puede aspirar a convertirse en norma vinculante aquella regla o principio que directamente decidió el asunto en litigio, ya que esa sub-regla fue la que verdaderamente tuvo un examen intenso en el debate judicial, en la medida que de ella dependía el sentido de la parte resolutive. Eso lo explicaba el juez Marshall de los Estados Unidos en los siguientes términos:

"Es una máxima que no se debe descartar, que las expresiones generales de todo fallo deben ser tomadas en conexión con el caso en donde dichas expresiones son usadas. Si (las expresiones generales) van más allá del caso, puede respetárseles, pero no deben controlar el caso subsiguiente cuando el mismo punto sea sometido a decisión. La razón de esta máxima es obvia. El caso realmente presentado ante la Corte es investigado con cuidado y considerado con todo detalle. Otros principios que pueden servir para ilustrarlo pueden ser considerados en relación con el caso que se decide, pero su posible efecto sobre todos los demás casos futuros es raramente previsto"[118].

8- El anterior análisis ha mostrado que un juez no puede asumir caprichosamente que cualquier consideración de la parte motiva de su sentencia representa la ratio decidendi de la misma. Debe existir una vinculación objetiva y necesaria entre la regla o principio general que el juez enuncia como fundamento normativo de su decisión y la solución efectiva del caso, para que realmente ese fundamento normativo pueda adquirir el carácter de ratio decidendi. Y por ello debe existir una relación necesaria entre los hechos y problemas debatidos en el caso, la decisión concreta y la formulación de la ratio decidendi. Por consiguiente, tal y como lo precisó el fundamento 52 de la sentencia SU-047 de 1999, "en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente "puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquélla que es aprobada por los jueces posteriores" (Denis Keenan. Op-cit, p 134).

9- En tales circunstancias, en principio puede ser legítimo que, a pesar de que el texto de la sentencia C-893 de 2001 plantea como ratio decidendi que no es posible establecer la conciliación como requisito de procedibilidad en ningún campo, la Corte, en la presente sentencia, precise que la verdadera ratio decidendi de esa decisión no era esa sub-regla radical y general sino una doctrina más puntual y específica: la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad no es posible en el campo laboral debido a las particularidades de las relaciones de trabajo. Es más, ese esfuerzo por mostrar coherencia en la evolución jurisprudencial es deseable, en la medida en que permite armonizar dos decisiones aparentemente contradictorias: la inconstitucionalidad de esa exigencia en el campo laboral y su constitucionalidad en el campo civil, familiar y contencioso-administrativo.

10- Sin embargo, los intentos por reformular la ratio decidendi de decisiones anteriores, a fin de mostrar que no existe un cambio jurisprudencial sino tan sólo una racionalización del alcance de una doctrina precedente, tienen importantes limitaciones, no sólo a nivel teórico sino también en el presente caso.

A nivel teórico, la posibilidad de que los jueces posteriores puedan reformular permanentemente la ratio decidendi explícitamente formulada por una decisión previa tiene como consecuencia inevitable una desvalorización de las sub-regla que textualmente fue presentada, de manera deliberada, por la primera sentencia, como el fundamento normativo directo de la parte resolutive. Esta idea llevaría incluso a considerar, como lo hace Levi, que la fundamentación explícita de la ratio decidendi por el juez que dictó la sentencia es un mero obiter dictum, que

puede o no ser aceptado por los otros jueces[119]. Deberíamos igualmente concluir con Goodhart que para encontrar la ratio decidendi de una sentencia no hay que basarse en los propios argumentos del juez sino únicamente en los hechos materiales relevantes del caso y la forma concreta como éste fue decidido[120]. O, por decirlo en el lenguaje de algunos doctrinantes, deberíamos concluir que la concepción adecuada de la ratio decidendi debe ser realista y antiformal, y estar basada exclusivamente en la sub-regla que objetivamente se desprende de la relación entre hechos relevantes y sentido de la decisión, por lo que deberíamos abandonar las visiones formales y textuales de la misma, basadas en las subreglas o argumentos expresados en la sentencia previa[121].

11- Esta desvalorización del fundamento textual y expreso de la ratio decidendi en la sentencia misma del juez que decidió el caso es empero cuestionable, pues en el fondo parte de la idea de que la única razón que explica la fuerza vinculante del precedente es el respeto de la igualdad. En efecto, si la igualdad fuera la única justificación del respeto al precedente, entonces una concepción realista y antiformalista de la ratio decidendi parecería la más adecuada, pues lo importante es analizar los hechos materiales del caso y la decisión tomada, a fin de asegurar que los casos iguales sean decididos de la misma manera. Las consideraciones mismas del juez pasarían entonces a un segundo plano, pues bastaría que los jueces decidieran los casos semejantes de manera semejante, sin que interesara tanto las argumentaciones explícitas en que fundamentaron sus decisiones. Sin embargo, la fuerza vinculante del precedente y la importancia de la ratio decidendi no se fundan exclusivamente en el respeto de la igualdad sino que tienen también otras bases[122]. En particular, estos principios buscan además (i) asegurar la mayor racionalidad posible a las decisiones judiciales, (ii) proteger la buena fe y (iii) lograr un máximo de seguridad jurídica y unidad del ordenamiento.

Así, en primer término, el respeto al precedente impone a los jueces una exigencia de universalidad en su razonamiento, pues los obliga a fundamentar su decisión en una sub-regla que ellos estarían dispuestos a aplicar en otro caso diferente, pero que tenga los mismos caracteres relevantes. De esa manera se evitan las sentencias puramente ad-hoc, pues la sub-regla que el juez formula como base de su decisión debe ser aplicable a casos semejantes, lo cual contribuye a una mayor racionalidad de las decisiones judiciales, ya que los jueces tienen que esforzarse por alcanzar y formular explícitamente una ratio decidendi que sea universalizable. Y de esa manera se impone un auto control de los jueces sobre su propia discrecionalidad, pues incluso cuando crean derecho, no pueden hacerlo de manera caprichosa: tienen al menos que formular un principio o regla universal que sustente su decisión, y que ellos deberán aceptar en casos futuros.

De otro lado, el respeto al precedente también busca que exista seguridad jurídica pues permite a los operadores jurídicos prever razonablemente como los jueces decidirán los casos futuros semejantes, ya que se espera que los funcionarios judiciales apliquen los mismos criterios que sirvieron de fundamento a las decisiones anteriores. El respeto al precedente fortalece así la seguridad jurídica, al evitar cambios en la doctrina judicial, con lo cual se protege además la buena fe de los ciudadanos, que tienen la confianza de que las autoridades los seguirán tratando de la misma manera.

Estas otras finalidades del respeto al precedente (seguridad jurídica, buena fe, y racionalidad de la decisión judicial) muestran que la ratio decidendi o sub-regla explícitamente formulada por el juez que decidió el caso, si bien no siempre se impone como precedente a los jueces posteriores, no por ello puede ser tratada como un simple obiter dictum, por cuanto no sólo los operadores

jurídicos orientaron sus actuaciones con base en esa sub-regla sino que además ella fue asumida explícitamente por el propio juez como la base normativa de su decisión. Y es que si cualquier juez puede reformular el alcance de la doctrina y la sub-regla establecidas explícitamente por un caso previo, ¿entonces qué seguridad pueden tener los operadores jurídicos sobre cuál es la regla jurisprudencial que gobierna un determinado asunto? Y si un mismo juez puede ulteriormente reformular la ratio decidendi de una sentencia propia anterior ¿en que queda la exigencia de universalidad que recae sobre la argumentación de los jueces? La importancia de la seguridad jurídica, la buena fe y las exigencias de corrección en la argumentación de los jueces imponen entonces un respeto mayor por la sub-regla formulada explícitamente por la sentencia precedente que el debido a los simples obiter dicta. Esto ya lo había visto con claridad esta Corte, en la sentencia C-836 de 2001, al estudiar la constitucionalidad de la obligatoriedad de la doctrina judicial. Dijo entonces esta Corporación, en los fundamentos 8 y ss:

"Aun cuando la consagración constitucional de la igualdad es una condición necesaria, por sí misma no justifica la obligación de los jueces y de la Corte Suprema de seguir formalmente las decisiones de ésta última.

En efecto, si el objetivo constitucional de la realización de la igualdad fuera el único fundamento de su obligatoriedad, no sería suficiente para que los jueces y, como tales, también la Corte Suprema de Justicia como juez de casación, estuvieran vinculados por la doctrina judicial.

Bastaría con que atribuyeran materialmente los mismos efectos a los casos similares, sin necesidad de hacer explícita su adhesión, o las razones para desviarse de sus decisiones precedentes. Sin embargo, la obligatoriedad formal de la doctrina judicial como tal, no se deriva únicamente de la necesidad de preservar la igualdad.

(....)

La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley."

12- Conforme a lo anterior, la fuerza vinculante del precedente en una democracia constitucional como la colombiana tiene varias consecuencias sobre la argumentación y motivación de una decisión judicial:

- De un lado, si el nuevo caso se asemeja a un precedente, pero un análisis muestra con claridad que los hechos materiales son distintos, y que la sub-regla explícitamente formulada en la sentencia anterior no es aplicable, el juez no tiene que hacer una justificación especial para no seguir la doctrina establecida en el precedente, por la sencilla razón de que ésta no lo vincula. Basta simplemente que el juez muestre que los dos casos son distintos.

- En segundo término, si el nuevo caso cae bajo la sub-regla formulada explícitamente por la

sentencia anterior, pero el juez que debe decidir el nuevo conflicto considera que ésta fue mal formulada, entonces la exigencia argumentativa sobre el nuevo juez para no aplicar el precedente es mayor. Según mi parecer, las consideraciones de seguridad jurídica, en el caso de los precedentes verticales, y la búsqueda de racionalidad en las decisiones judiciales, en el caso de los precedentes horizontales[123], exigen que deba presumirse que la sub-regla expresamente formulada en la sentencia previa constituye verdaderamente la *ratio decidendi* de la decisión anterior, y es por ende vinculante. Por consiguiente, si el nuevo juez considera necesario apartarse de esa sub-regla, sin recurrir a un cambio jurisprudencial explícito, tiene la carga argumentativa de destruir esa presunción, y mostrar convincentemente que la sentencia anterior se equivocó al formular la sub-regla, y que la verdadera razón de la decisión era otra[124]. Este replanteamiento o rectificación jurisprudencial es muy exigente, pues no basta con señalar que los hechos relevantes, (en las tutelas o las controversias civiles o penales), o los cargos y problemas discutidos, (en las acciones de constitucionalidad y nulidad), son distintos; el nuevo juez debe demostrar que el caso anterior podía ser decidido de la misma forma con una sub-regla distinta, y que esta sub-regla alternativa es más adecuada a los principios y reglas del ordenamiento que aquella que fue originariamente formulada por el juez que tomó la decisión anterior.

- Finalmente, si el nuevo caso cae bajo la sub-regla formulada en la sentencia anterior, y resulta imposible reformular la *ratio decidendi* de ese caso, entonces la exigencia argumentativa sobre el nuevo juez para no aplicar el precedente es máxima, pues la única alternativa es un cambio jurisprudencial, que es siempre un remedio extremo. Además, por consideraciones de jerarquía judicial y del sistema de fuentes, en ciertos eventos y ordenamiento es incluso imposible apartarse de un precedente. Por ejemplo, en Estados Unidos, ningún juez puede cambiar un precedente de la Corte Suprema, el cual sólo puede ser modificado por la propia Corte Suprema.

13- Las anteriores consideraciones muestran que la argumentación del fundamento 8º de la presente sentencia sobre la fuerza de la sentencia C-893 de 2001 como precedente es insuficiente. En efecto, como ya lo señalé, la Corte afirma que ese precedente no tiene que ser seguido por cuanto no es aplicable, por tratarse de asuntos distintos: conciliación laboral en el caso anterior, y conciliación civil, contencioso administrativa y de familia en la presente oportunidad. Y desde el punto de vista fáctico, la Corte tiene razón. Es posible diferenciar los problemas discutidos. Sin embargo, la distinción en la controversia suscitada es insuficiente para concluir que ese precedente no era relevante, porque gran parte de la doctrina desarrollada por la sentencia C-893 de 2001 estaba referida a todas las conciliaciones, y por ello, en principio era aplicable al presente caso. No bastaba entonces que la Corte señalara que la otra sentencia había analizado únicamente la conciliación laboral; era también necesario, para verdaderamente reformular el alcance de ese precedente, que la Corte explícitamente demostrara que las consideraciones generales de la sentencia C-893 de 2001 sobre la imposibilidad de consagrar la conciliación en todos los campos no sólo eran equivocadas sino que además no constituían la verdadera *ratio decidendi* de la declaratoria de inexequibilidad de la conciliación laboral, ya que ella podía ser explicada exclusivamente con base en las particularidades de las relaciones de trabajo. Pero lo cierto es que la presente sentencia no cumple con esa carga argumentativa, por cuanto simplemente destaca aquellos párrafos de la sentencia C-893 de 2001 referidos específicamente a las relaciones laborales, como si ésta hubiera sido la única razón, o el fundamento esencial, invocado por esa providencia para declarar la inexequibilidad de la conciliación laboral como requisito de procedibilidad. Pero, como ya lo resalté, eso no fue así, pues la doctrina explícita de la sentencia C-893 de 2001 era que la tentativa de conciliación, como requisito de procedibilidad, era inconstitucional en todos los campos. Las referencias al

campo laboral aparecían en esa sentencia como un argumento suplementario, del cual se podía incluso prescindir.

Así, la argumentación para declarar la inconstitucionalidad de los apartes de los artículos 23 y 28, que establecían que la conciliación extrajudicial podía adelantarse ante los conciliadores de centros de conciliación y ante los notarios, fue que esas normas establecían "una delegación permanente de la función de administrar justicia en los particulares, desconociendo flagrantemente el texto del artículo 116 de la Carta que expresamente autoriza al legislador para atribuirles dicha función pero en forma transitoria." Además, la Corte argumentó que "por mandato del artículo 116 Superior la conciliación tiene un carácter esencialmente voluntario, porque son las partes las que, en cada caso en concreto, seleccionan en forma espontánea al particular que habrá de hacer las veces de conciliador, lo cual impide que, desde este punto de vista, se establezca una suerte de permanencia en el ejercicio de dicha función". La referencia a las relaciones de trabajo laborales es menor, y hace referencia a la onerosidad de esos centros de conciliación y de los notarios, que "es más inquietante tratándose de los asuntos de índole laboral, donde el trabajador, por lo general, carece de los medios económicos para acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos." Difícilmente puede sostenerse que esa referencia a la onerosidad haya sido el fundamento de la declaración de inexequibilidad de esos apartes.

Por su parte, la declaración de inexequibilidad del requisito de procedibilidad como tal también se fundamentó expresamente en un argumento general relativo aplicable a todos los campos. En efecto, la sentencia dijo que esos apartes eran inconstitucionales "puesto que dada la naturaleza voluntaria de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en general, y de la conciliación laboral, en particular, el legislador no podía establecerla como un requisito obligatorio de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral, además porque al hacerlo desconoce el derecho de los particulares de acceder libremente a la administración de justicia para solicitar la tutela judicial efectiva de sus derechos". Es cierto que en este punto, la referencia a la especificidad de las relaciones laborales es muchos más clara, pero difícilmente se puede decir que haya sido el fundamento del fallo; son más bien argumentos que la sentencia considera suplementarios, como lo muestra la misma redacción del párrafo en donde la Corte comienza a hablar del tema, y que dice: "Desde otro ángulo de análisis..."

14- La Corte no cumplió pues con la mínima carga argumentativa para que pudiera hablarse de una verdadera reformulación de la ratio decidendi de la sentencia C-893 de 2001. Pero incluso no creo que esa reformulación fuera posible, porque no creo que pudiera realmente mostrarse que las amplias decisiones de inexequibilidad de la sentencia C-893 de 2001 estuvieran basadas exclusivamente en la especificidad de las relaciones de trabajo. En efecto, esa sentencia declara inexecutable no sólo la consagración de la conciliación laboral como requisito de procedibilidad en todos los casos sino además que es inconstitucional que la conciliación extrajudicial pueda adelantarse en centros de conciliación y ante notarios. En ese orden de ideas ¿cómo podría fundamentarse la inconstitucionalidad de la posibilidad de conciliar extrajudicialmente ante notarios en la especificidad de las relaciones de trabajo? No veo esa posibilidad. Igualmente, creo que difícilmente puede sostenerse que las particularidades de las relaciones de trabajo conducen a una declaratoria de inexequibilidad absoluta de la consagración de la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad en este campo. En mi concepto, la desigualdad de poder entre patrono y trabajador y la especial protección constitucional al trabajo implican que la regulación de un tal requisito de procedibilidad en el campo laboral debe ser muy cuidadosa pero no determina la inexequibilidad de esa normatividad sino un condicionamiento preciso de su

constitucionalidad.

15- Por todo lo anterior, creo que la Corte debió explícitamente asumir que estaba realizando una rectificación jurisprudencial de la doctrina contenida en la sentencia C-893 de 2001. Esa precisión era no sólo necesaria en términos de corrección argumentativa sino que además hubiera hecho más transparente la accidentada evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el tema de la conciliación como requisito de procedibilidad, y hubiera dado más claridad a los operadores jurídicos sobre la actual doctrina constitucional sobre el tema.

La tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad, la voluntariedad de la conciliación y el problema de la habilitación por las partes.

16- Directamente ligado a lo anterior, considero que la motivación de la presente sentencia es también insuficiente en el siguiente aspecto: como ya lo señalé, la doctrina de la sentencia C-893 de 2001 para declarar la inexequibilidad de la conciliación como requisito de procedibilidad era la tesis de que esa exigencia procesal (i) desvirtuaba la naturaleza estrictamente consensual de la conciliación y la necesidad de habilitación por las partes, (ii) obstaculizaba el acceso a la justicia, y (iii) vulneraba el mandato del artículo 116 de la Carta sobre la transitoriedad de la conciliación. Considero que la presente sentencia refuta adecuadamente los argumentos (ii) y (iii), al mostrar que ese requisito de procedibilidad no viola el derecho de acceso a la justicia, ni implica un traslado permanente de la función de administrar justicia a los conciliadores. Por el contrario, el análisis sobre la voluntariedad de la conciliación y la necesidad de habilitación de las partes no es lo suficientemente completo, por lo que resulta necesario efectuar algunas precisiones al respecto, que fortalezcan la tesis de la Corte.

17- Es claro que, como insiste la presente sentencia, la conciliación se basa en el acuerdo entre las partes, puesto que el conciliador carece de la facultad de imponer su decisión a las personas. Por ello es un mecanismo autocompositivo y no heterocompositivo, y en eso se diferencia del arbitraje.

Es pues obvio que la ley no puede establecer que la conciliación sea un requisito de procedibilidad, pues no puede el Estado obligar a que los ciudadanos concilien a toda costa sus diferencias y lleguen a un acuerdo para poder acudir a la justicia. Una tal regulación sería incluso absurda, pues si las personas fueron forzadas a llegar a un acuerdo, es obvio que ya no tiene sentido que acudan a la administración de justicia pues el litigio estaría "resuelto". Por ello es claro que la obligación de conciliar como requisito de procedibilidad es inconstitucional, pues no sólo desnaturaliza el sentido de este mecanismo de solución de los conflictos sino que obstaculiza el acceso a la justicia por las personas.

Sin embargo, otra cosa muy diferente es que la ley obligue a que las partes intenten conciliar su conflicto antes de poder acudir a la justicia. Esta exigencia no desnaturaliza la conciliación, que conserva su carácter consensual, pues las personas pueden negarse a llegar a un acuerdo si éste no les parece satisfactorio. Y una regulación de ese tipo tampoco obstaculiza el acceso a la justicia pues, fracasado el intento de conciliación, las partes tienen derecho a acudir al aparato judicial para resolver su litigio.

18- Algunos podrían objetar que la distinción entre el intento de conciliar y el arreglo conciliado es irrelevante, por cuanto no tiene sentido forzar a dos personas a intentar solucionar una disputa, pues si esas personas no han expresado voluntariamente su deseo de llegar a un acuerdo, entonces no lograrán nunca llegar a un convenio voluntario.

Esa tesis parte sin embargo de una concepción equivocada y simplista del proceso de la conciliación, al suponer que las personas sólo llegan a una solución voluntaria cuando desde el comienzo han expresado su voluntad de intentar ese acuerdo. Ese tipo de argumentación supone que si las dos partes no están ab initio de acuerdo en intentar ponerse de acuerdo, entonces nunca habrá un convenio, o éste no será voluntario. El supuesto de esa tesis es entonces que no tiene sentido forzar a las personas a intentar llegar a un consenso porque esas tentativas fracasan, o conducen a falsos acuerdos. Y si eso fuera así, las objeciones contra la consagración de la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad tendrían sentido y yo las compartiría. Sin embargo la realidad es otra: muchos estudios sociológicos han mostrado que son muy numerosos los casos en que dos personas en conflicto no expresan ningún interés por llegar a una solución negociada, pero si alguna instancia las obliga a asistir a una tentativa de conciliación, terminan logrando un acuerdo genuino y satisfactorio. Por ejemplo, y por añadir sólo dos ejemplos a los otros casos citados en el fundamento 4.2. de la presente sentencia, en ciertos Estados del Brasil han operado durante muchos años los llamados juzgados de pequeñas causas, en donde las personas tienen que acudir obligatoriamente a una audiencia de conciliación antes de que puedan optar por el proceso judicial. Y según datos de distintos juzgados, más del 60% de los casos son conciliados[125]. Por su parte, en Estados Unidos, varias investigaciones sociológicas han mostrado que las posibilidades de llegar a un acuerdo cuando las personas han sido forzadas a intentar la conciliación son similares a cuando las partes han acudido voluntariamente a la audiencia de conciliación[126].

19- Estos pocos datos muestran que no hay nada de particularmente estrambótico en que dos personas que no han manifestado su voluntad de solucionar consensualmente un litigio puedan sin embargo llegar a un acuerdo si son obligadas a acudir a una audiencia de conciliación.

Por su parte, los estudiosos de los conflictos han señalado muchas razones convincentes por las cuales esos intentos forzados de conciliación pueden y suelen conducir a acuerdos satisfactorios. Por ejemplo, en ocasiones las partes no son capaces de manifestar su deseo de llegar a un acuerdo por temor a que ese gesto sea interpretado como un signo de debilidad que podría ser aprovechado por su rival. En otros eventos, las personas simplemente no conocen el mecanismo y por ello no acuden a él. Puede suceder también que la relación se encuentre demasiado deteriorada, de suerte que ninguna de las dos partes sabe como incentivar un acercamiento. En esos casos, y en muchos otros similares, la obligación de comparecer a la audiencia de conciliación rompe uno de los principales obstáculos para la solución concertada de un litigio, y es la negativa de cada parte a escuchar a la otra. Por ello, si esas personas son forzadas a encontrarse en un lugar neutral, en donde un experto pueda asistirles, entonces es probable que surja poco a poco la voluntad de llegar a un acuerdo, al haberse restablecido una cierta comunicación que permite entender que existen posibilidades de superar el conflicto en forma negociada. Y es que, como dicen los expertos, "el simple restablecimiento de la comunicación entre las partes permite, en numerosas ocasiones, la solución de la controversia"[127].

20- Por todo ello considero que la distinción entre la conciliación como acuerdo y la tentativa de conciliación como proceso, que resalta la presente sentencia, es decisiva, pues esa diferencia muestra que no hay nada de contradictorio en defender el carácter autocompositivo y voluntario de la conciliación con la posibilidad de que la ley imponga como requisito de procedibilidad que las partes intenten llegar a un acuerdo.

21- Con todo, podría argumentarse que las anteriores consideraciones son interesantes pero irrelevantes en el ordenamiento colombiano. A lo sumo serían argumentos de lege ferenda, por la

sencilla razón de que el artículo 116 de la Carta obliga a que las partes mismas voluntariamente acudan a la audiencia de conciliación y escojan a su eventual conciliador, puesto que esa disposición establece literalmente que "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 (subrayas no originales)." Según esa objeción, la Carta ordena que las partes deben habilitar al conciliador, lo cual impide que la ley las obligue a intentar la conciliación, pues esa habilitación implica siempre una libre escogencia del conciliador por las partes y una decisión espontánea de intentar la conciliación. Como dice expresamente la sentencia C-893 de 2001, la regulación "que se expida para definir la forma y el modo de la habilitación no puede disminuir, en manera alguna, la libertad de habilitación o escogencia de los individuos, frente al conciliador que consideran más apto para adelantar la audiencia."

22- Ese argumento literal parece fuerte a primera vista, pero es equivocado, tanto por razones literales como conceptuales y sistemáticas. Así, la lectura literal que hace la sentencia C-893 de 2001 de ese artículo implica que las partes tienen que habilitar a los conciliadores para que éstos profieran fallos en derecho o en equidad, ya que la expresión que sirve de sustento a la argumentación de la sentencia se refiere a una habilitación "para proferir fallos en derecho o en equidad". Sin embargo, ese resultado es absurdo, pues es claro que los conciliadores no profieren fallos, pues este mecanismo es puramente autocompositivo. Esa facultad de proferir fallos en derecho o en equidad corresponde es a los árbitros.

Por ende, esta lectura literal conduce a la siguiente situación: si asumimos que el sentido de la expresión "habilitados por las partes" es que las personas tienen que escoger espontáneamente si acuden o no a la conciliación, y tienen que escoger libremente a su conciliador, entonces debemos concluir que los conciliadores tienen la facultad de proferir un fallo sobre la controversia, pues el artículo 116 habla literalmente de que los conciliadores o los árbitros son "habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley." Esa conclusión es absurda, pues los conciliadores no fallan sobre las controversias, por lo cual, por una típica reducción al absurdo, debemos concluir que ése no puede ser el entendimiento de esa expresión en relación con los conciliadores.

La anterior interpretación literal de la expresión "habilitados por las partes" choca entonces con un entendimiento conceptual de la noción de conciliación, por lo cual es necesario encontrar otro sentido a ese entendimiento literal, a fin de lograr un equilibrio entre los criterios literal y sistemático que parecen conducir a resultados divergentes.

23- Una primera opción hermenéutica para superar esa dificultad es suponer que la noción de habilitación no cubre a los conciliadores y se refiere exclusivamente a los árbitros, ya que estos últimos sí tienen la capacidad de fallar en derecho o en equidad.

Esta alternativa es razonable conceptualmente, pues en el caso de los árbitros, es necesario que las partes escojan libremente acudir al mecanismo y señalen cuáles son los árbitros que decidirán la controversia, pues se trata de una institución, que es heterocompositiva. Por consiguiente, la imposición de árbitros o del arbitraje obligatorio a las partes implicaría un desplazamiento de la justicia estatal por la justicia arbitral. Por ello, las partes deben habilitar a los árbitros. En cambio, en el caso de los conciliadores, esa habilitación, en el sentido de que las partes escojan al conciliador y decidan acudir a ese mecanismo, no es estrictamente necesaria, porque los partícipes en una conciliación pueden siempre rechazar el acuerdo, y acudir entonces a la justicia estatal. La obligatoriedad de intentar la conciliación respeta entonces la naturaleza consensual de

este mecanismo, ya que las personas siempre tienen la posibilidad de rechazar el acuerdo propuesto.

Además, esta primera alternativa hermenéutica armoniza también con el tenor literal del artículo 116 superior, pues éste puede ser leído de la siguiente manera: de un lado, la norma autoriza que los particulares sean "investidos transitoriamente de la función de administrar justicia" y luego establece las dos posibilidades como pueden hacerlo: ya sea "en la condición de conciliadores", o ya sea como "árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad". Y todo eso se hará "en los términos que determine la ley". Según este entendimiento, la "o" que separa las expresiones "en la condición de conciliadores" y "árbitros habilitados por las partes" es una "o" disyuntiva, por lo que la habilitación por las partes se refiere exclusivamente a los árbitros.

24- Creo pues que la habilitación por las partes exigida por el artículo 116 superior se refiere exclusivamente a los árbitros por cuanto esa interpretación armoniza los criterios literal, lógico y sistemático, pues evita un entendimiento absurdo de las facultades de los conciliadores pues supondría que estos pueden proferir fallos. Pero incluso si aceptáramos, en gracia de discusión, que la habilitación prevista por el artículo 116 superior también cubre a los conciliadores, la conclusión no podría ser que esa habilitación es idéntica a aquella que la Carta exige en materia de arbitraje, por la sencilla razón de que la conciliación y el arbitraje tienen distinta naturaleza, al ser la primera autocompositiva y la segunda heterocompositiva. Así, en el caso de los árbitros, es necesario que las partes escojan libremente acudir al mecanismo y señalen cuáles son los árbitros que decidirán la controversia, pues si no se les confiere esa facultad, entonces se les estaría imponiendo la decisión arbitral, en detrimento de su derecho a acceder a la justicia ante un tribunal predeterminado por la ley. Pero en cambio la noción de habilitación en el caso de la conciliación debe ser distinta, pues este tercero no decide el caso sino tan sólo ayuda a las partes a que éstas lleguen a un acuerdo.

Una obvia pregunta surge entonces: ¿cuál es el alcance de la habilitación por las partes en el campo de la conciliación, si es que ésta es exigida por la Carta? Y para responder a ese interrogante, creo que es necesario formularse otra pregunta, que es la siguiente: ¿en qué momento el conciliador administra justicia? Ese punto es central, pues el artículo 116 habla literalmente de que el conciliador es habilitado por las partes y de que es investido de la función de administrar justicia. Y es claro que ese tercero, en la medida en que no puede imponer su solución a las personas, sólo administra justicia cuando avala y da fe del acuerdo al que las partes, con su ayuda, llegaron voluntariamente, pues únicamente esa actuación tiene fuerza de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

La habilitación en materia de conciliación consiste entonces, según mi parecer, en que cada parte debe siempre conservar la posibilidad de oponerse al acuerdo propuesto por la otra parte o por el conciliador, y por ende mantiene la facultad de rechazar la habilitación a ese tercero para que certifique un acuerdo que, con su aval, haría tránsito a cosa juzgada.

25- El análisis precedente ha mostrado que el inciso final del artículo 116 admite dos interpretaciones posibles: según la primera, la habilitación se refiere exclusivamente al arbitraje; conforme a la segunda, la habilitación también cubre la conciliación pero tiene en ella un sentido distinto que en el arbitraje: la habilitación por las partes es su disposición a aceptar o rechazar que el conciliador avale el consenso al que ellas eventualmente han llegado. Por cualquiera de las dos vías, llegamos al mismo resultado: la consagración de la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad no desconoce el carácter autocompositivo de ese mecanismo ni

vulnera el principio de habilitación del artículo 116 superior, pues ese tercero, en sentido estricto, no puede proferir fallos, ya que no puede imponer su solución a las partes, con lo cual se respeta la naturaleza consensual de este mecanismo, ya que las personas siempre tienen la posibilidad de rechazar el acuerdo propuesto.

26- Por todo lo anterior, y a pesar de las anteriores objeciones a ciertos puntos de la argumentación de la presente sentencia, considero que la Corte acertó en rectificar la doctrina establecida en la sentencia C-893 de 2001. Es una lástima que esa rectificación no hubiera sido asumida explícitamente pues la propia sentencia presenta argumentos suficientes para justificar esa variación jurisprudencial.

Es claro entonces que, conforme a la actual doctrina de la Corte, la consagración de la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad no viola en sí misma la Carta. Sin embargo es necesario que el juez constitucional examine siempre si las distintas regulaciones son proporcionadas y razonables, ya que algunas de ellas podrían desconocer el derecho de acceder a la justicia o vulnerar otras cláusulas constitucionales. Y es que los mecanismos alternativos de resolución de los conflictos, como la conciliación, si bien tienen virtudes democráticas evidentes y amplio sustento constitucional, tienen también riesgos antidemocráticos, que podrían implicar la inconstitucionalidad de determinadas regulaciones. Por ejemplo, estos mecanismos pueden generar resultados injustos, ya sea para las propias partes, cuando hay desigualdad entre ellas, o ya sea para terceros que no participan en las negociaciones. Por ello creo la presente sentencia acertó en retornar a la doctrina unánime establecida por la Corte en las sentencias C-160 de 1999, MP Antonio Barrera Carbonell y C-247 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra, que distinguieron claramente entre la consagración del requisito de procedibilidad como tal, y su desarrollo normativo concreto en condiciones materiales históricas.

Fecha ut supra,

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (e)

[1] Diario Oficial No 44. 303 de 24 de enero de 2001

[2] Los antecedentes de esta decisión han sido extraídos de la ponencia original, presentada por la magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-893/01, MP: Clara Inés Vargas Hernández

[4] Sobre este tema ver Cappelletti, Mauro. *Accès a la Justice et État-Providence*. Publications de L'Institut Universitaire Europeen. Paris, 1984, págs. 303 a 341. Baruch Bush, Robert A. *Dispute Resolution Alternatives And The Goals Of Civil Justice: Jurisdictional Principles For Process Choice*. En *Wisconsin Law Review* 893, University of Wisconsin July, 1984 / August, 1984

[5] Sobre las reformas en diferentes países que hacen parte de esta primera ola, se puede consultar André Rials. *L'accès à la Justice*. Presses Universitaires de France. Paris, 1993.

[6] Ver entre otros Singer, Linda, *Settling Disputes*. 1994. Second Edition. Westview press; Stephen Goldberg, Green Eric y Sander, Frank. *Dispute Resolution*. 1985, Little, Brown and Company; Folberg, Jay y Taylor, Alison. *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. 1992, México, Editorial Limusa. Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Métodos Alternativos de Solución de*

Conflictos. Oxford University Press, 1997

[7] En los Estados Unidos, el término conciliación ha sido abandonado por la percepción negativa que tal concepto inducía en las partes, especialmente en materia de conflictos de familia, por dos razones: por la idea de que la conciliación ponía fin al conflicto entre las partes de manera definitiva, y por su semejanza con el término reconciliación, que resultaba contrario a lo que buscaba una pareja en proceso de divorcio o separación. Por esa razón se ha hecho énfasis en el término mediación. En Australia, Canadá, Argentina, Uruguay, Perú, España y Colombia, por tan sólo citar algunos ejemplos, el término conciliación se usa como sinónimo de mediación. Sobre este tema ver, por ejemplo, Singer, Linda, *Settling Disputes*. 1994, Second Edition. Westview Press.

[8] En esta materia, varios doctrinantes americanos han desarrollado teorías y técnicas de negociación que permiten a las partes distinguir entre intereses y posiciones, crear opciones de solución que satisfagan a todos, encontrando reglas estándares o principios neutrales que faciliten la negociación, reconocer las limitaciones de las posibles soluciones e indentificando posibles alternativas de solución. Ver, entre otros, Fisher, Roger, Ury, William y Patton, Bruce, *Getting to Yes*. 1991, Second Edition, Penguin Books; Fisher, Roger y Brown, Scott, *Getting Together*, 1989, Penguin Books; Goldberg, Stephen, Green, Eric y Sander, Frank. *Dispute Resolution*. 1985, Little, Brown and Company; Linda Singer, Ob. Cit.

[9] Regulatory negotiation.

[10] Early neutral evaluation

[11] Fact-finding

[12] Ombudsperson

[13] Minitrial

[14] Summary jury trial

[15] Case management

[16] Judicial settlement

[17] Nonbinding arbitration o court-annexed arbitration

[18] Mediation/arbitration o med-arb

[19] Entre muchos otros, se pueden consultar: Antaki, Nabil. *Le reglement amiable des litiges*. 1998, Les éditions Yvon Blais Inc, Canadá; Kovach, Kimberlee. *Mediation: Principles and Practice*. 1994, West Group; Bennet, Marl y Hermann, Michele. *The Art of Mediation*, 1996, National Institute for Trial Advocacy. ; StephenGoldberg, Green Eric y Sander, Frank. Op. Cit; Folberg, Jay y Taylor, Alison. Op. Cit; Monroy Cabra, Marco Gerardo. Op. Cit; Nolan-Haley, Jacqueline M.. *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*. West Publishing Company, 1991; Singer,Linda Op. Cit.

[20] Sobre este tema, ver Lieberman, Jethro. *The litigious society*. 1983, New York, Basic Books, Inc, Publishers. Auerbach, Jerold S.. *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*, 1981, Oxford University Press. Tribe, Laurence H. *Too Much Law, Too Little*

Justice. New York State Bar Journal, November, 1980, págs. 544-580

[21] También es obligatoria la mediación para asuntos de custodia de menores en Alaska, Arizona, Delaware, Florida, Kansas, Louisiana, Nevada, Nuevo México, Carolina del Norte, Oregon y Dakota del Sur. En Maine y Ohio, la mediación es obligatoria además para todos los asuntos que tengan que ver con separaciones, anulación de matrimonio y divorcio de parejas que tengan hijos menores de edad. Linda Singer, *Settling Disputes*, 1994, páginas 41 y 42. La obligatoriedad de la mediación surge por disposición legal o por mandato del juez.

[22] Queensland Court Legislation Amendment Act 1995 (establece la mediación obligatoria para los asuntos comerciales que conocen las Cortes Suprema, Distrital y los Magistrados de Queensland).

[23] Regulation 194 of The Revised Regulations of Ontario, 1990, enmendada por varias regulaciones provinciales)

[24] Ley 27398 del 13 de enero del 2001 del Perú (que excluye expresamente de la posibilidad de conciliación las siguientes materias (artículos 10 y 23): a) La parte emplazada esté domiciliada en el extranjero; b) en los procesos contenciosos administrativos; c) en los procesos cautelares; d) de ejecución; e) de garantías constitucionales; f) tercerías; g) en los casos de violencia familiar; y h) cuando se trate de derechos y bienes de incapaces.

[25] En Argentina, el artículo 2 de la Ley 24.573 de 1995 excluyó de la mediación previa obligatoria los siguientes procedimientos: 1. - Causas penales. 2. - Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador. 3. - Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación. 4. - Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte. 5. - Amparo, hábeas corpus e interdictos. 6. - Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación. 7. - Diligencias preliminares y prueba anticipada. 8. - Juicios sucesorios y voluntarios. 9. - Concursos preventivos y quiebras. 10. - Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo.

[26] Son pocos los estudios que hayan examinado el impacto de la obligatoriedad de la mediación frente a la mediación voluntaria, en términos del número de casos que llegan a las cortes luego de que el intento de mediación fracasa. En Colombia, por ejemplo, no se ha examinado si el impacto de la conciliación obligatoria ha generado o no un aumento en el número de procesos ejecutivos que hayan ingresado a la jurisdicción.

[27] Estudio realizado sobre los casos mediados por el Denver City Attorney's Office — Mediation Program in the Alternative Resolution Program, durante el período Noviembre 1998- Noviembre 1999

[28] Cifras sobre medición en el Colorado, citadas en el Exhibit 7 del Final Report of Governor's Task Force on Civil Justice Reform (California), <http://www.courtinf.ca.gov> [en este sitio se citan los estudios de 1995, 1999, 2001 de Carol A. Nolan and the Center for Analysis of alternative dispute resolution systems]

[29] Estudio realizado en los casos adelantados por el First Judicial District, Small Claims Court, Mediation Services Program, durante el periodo Octubre 1998-Octubre 1999

[30] The Community Mediator, National Association for Community Mediation, Summer 1999
[\[www.smithlyons.ca/practiceareas/ADR/Publications/ADR_99_08_1.htm\]](http://www.smithlyons.ca/practiceareas/ADR/Publications/ADR_99_08_1.htm)

[31] Cifras sobre medición Exhibit 7 del Final Report of Governor's Task Force on Civil Justice Reform (California), <http://www.courtinf.ca.gov>

[32] Colorado Judicial Branch - Office of Dispute Resolution, 1998 Report,
www.attorneygeneral.jus.gov.ca

[33] Colorado Judicial Branch - Office of Dispute Resolution, 1998 Report,
www.attorneygeneral.jus.gov.ca

[34] <http://www.foresjusticia.org.ar/jornadas/mendoza/trabajos/JCarlosDupuis.htm>

[35] Informe final del Proyecto Piloto de Mediación obligatoria para Toronto y Ottawa, financiado por el Ministry of the Attorney General durante 1999.

[36] Graeme Mew y Natalie Barnett. A Clash of Cultures? An Examination of Lawyer's Attitudes to Mediation and Alternative Dispute Resolution in Ontario. Agosto de 1999, Kuala Lumpur; y Carolyn J. Horkins, Mandatory Mediation - One Year Later, Febrero 2000, www.smithlyons.ca/practiceareas/ADR/Publications

[37] Gaceta del Congreso No. 400, del 29 de octubre de 1999, página 5. Para 1998, el Ministerio de Justicia había autorizado 145 centros de conciliación, arbitraje y amigable composición, ubicados en 25 departamentos. El estudio cuantitativo de las actas de conciliación elaborado en 1998 por la División de Conciliación de la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho, señaló que el 89% de las conciliaciones se referían a asuntos de familia, 7% a asuntos laborales, 2% a materias civiles; 1% a temas comerciales, 1% en asuntos penales y 1% en temas contencioso administrativos.

[38] Corte Constitucional Sentencia T-268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Barbonell.

[39] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

[40] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.). Esta opinión ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz.

[41] En relación con la aplicación del test de razonabilidad ver, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional, C-530/93, C-112/00, C-093/01 y C-204/01, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-022/96, MP: Carlos Gaviria Díaz; C-557/01 y C-673/01, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

[42] Corte Constitucional, Sentencia C-337 de 1997, MP: Carlos Gaviria Díaz. En este fallo en el que se analizó la constitucionalidad del establecimiento de privilegios o beneficios para los ciudadanos que ejercen el derecho al voto, la Corte examinó la libertad de configuración que tiene el legislador para escoger una medida que limite un derecho fundamental. En esa ocasión

dijo la Corte: "Es importante anotar, que si bien el test exige que el intérprete evalúe la necesidad del medio para el logro del fin perseguido, esta facultad no puede entenderse como una exclusión de la potestad plena del legislador para elegir entre diferentes alternativas las que, a su juicio, mejor satisfagan el fin propuesto. En otras palabras, si los medios utilizados son adecuados y proporcionados, el legislador podrá escoger el que estime más conveniente, sin necesidad de probar que la medida elegida es la única disponible para alcanzar su objetivo".

[43] Así por ejemplo, al aplicar este test en materia de igualdad, la Corte Constitucional ha utilizado con diferentes intensidades el test de razonabilidad, dependiendo de las materias en juego. Ver entre otras las sentencias C-404 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-505 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-048 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-579 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre; C-540 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-199 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

[44] Con respecto a la aplicación de este test en relación con el derecho a la igualdad, en la Sentencia C-673/01, MP: Manuel José Cepeda, la Corte explicó brevemente las distintas intensidades de este test y dijo lo siguiente en cuanto al test estricto: "Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además **imperioso**. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además **necesario**, o sea, que no pueda ser remplazado por un **medio alternativo menos lesivo**. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de **proporcionalidad en sentido estricto** es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida."

[45] Un análisis histórico de la evolución de la figura de la conciliación en Colombia puede verse en el salvamento de voto a la Sentencia C-893/01 (del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra)

[46] Ver entre otras las sentencias C-059 de 1993, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-544 de 1993, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-538 de 1994, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037/96, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-268/96, MP: Antonio Barrera Carbonell; C-215/99, MP(E): Martha Victoria Sáchica Méndez; C-163/99, MP: Alejandro Martínez Caballero; SU-091/00, MP: Alvaro Tafur Galvis; y C-330/00, MP: Carlos Gaviria Díaz.

[47] Corte Constitucional, Sentencia T-268/96, MP: Antonio Barrera Carbonell. En este fallo, la Corte sostuvo que el "acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, por la circunstancia de que su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso".

[48] Corte Constitucional, Sentencia C-037/96, MP: Vladimiro Naranjo Mesa. En este caso al estudiar la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte analizó el contenido del derecho a acceder a la justicia y dijo que éste "implicaba la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley".

[49] Corte Constitucional, Sentencia C-163/99, MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte al estudiar la constitucionalidad del artículo 127 de la Ley 446 de 1998, que regula la

figura del arbitraje, señaló que los mecanismos alternos de solución de conflictos también desarrollaban el derecho a acceder a la justicia.

[50] Corte Constitucional, Sentencia C-163/99, MP: Alejandro Martínez Caballero

[51] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-597/92, MP: Ciro Angarita Barón, SU-067/93, MP: Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; T-451/93, MP: Jorge Arango Mejía; T-268/96, MP: Antonio Barrera Carbonell.

[52] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-399/93, MP: José Gregorio Hernández Galindo; C-544/93, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-416/94, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-502/97, MP: Hernando Herrera Vergara

[53] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-046/93, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-093/93, MP: Fabio Moron Diaz y Alejandro Martinez Caballero, C-301/93, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-544/93, MP: Antonio Barrera Carbonell, T-268/96, MP: Antonio Barrera Carbonell., C-742/99, MP: Jose Gregorio Hernández

[54] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, SU-067/93, MP: Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz, T-275/94, MP: Alejandro Martínez Caballero, T-416/94, MP: Antonio Barrera Carbonell, T-502/97, MP: Hernando Herrera Vergara, C-652/97, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-742/99, MP: Jose Gregorio Hernández

[55] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-522/94, MP: Antonio Barrera Carbonell; C-037/96, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; y C-071/99, MP: Carlos Gaviria Díaz.

[56] Ver por ejemplo la sentencia C-157/98, MP: , en la cual la Corte encontró que no se vulneraba el derecho a acceder a la justicia al exigir que la interposición de la acción de cumplimiento se hiciera ante los Tribunales Administrativos, pues la ley establecía un mecanismo para facilitar el acceso en aquellos sitios donde no hubiera Tribunales. Dijo entonces la Corte: "No se vulnera el derecho de acceso a la justicia con la asignación de la competencia en los Tribunales Contencioso Administrativos, porque aquél se garantiza en la medida en que las personas no tienen que acudir directa y personalmente ante los respectivos tribunales a ejercer su derecho a incoar la acción de cumplimiento, porque pueden remitir, previa autenticación ante juez o notario del lugar de su residencia, la respectiva demanda, según las reglas previstas para la presentación de la demanda en el Código Contencioso Administrativo, cuando el demandante no resida en la sede del Tribunal."

[57] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-268/96, MP: Antonio Barrera Carbonell, C-037/96, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-215/99, MP: Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano, C-163/99, MP: Alejandro Martínez Caballero, SU-091/00, MP: Alvaro Tafur Galvis, C-330/00, MP: Carlos Gaviria Díaz

[58] Corte Constitucional, Sentencia C- 351/94, MP: Hernando Herrera Vergara

[59] Corte Constitucional, Sentencia C-652/97, MP: Vladimiro Naranjo Mesa. En este fallo la Corte encontró conforme a la Carta el establecimiento de plazos perentorios para el ejercicio de determinados recursos procesales en casos de violencia intrafamiliar, vencidos los cuales ya no era posible interponerlos pues "existe un interés general por parte del Estado y de la sociedad para que los procesos judiciales se surtan en forma oportuna y diligente".

[60] Corte Constitucional, Sentencia C-160/99, MP: Antonio Barrera Carbonell. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 68, 82, 85 y 87 de la Ley 446 de 1998 y artículo 25 (parcial) de la Ley 23 de 1991, que regulan la conciliación en materia laboral y establecían la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en materia laboral, y que a juicio del demandante eran inconstitucionales por limitar injustificadamente el derecho ciudadano de acceso a la justicia. El carácter complementario de estos mecanismos fue reiterado en la Sentencia C-893/01, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

[61] Ley 640 de 2001, Artículo 36. Rechazo de la demanda. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda.

[62] Artículo 64, Ley 446 de 1998

[63] Ley 640 de 2001, Artículo 1°. "Acta de conciliación. El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente: 1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación. 2. Identificación del Conciliador. 3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia. 4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación. 5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas. Parágrafo 1°. A las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo. Parágrafo 2°. Las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el Circuito Judicial del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado debidamente facultado para conciliar, aún sin la asistencia de su representado. Parágrafo 3°. En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación".

[64] Ley 640 de 2001, Artículo 20: "Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término."

[65] Ley 640 de 2001, Artículo 21: Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable."

[66] Corte Constitucional, Sentencia C-196/99, MP: Vladimiro Naranjo Mesa. En este fallo la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de las sanciones previstas por inasistencia a la audiencia de conciliación judicial prevista en la Ley 446 de 1998 y en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.(Artículos 22, 74 y 103 de la Ley 446 de 1998)

[67] Ley 23 de 1991, Artículo 79. "En la audiencia, el conciliador interrogará a las partes para

determinar con claridad los hechos alegados y las pretensiones que en ellos se fundamentan, para proceder a proponer fórmulas de avenimiento que las partes pueden acoger o no."

[68] De conformidad con lo que establecen el artículo 22 y el párrafo del artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

[69] Ley 640 de 2001, Artículo 35, Párrafo. "Cuando la conciliación extrajudicial en derecho sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura."

[70] Artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

[71] Artículo 35 de la Ley 640 de 2001

[72] Artículo 35, Ley 640 de 2001

[73] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-475/98, MP: Alejandro Martínez Caballero; SU-048/97, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-433/93, MP: Fabio Morón Díaz; T-530/95, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-276/95, MP: Hernando Herrera Vergara; T-197/95, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-057/95, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-030/96, Antonio Barrera Carbonell.

[74] Ley 640 de 2001, Artículo 24. Aprobación judicial de conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo. Las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.

[75] Ver entre otras la sentencia de la Corte Constitucional, T-006/92, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

[76] Corte Constitucional, Sentencia C-037/96, MP: Vladimiro Naranjo Mesa. Dentro de las materias contenidas en la Ley 270 de 1996, la Corte encontró conformes a la Carta la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

[77] Corte Constitucional, Sentencia C-557/01, MP: Manuel José Cepeda Espinosa

[78] Ver entre otras, la sentencia C-037/96, MP: Vladimiro Naranjo Mesa

[79] Por ejemplo, los Proyectos No. 2 (Gaceta Constitucional No. 5 del 15 de febrero de 1991), 3 (Gaceta Constitucional No. 6 del 18 de febrero de 1991) y 67 (Gaceta Constitucional No. 23 del 19 de marzo de 1991), proponían la constitucionalización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos tales como la conciliación y el arbitraje). En la exposición de motivos del Proyecto No. 2, presentado por el Gobierno Nacional, se afirmaba lo siguiente: "La evolución de las instituciones democráticas ha demostrado que la mediación en los conflictos colectivos y la aplicación del derecho en todas aquellas situaciones que así lo requieran, no es exclusivo del poder judicial. (...) La disposición comentada [artículos del proyecto] que los particulares podrán administrar justicia en los casos, formalidades, condiciones y manera en que la ley lo establezca. La ley, en efecto, puede disponer que determinados asuntos, dada su poca relevancia

social, o por tratarse de asuntos de fácil solución o por razones de equidad, sean resueltos por los particulares señalando al efecto el procedimiento a seguir, los controles del caso y la manera como se falla, esto es, en derecho, en equidad o en conciencia. Esta disposición es el fundamento de la solución extrajudicial de los conflictos y de los denominados equivalentes judiciales dentro de los cuales se cuenta a los jueces de paz, los tribunales de arbitramento y algunas formas de conciliación".

[80] Los Proyectos No. 7 (Gaceta Constitucional No. 8 del 19 de febrero de 1991), 9 (Gaceta Constitucional No. 9 del 19 de febrero de 1991); 27 (Gaceta Constitucional No. 20 del 12 de marzo de 1991); 51 (Gaceta Constitucional No. 22 del 18 de marzo de 1991); y No. 67 (Gaceta Constitucional No. 23 del 19 de marzo de 1991), entre otros, proponían tanto la creación de los jueces de paz como la participación de los ciudadanos como jurados de conciencia en las causas criminales.

[81] Informe Ponencia de la administración de Justicia (Gaceta No. 46 de 15 de abril de 1991); Informe Ponencia de los principios rectores de la administración de Justicia (Gaceta No. 54 de 17 de abril de 1991); Informe Ponencia Creación constitucional de la figura de los jueces de paz (Gaceta No. 66 de 3 de mayo de 1991); Informes de la Secretaría de la Comisión Cuarta No. 1, de 19 de abril de 1991- Principios rectores de la administración de Justicia (Gaceta No. 74 de 15 de mayo de 1991); Informe Ponencia de los principios de la administración de Justicia (Gaceta No. 75 de 16 de mayo de 1991), Articulado definitivo aprobado por la Comisión Cuarta (Gaceta Constitucional No. 83, 27 de mayo de 1991, página 28 y ss); Informe de Minoría (Gaceta Constitucional No. 84, 28 de mayo de 1991); Artículos de la Constitución Política de Colombia Aprobados en Primer Debate (Gaceta Constitucional No. 109 del 27 de junio de 1991); Codificación del articulado de la Constitución de Colombia para Segundo Debate (Gaceta Constitucional No. 113, de 5 de julio de 1991); Ponencia para Segundo Debate, Gaceta Constitucional No. 115, 8 de julio de 1991); Promulgación de la Constitución Política de la República de Colombia (Gaceta Constitucional No. 114, 7 de julio de 1991).

[82] El texto original del artículo presentado por los ponentes de la comisión IV establecía: "Artículo 1.- La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Tribunal Disciplinario, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y demás Tribunales que establezca la ley, administran justicia. El Congreso ejerce las funciones judiciales señaladas en la Constitución. Los particulares administran justicia a través de los jurados de conciencia, los Tribunales de conciliación o arbitramento. Toda sentencia deberá ser motivada pero los jurados de conciencia, los Tribunales de Conciliación o Arbitramento y los jueces de paz pueden proferir fallos en equidad". Este fue modificado posteriormente, debido a la inclusión del principio de permanencia a través del cual se garantizaría que los funcionarios judiciales cumplirían con sus funciones de manera ininterrumpida y con dedicación exclusiva. El nuevo texto establecía: "La administración de justicia es un servicio público de carácter permanente. Los funcionarios judiciales serán de dedicación exclusiva". (Informes de Secretaría de la Comisión Cuarta No. 1, 19 de abril de 1991, publicado en la Gaceta No. 74, 15 de mayo de 1991, p.8.). (Gaceta No. 81, 24 de mayo de 1991, Informe Ponencia para primer debate en plenaria, página 12)

[83] Articulado definitivo aprobado por la Comisión Cuarta. Gaceta Constitucional No. 83, 27 de mayo de 1991, página 28 y ss. El texto de la ponencia original

[84] Gaceta Constitucional No. 109 del 27 de junio de 1991: Artículos de la Constitución Política de Colombia Aprobados en Primer Debate.

[85] Gaceta Constitucional No. 113, de 5 de julio de 1991. Codificación del articulado de la Constitución de Colombia para Segundo Debate.

[86] Corte Constitucional, Sentencia C-057/95, Eduardo Cifuentes Muñoz

[87] De conformidad con el artículo 16 de la Ley 640 de 2001, la selección del conciliador se podrá hacer: "a) Por mutuo acuerdo entre las partes; b) A prevención, cuando se acuda directamente a un abogado conciliador inscrito ante los centros de conciliación; c) Por designación que haga el centro de conciliación, o d) Por solicitud que haga el requirente ante los servidores públicos facultados para conciliar."

[88] Constitución Nacional, Artículo 228.

[89] Ley 640 de 2001, Artículos 5 a 18

[90] El artículo 66 de la Ley 446 de 1998 dice: Artículo 66. Efectos. "El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo". En Perú, por ejemplo, las actas de conciliación no tienen efecto de cosa juzgada, aunque si prestan mérito ejecutivo. En Argentina, el artículo 34 de la Ley 24573 de 1995 las actas de conciliación tienen efecto de cosa juzgada y constituyen títulos ejecutivos.

[91] Corte Constitucional, Sentencia C-160/99, MP: Antonio Barrera Carbonell. La Corte fija estos requisitos facticos al analizar la constitucionalidad del requisito de procedibilidad en materia laboral.

[92] Corte Constitucional, Sentencia C-160/99, MP: Antonio Barrera Carbonell

[93] La Ley 640 de 2001 amplía en número de personas y autoridades que pueden actuar como conciliadores (artículos 23, 27, 31, 33), estableció un sistema de control del número de conciliadores que se requieren en una jurisdicción y área específica (artículo 42), así como un programa de capacitación y registro permanente de conciliadores y centros de conciliación (artículos 11 y 12)

[94] Gaceta del Congreso No. 400, del 29 de octubre de 1999, página 5 y ss

[95] Según el informe rendido por el Ministerio de Justicia en el proceso D-3399, que culminó con la Sentencia C-893 de 2001, el Estado ha incrementado el número de funcionarios y personal que puede participar en la conciliación para lograr extender este mecanismo a todo el territorio nacional y a las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia. Las cifras arrojan un total de 145 centros, con sede en las principales ciudades del distrito judicial respectivo. A los centros se adicionan las cifras de los funcionarios públicos facultados por la ley para actuar como conciliadores. Las cifras finales en este aspecto señalan que en el país hay un total de 2.616 funcionarios, entre inspectores de trabajo, delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, agentes del Ministerio Público, notarios y jueces civiles, promiscuos municipales y personeros, habilitados para llevar a cabo audiencias de conciliación en los 31 distritos judiciales en que está distribuido el territorio nacional. Ello, sin contar con los comisarios de familia, cuyas cifras no fueron consideradas por el Ministerio, pero que también están investidos con potestad conciliatoria. El oficio también registra una proyección por distrito judicial, del número de abogados litigantes que será necesario capacitar, con el fin de que, sumados a los funcionarios públicos con potestad conciliadora, la cifra de conciliadores equivalente al 2% del total de los procesos que ingresan a los distritos judiciales, pueda ser alcanzada. Así, por ejemplo, las tablas

entregadas por el Ministerio indican que en el Distrito Judicial de Bogotá, es necesario capacitar a por lo menos 1.300 abogados con el fin de que, sumados a los 217 funcionarios facultados para conciliar, se alcance la cifra de 1.517 conciliadores, necesarios para absorber la demanda ciudadana. En la ciudad de Medellín, la cifra de abogados es de 550, que deberán sumarse al grupo de los 671 funcionarios facultados, con el fin de llegar al 2% exigido por la Ley 640 con el fin de que cada conciliador atienda en promedio un total de 4 conciliaciones por mes. El Ministerio señala que en materia civil el país requiere de un total de 4.040 conciliadores para atender la demanda de 201.980 procesos, según el cálculo de los expedientes que ingresaron a dicha jurisdicción en el año de 1999, cálculo que deberá actualizarse anualmente según los reportes que reciba el Consejo Superior de la Judicatura. En la jurisdicción Contencioso Administrativa la proyección es de 770 conciliadores para 38.495 procesos, a nivel nacional. En materia de familia, visto el incremento en el número de conciliadores, las proyecciones realizadas por el Ministerio de Justicia dan cuenta de la necesidad de capacitar a más de 2.990 conciliadores para atender la demanda de 14.521 procesos que entraron a la jurisdicción, según las cifras arrojadas en 1999. (Expediente D-3399, Folios 87 a 102)

[96] Artículo 20. Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. "Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.(...)"

[97] Artículos 396, 406, 407, 408 Código de Procedimiento Civil

[98] Artículo 649 y 46, Código de Procedimiento Civil. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 640 de 2001, la conciliación en estas materias podrá "ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público en materia civil y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales".

[99] De conformidad con el artículo 31 de la Ley 640 de 2001, la conciliación en materias de familia podrá "ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales."

[100] Ley 446 de 1998, artículo 73 y Ley 640 de 2001, artículo 24.

[101] Ley 640 de 2001, Artículo 25. "Pruebas en la conciliación extrajudicial. Durante la celebración de la audiencia de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo los interesados podrán aportar las pruebas que estimen pertinentes. Con todo, el conciliador podrá solicitar que se alleguen nuevas pruebas o se complementen las presentadas por las partes con el fin de establecer los presupuestos de hecho y de derecho para la conformación del acuerdo conciliatorio. Las pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a su solicitud. Este trámite no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción previsto en la ley. Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado

las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo."

[102] El artículo 25, inciso final, de la Ley 640 de 2001 dice: "Si agotada la oportunidad para aportar las pruebas según lo previsto en el inciso anterior, la parte requerida no ha aportado las solicitadas, se entenderá que no se logró el acuerdo.".

[103] Ley 446 de 1998, Artículo 74. Sanciones. El artículo 64 de la Ley 23 de 1991, quedará así: "Artículo 64. La inasistencia injustificada de las partes o sus apoderados a la audiencia de conciliación o la negativa, igualmente injustificada, a discutir las propuestas formuladas, se sancionará con multa hasta de diez (10) salarios mínimos mensuales legales a favor del Consejo Superior de la Judicatura que será impuesta, en la prejudicial, por el agente del Ministerio Público, y en la judicial, por el Juez, Sala, Sección o Subsección respectiva."

Artículo 14 del Decreto 2511 de 1998: "De las sanciones. La inasistencia injustificada de los interesados o de sus apoderados a la audiencia de conciliación que se adelanta ante el procurador judicial o la negativa, igualmente injustificada, a discutir las propuestas formuladas, se sancionará con multa hasta de diez (10) salarios mínimos mensuales legales a favor del Consejo Superior de la Judicatura, que será impuesta por el agente del ministerio mediante acto administrativo motivado susceptible de recurso de reposición, el cual deberá interponerse de acuerdo con los artículos 50, 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo".

[104] Corte Constitucional, Sentencia C-160/99, MP: Antonio Barrera Carbonell

[105] Cfr. Sentencia C-294/95

[106] Cfr. Sentencia C-330 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz

[107] Sentencia C-1436 de 2000. El citado fallo señala: "Esta doctrina del Consejo de Estado aún hoy, después de la expedición de la Constitución de 1991, y la inclusión en ella, del artículo 116, está plenamente vigente, pues no existe presupuesto constitucional alguno que permita afirmar que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos, y, específicamente, de aquellos que dicta la administración en uso de sus facultades excepcionales, esté librada al arbitrio de los particulares."

[108] Autores clásicos del derecho rechazaron la intervención del Estado con el fin de hacer obligatoria la conciliación de los intereses privados, al entender que nadie debe ser más amante de la paz, del orden y de su patrimonio que su dueño mismo. Apoyado en este concepto BENTHAM reprobaba al Estado el entrometimiento en buscar la avenencia entre los particulares, porque en su parecer la conciliación envuelve para uno de los que transigen, una renuncia de parte de su derecho a favor de otro, y como el Estado no debe procurar transacciones en materia de justicia, sino que esta se cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, no puede prohiar un acto por el cual, si resulta conciliación, necesariamente ha de haber sacrificio de justicia por parte de uno de los litigantes.

[109] Sentencia C-294 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía

[110] Sentencia C-1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

[111] Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo mesa

[112] Sentencia C-400 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No 57. En el mismo sentido ver sentencia SU-047 de 199, fundamento 46.

[113] La literatura internacional sobre la fuerza de los precedentes es muy abundante. Por ejemplo, para el caso inglés, ver Denis Keenan, English Law. (9 Ed) Londres: Pitman, 1989, pp 130 y ss. Un texto clásico en el ámbito anglosajón es el de Edward Levi, Introducción al razonamiento jurídico (Trad Genaro Carrió). Buenos Aires: Eudeba, 1964,. Y, recientemente, el texto más importante es tal vez el estudio llevado a cabo por el llamado grupo de Bielefeld, que reúne a autores de la talla de Alexy, MacCormick, Atienza, Dreier, y otros. Estos autores realizaron conjuntamente una investigación comparada sobre precedentes en numerosos países. Ver Neil MacCormick y Robert Summers (Ed) Interpreting precedents. Paris, Ashgate Dartmouth, 1997. En el caso colombiano, por el contrario, los estudios sobre el precedente han sido más bien escasos. Sin lugar a dudas, en la doctrina nacional, el texto más importante en el tema es el de Diego López, El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, 2000.

[114] Asumo que en toda democracia respetuosa del principio de igualdad, los precedentes tienen alguna fuerza vinculante. Y es que, según mi parecer, en la actualidad la distinción entre la tradición continental y los sistemas de Common Law no es si el precedente es o no vinculante. La introducción de formas de justicia constitucional en los países de tradición romano-germánica y la constitucionalización del principio de igualdad han conferido una cierta fuerza vinculante al precedente en esos ordenamientos jurídicos, pues sería contrario al respeto a la igualdad que los jueces pudieran decidir los mismos asuntos en forma diversa. Aunque el tema es complejo, creo que la diferencia es hoy de grado: en los sistemas de Common Law, la fuerza del precedente tiende a ser mayor, pues el juez no puede apartarse de un precedente de los tribunales supremos, mientras que en los sistemas de tradición continental, suele aceptarse que el juez se separe de un precedente, siempre y cuando justifique adecuadamente por qué se aparta de la doctrina fijada por la decisión previa. Sobre esta aproximación de los sistemas, ver López, Op-cit, pp 99 y ss, y el punto 2.1. de la aclaración de voto de los magistrados Cepeda y Monroy a la sentencia C-836 de 2001.

[115] Obviamente la misma definición de ratio decidendi ha generado innumerables disputas en la teoría jurídica, especialmente en los países de Common Law. No es mi interés terciar en esas difíciles discusiones doctrinales, y por ello me acojo a la concepción que desarrolló la sentencia SU-047 de 1991, y que parece haber sido aceptada por esta Corporación en decisiones posteriores, como la sentencia C-836 de 2001.

[116] El concepto de "sub-regla" tiene un origen curioso en el constitucionalismo colombiano. Al parecer, esa expresión no es usada en otros países, o lo es de manera tangencial. En cambio, en Colombia es usada masivamente en las discusiones constitucionales, en algunos artículos y en ciertas jurisprudencias, como si fuera un concepto común y aceptado en la teoría constitucional. Pero no es así. Además, no es claro ni el origen ni la paternidad conceptual de esta noción. Sin embargo, a pesar de eso, es una categoría útil y creo que constituye una expresión afortunada, que se asemeja a la noción de norma adscrita desarrollada por Alexy, y es vecina a la idea de ratio decidendi en los sistemas del Common Law. Entiendo por "sub-regla" a la regla jurisprudencialmente construida para solucionar casos concretos. Por ello es posible calificarla de "sub-regla", porque indica las condiciones jurisprudenciales de aplicación de las reglas y principios constitucionales.

[117] Para una clásica defensa de las raíces empíricas del sistema de precedentes en el Common Law, ver Roscoe Pound, The spirit of the Common Law. New Hampshire: Evans Printing Company, 1947, capítulo VII, pp 182 y ss.

[118] Fallo Wheat de 1821, citado por Diego López, Op-cit, p 113.

[119] Ver Edward Levi. Op-cit, pp 10 y 11.

[120] Ver Arthur Goodhart. "Determining the Ratio Decidendi of a Case" en Yale Law Journal. 1930, citado por Diego López. Op-cit, pp 116 y ss.

[121] Ver Diego López. Op-cit, p 117.

[122] Ver la sentencia SU-047 de 1999, fundamento 43, en donde la Corte señala los fundamentos múltiples de la fuerza vinculante del precedente. En el mismo sentido, la sentencia C-836 de 2001, fundamento 6, reitera que la fuerza normativa de la doctrina judicial cumple varios propósitos constitucionales.

[123] Como es sabido, por precedente vertical se entiende aquella vinculación de un juez a la doctrina establecida en una decisión previa por un juez funcionalmente superior, en general el tribunal supremo. Por precedente horizontal se entiende la vinculación de un juez o un tribunal a la ratio decidendi de sus propias decisiones previas. Esta distinción es importante, porque la fuerza vinculante del precedente varía en los distintos ordenamientos, según lo disponga su sistema de fuentes.

[124] En un sentido similar, ver Diego López. Op-cit, p 124 y ss

[125] Ver Silvana Campos Moraes, Juizado de Pequenas Causas Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p 86. Ver también Betina Pohl Meinhardt. "Funcionamiento dos juizados: pesquisa de campo" en Juizado de Pequenas Causas. Porto Alegre, Nº 2, agosto de 1991, p 16

[126] Ver Mcewen Craig y Richard Maiman. "Mediation in Small Claim Courts: Consensual Proceses and outcomes" y Pearson Jessica y Nancy Thoennes. "Divorce mediation: reflections on a decade of research", ambos en Kressel, Pruitt et al. Mediation Research. San Francisco: Jossey Bass, 1989, citados por citado por Stephen Goldberg et al. Dispute resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes (2 Ed) Boston: Little, Brown and Company, capítulo 6, p 271.

[127] Ver Elena Galdós Loyola. "La mediación como vía alternativa de acceso a la justicia: análisis de la experiencia de mediación desarrollada en Lyon" en Anuario Vasco de Sociología del Derecho, No 1, 1989, p 60.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

