

## MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Marco Gerardo Monroy Cabra

*Ex-Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Académico de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, de la American Society of International Law y de la Sociedad de Legislación Comparada de París.*



### I. REFLEXIÓN INTRODUCTORIA

La reflexión introductoria consiste en determinar si únicamente el poder público, por medio del Órgano Judicial, es el único legitimado para resolver los conflictos que surgen entre miembros de la comunidad. Al respecto hay dos tesis:

- a. La tesis del monopolio estatal judicial que sostiene que los particulares deben someter todas sus controversias al Órgano Judicial por ser la administración de justicia un servicio público de exclusividad estatal. Por tanto, la renuncia a instaurar la acción judicial confiando a un tercero la solución de la controversia sería inconstitucional por violar la soberanía del Estado.

Esta doctrina no se acepta actualmente por cuanto no hay obstáculo alguno para que los particulares resuelvan por sí mismos su controversia, o designen un tercero para que la decida siempre que no se contravenga la moral o el orden público o los intereses soberanos del Estado. En la terminología de Guasp, cuando las partes resuelven por sí mismas la disputa ello se denomina autocomposición, que presenta variantes

aceptadas por el ordenamiento jurídico: renuncia, si hay abandono de la pretensión por una de las partes. Otro medio de autocomposición es la transacción de rancia estirpe civilista en la que el temor litis origina el aliquo dato, aliquo retendo, aliquo promiso, para evitar o dar término al litigio.

Cuando la disputa se resuelve por intervención de un tercero designado por las partes se está en presencia de la hetero-composición. La intervención del tercero puede ser como árbitro o como arbitrador o arbitrio de un tercero, según se trate de una controversia jurídica o susceptible de tutela jurídica, o económica en que las partes no persiguen ni pretenden la tutela jurídica.

Asimismo, se puede agregar la figura del perito dirimente en virtud de la cual se hace intervenir a personas técnicas, expertos, por su formación profesional, en la materia objeto del debate. La doctrina ha sostenido que los peritos actúan no como expertos sino como árbitros o amigables componedores, aunque algunos han sostenido que se trata de un arbitrador o arbitrio de un tercero. La fundamentación de estas instituciones se encuentra en la autonomía privada reconocida por el mismo Estado para lograr la paz social en cuanto no se contraviene la soberanía o el orden público debido a que no todas las controversias son susceptibles de arreglo por la intervención

de un tercero, especialmente cuando está de por medio el interés público ya que en este caso interviene la jurisdicción del Estado.

b. La tesis que expresa que los particulares pueden someter sus controversias a un tercero o a medios alternativos, con tal de que no se contrarien normas imperativas de orden público o de moral pública. Esta es la

doctrina aceptada pacíficamente y, por tanto, las controversias entre particulares pueden ser resueltas por las propias personas implicadas (autocomposición) o por un tercero o terceros por ellas designados.

Desde luego que todas las legislaciones establecen la posibilidad de renunciar a los derechos subjetivos privados pero igualmente consagran prohibiciones relativas a derechos

políticos, filiación, paternidad, interdicción y demás acciones del estado civil. Cada legislación establece algunas excepciones para la utilización de la conciliación, el arbitraje, la mediación y, en general, los medios alternos de solución de conflictos.

En términos generales, el límite para la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos entre particulares se encuentra en la noción de orden público entendido como el conjunto de normas imperativas establecidas en cada legislación y

---

***“... el límite para la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos entre particulares se encuentra en la noción de orden público entendido como el conjunto de normas imperativas establecidas en cada legislación y que garantizan valores fundamentales como la paz, la justicia social, los derechos humanos y, desde luego, la libertad”.***

---

que garantizan valores fundamentales como la paz, la justicia social, los derechos humanos y, desde luego, la libertad. Por tanto, la solución del conflicto entre particulares puede ser mediante la autocomposición (las partes resuelven por sí mismas el conflicto) o mediante la heterocomposición (proceso judicial, mediación, conciliación, arbitraje y otros medios alternativos de solución de disputas entre particulares).

## II. VENTAJAS DE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Es un hecho incontrovertible que el excesivo número de casos que tiene que decidir el Órgano Judicial del Poder Público y el escaso número de Jueces hace que exista una demora considerable en la decisión de los mismos. Por otra parte, los procedimientos existentes en gran número de Estados son lentos: existen numerosos recursos, incidentes, oposiciones y objeciones, todo lo cual conduce a que la decisión final del problema tarde meses y años, en ciertos casos. Si bien, algunos Estados han hecho reforma a los códigos de procedimiento, la ausencia de métodos generales de trabajo, la falta de la utilización de la informática y el ánimo de litigar hacen prácticamente inoperantes dichas reformas. A estos factores se une la desconfianza de los ciudadanos en la justicia, la poca consideración social que tienen los jueces, la amenazas que reciben los jueces en algunos Estados, los bajos salarios que perciben y la ausencia de actualización en las diversas ramas del derecho.

El Poder Judicial es considerado como la conciencia del Poder Público y el presupuesto que se le asigna no es suficiente para una pronta y cumplida justicia y no alcanza para

emprender programas de modernización de la administración de justicia.

---

***“Cualquier reforma judicial debería analizar la posibilidad de incrementar el número de jueces, modificar la normatividad jurídica, aumentar las condiciones salariales de los jueces, reestructurar administrativamente el Poder Judicial y desjurisdiccionalizar la solución de conflictos.”***

---

La crisis de la administración de justicia en algunos Estados hace imperiosa una reforma acorde con las características y necesidades de cada Estado. Cualquier reforma judicial debería analizar la posibilidad de incrementar el número de jueces, modificar la normatividad jurídica, aumentar las condiciones salariales de los jueces, reestructurar administrativamente el Poder Judicial y desjurisdiccionalizar la solución de conflictos.

Existen también medios alternos para solucionar los conflictos como son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Estos medios tienen la ventaja de la celeridad, la inmediación, la especialización, y conllevan un enorme ahorro en la actividad jurisdiccional del Estado.

## III. DESJURISDICCIONALIZACIÓN DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La tendencia actual en materia procesal apunta hacia el rechazo del formalismo, del

ritualismo exagerado y de una interpretación exegética de las normas jurídicas sin tener en cuenta su finalidad social. Para combatir esta posición se ha propuesto la desjurisdiccionalización de la solución de conflictos, que ha sido puesta en práctica en varios Estados como, por ejemplo, Colombia.

Esta desjurisdiccionalización comprende la despenalización de conductas criminales, la creación de mecanismos como la conciliación, la mediación, los amigables componedores, el arbitraje y el traslado de competencias de la justicia ordinaria a funcionarios administrativos y a Notarios. Por ejemplo, en Colombia se ha trasladado a los Notarios la competencia para celebrar matrimonios civiles, para tramitar procesos de sucesión de herederos mayores de edad y en los que no exista conflicto de intereses, para tramitar separaciones de cuerpo de matrimonios civiles y católicos siempre que sea de común acuerdo y para liquidar las sociedades conyugales formadas por los mismos, para el cambio de nombre, para recibir declaraciones extraproceso, y para la insinuación de donaciones. Estas reformas se hicieron por el Poder Ejecutivo mediante facultades extraordinarias otorgadas por la ley 30 de 1987.

En virtud de estas autorizaciones se dictaron decretos estableciendo medios alternos de solución de controversias como la conciliación, el arbitraje, juicios de equidad.

La Constitución de 1993 en su artículo 116 párrafo 2 expresa: «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». Asimismo, autorizó la creación de los Jueces de Paz encargados de resolver en

equidad conflictos individuales y comunitarios (art. 247).

---

#### IV. LA NEGOCIACIÓN

---

La negociación es el medio más idóneo para resolver un conflicto. Esta negociación puede ser realizada por las mismas partes o por medio de sus abogados como representantes de las mismas. La negociación se lleva a cabo mediante la transacción que es un contrato en que las partes precaven un litigio eventual o terminan extrajudicialmente un litigio pendiente.

---

***“ La negociación conlleva un análisis de la situación o problema, el intercambio de información, las concesiones recíprocas y el acuerdo transaccional. ”***

---

La negociación depende de un número de variables como los propósitos de los clientes, la materia, la personalidad de las partes y los puntos de desacuerdo. La negociación conlleva un análisis de la situación o problema, el intercambio de información, las concesiones recíprocas y el acuerdo transaccional. La legislación de cada Estado establece límites a la facultad de negociación de las partes.

Este medio de solución de controversias conlleva el que los abogados sean entrenados en las habilidades propias de la negociación para representar adecuadamente los intereses de sus clientes. Además, en ciertos casos la transacción debe ser auto-

rizada por el juez y esto requiere que el abogado conozca los límites legales de la transacción, respete la confidencialidad de la misma y actúe de acuerdo con las reglas de la ética.

Por último, es necesario crear la conciencia de que, antes de acudir a los procedimientos judiciales, las partes tienen el deber de negociar y buscar una solución que concilie sus diferencias.

Esta conciencia de negociar debe ser enseñada también a los abogados para que intenten una solución negociada antes de acudir a la justicia.

## V. LA MEDIACIÓN

La mediación es definida por Folberg y Taylor<sup>2</sup> como el «proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades».

La mediación ayuda a reducir los obstáculos a la comunicación entre los participantes, realiza al máximo la exploración de alternativas, atiende las necesidades de todos los que en ella intervienen, y proporciona un modelo para la futura resolución de conflictos.

La mediación ofrece la ventaja de no estar sujeta a la reglas procesales ni a las del derecho sustantivo, ni a los principios que dominan la controversia judicial. La autoridad

final en la mediación corresponde a los propios participantes.

La mediación es un proceso que implica la preparación de un plan (convenio) para que los participantes acepten y cumplan el compromiso que logren; es interactiva y reduce la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto, mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una resolución consensual.

En la mediación, un tercero neutral asiste a las partes en conflicto para investigar los hechos y lograr un arreglo de la diferencia. En la mediación no hay decisión obligatoria del tercero que es neutral y sólo busca acercar a las partes y asistirles para que logren un arreglo.

La mediación era el principal recurso para resolver desavenencias en China. Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se logra a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción. Igualmente, la conciliación y la mediación tienen una rica historia en la ley y las costumbres de Japón.

En algunas partes de África, existe la costumbre de reunir una asamblea, o junta de vecinos, como mecanismo informal para la resolución de una serie de desavenencias interpersonales.

Los extensos círculos familiares y de parentesco han constituido un recurso de mediación en muchas culturas. Los jefes de familia patriarcales y matriarcales han ofrecido su consejo para la solución de los problemas entre los miembros de la familia.

La Iglesia Católica ha ofrecido, por medio de los sacerdotes, sus oficios de mediación,

2. Folberg Jay y Taylor Alison, *Mediación*, Limusa, Noriega Editores, Ciudad de México, 1992, página 27.

principalmente en asuntos familiares. Asimismo, otros grupos religiosos como, por ejemplo, el Beth Din Judío, consejo formado por un grupo local de rabinos, ofrece mediación para la solución de los conflictos entre personas de la comunidad judía.

En los Estados Unidos existe un programa de mediación obligatoria anexo a las cortes (court-annexed mediation programs). La mediación permite ayudar a las partes a entender las causas del conflicto, a definir los puntos de la controversia y las posibles soluciones a la misma.

La mediación exige que las partes tengan el deseo de actuar de buena fe en orden a lograr un acuerdo y no para conocer los puntos de vista y las pruebas que tenga la parte contraria, o para detener el proceso ju-

dicial en beneficio propio. Usualmente, la mediación empieza con la exposición de las posiciones de cada parte y luego actúa el mediador en forma confidencial y privada. El mediador ayuda a las partes a definir en qué consiste la controversia, intercambia información sobre hechos y sobre las normas legales y las asiste para lograr un acuerdo satisfactorio para las mismas. La mediación exige que el mediador sea neutral, imparcial, y tenga credibilidad.

El mediador debe convencer a las partes de que deben negociar y por esto debe tener especiales habilidades para oír a las partes, observar su conducta, conocer los hechos y tener conocimiento suficiente para exponer las diferentes opciones que existen en cada caso. El abogado que sirve de mediador debe

observar las normas de ética profesional y, desde luego, observar las normas que existen en cada materia. Así, por ejemplo, en Estados Unidos existen las normas para los abogados que sirven de mediadores en asuntos de familia, aprobadas por la American Bar Association en 1984 (Standards of practice for Lawyer mediators in family-disputes, adopted by the House of delegates of the ABA, 1984).

El papel del abogado en la elección del medio alternativo de solución de controversias es importante; por cuanto, puede aconsejar al cliente la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el proceso judicial. Para hacer esta evaluación el abogado debe analizar cuidadosamente la naturaleza de la controversia, la situación financiera del cliente, el tiempo,

el posible resultado, la posición de las partes y las normas legales aplicables.

El mediador propone soluciones a las partes que las pueden aceptar o rechazar. Esta mediación puede ser individual o colectiva y es utilizada aun en conflictos del trabajo. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la Railway Labor Act de 1926, creó la National Mediation Board y el Taft-Hartley Act (1947) estableció la Federal Mediation and Conciliation Service.

En la mediación existen varias experiencias, como los Centros de Mediación de Buenos Aires, Argentina, promovidos por la Fundación Libra, el Center For Conflict Resolution de Chicago, Illinois, el Southwest Alternative Dispute Resolution Group, con

---

***“ El mediador ayuda a las partes a definir en qué consiste la controversia, intercambia información sobre hechos y sobre las normas legales y las asiste para lograr un acuerdo satisfactorio para las mismas ”.***

---

Centros en Texas, Winsconsin, California y Washington D.C., el Dispute Mediation Service Inc., de Dallas, Texas, y los Centros de Conciliación de Colombia <sup>3</sup>.

## VI. LA CONCILIACIÓN.

En la conciliación las partes acuden a un tercero para que las asista en la búsqueda de una solución al conflicto. La conciliación es más amplia que la mediación y puede ser desarrollada por personas naturales o por entidades.

Mientras que en la mediación el mediador se limita a acercar a las partes para que ellas mismas busquen la solución a su conflicto, en la conciliación el conciliador puede proponer fórmulas no obligatorias a las partes para que resuelvan el litigio.

La mediación es por regla general extrajudicial y, en cambio, la conciliación está consagrada en muchos Códigos Procesales como una etapa dentro del proceso.

La conciliación puede ser extrajudicial o una etapa dentro de los procesos. Este es un medio alternativo de solución de conflictos que ofrece la ventaja de ser flexible, permitir la actuación del tercero y de las partes asesoradas por abogados.

En Colombia, la ley 23 de 1991 (marzo 21), por la cual se crearon mecanismos para la descongestión de los Despachos Judiciales, estableció la conciliación en estas materias:

a. En materia laboral, se exigió que se debe acudir ante las Autoridades Administrativas del Trabajo con el fin de intentar un arreglo conciliatorio, como requisito de procedibilidad para ejercer acciones ordinarias ante la Ju-

risdicción laboral. Además de la conciliación administrativa obligatoria, las partes podrán solicitar al Juez que practique una audiencia especial de conciliación cuando hayan logrado las bases para un posible acuerdo.

El acuerdo de transacción debe ser aproba-

do por el funcionario y hace tránsito a cosa juzgada;

b. Conciliación en la legislación de familia. La conciliación se podrá intentar previamente a la iniciación del proceso judicial, o durante el trámite de este. La conciliación ante el Defensor de Familia comprende estos asuntos:

1. La suspensión de la vida en común de los cónyuges;
2. la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores;
3. la fijación de la cuota alimentaria;
4. la separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico;
5. la separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges, y,
6. los procesos contenciosos sobre el ré-

3. Puede consultarse: Fundación Létra, Mediación, Año 1, Nro. 1, Primavera de 1992, y Año 2, Nro. 3, Otoño de 1993.

gimen económico del matrimonio y los derechos sucesorios.

La conciliación se verifica mediante una audiencia ante el Defensor de Menores.

c. Conciliación contencioso-administrativa. Se podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, los conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que se tramitan ante la jurisdicción contencioso administrativa. Esta conciliación se hace con la intervención de los representantes legales de las personas jurídicas de derecho público. Pero, no se pueden conciliar los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario. Si la conciliación fue total, el Consejo de Estado o el Tribunal Contencioso-Administrativo competente declarará terminado el proceso. Pero, si no hubo conciliación, o la Corporación competente encuentra que la lograda resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado, o se encuentra viciada de nulidad, así lo declarará la providencia respectiva y continuará el proceso.

El Decreto 171 de 26 de enero de 1993 estableció que en los procesos contencioso-administrativos en los que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado se aplicarán las normas sobre conciliación contencioso administrativa contenidas en el artículo 6 del Decreto 1651 de 1991 y en este decreto. La audiencia de conciliación no es aplicable a los procesos derivados de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del Código Contencioso-Administrativo.

Asimismo, el Decreto 173 de 26 de enero de 1993 estableció las normas sobre conciliación contenciosa administrativa prejudicial sobre conflictos de carácter particular y con-

tenido patrimonial ante la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso-Administrativo.

Una novedad de esta ley 23 es la creación de los Centros de Conciliación. Estos Centros de Conciliación pueden ser establecidos por las fundaciones, agremiaciones, corporaciones y las Cámaras de Comercio, que tengan un mínimo de 100 miembros, y dos años de existencia y previa autorización del Ministerio de Justicia. Estos Centros de Conciliación están sometidos a la vigilancia del Ministerio de Justicia. Hay que observar que los Centros de Conciliación que habían sido establecidos por las Cámaras de Comercio pueden seguir funcionando ajustando sus reglamentos a lo previsto en la citada ley 23.

Igualmente, se consagra una obligación para los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho de crear Centros de Conciliación. Estos Centros de Conciliación podrán establecer tarifas de honorarios de conciliadores y de gastos administrativos, los cuales deben someterse a la aprobación previa del Ministerio de Justicia. Los consultorios jurídicos de las Universidades y las fundaciones prestan gratuitamente el servicio de conciliación.

El conciliador debe ser abogado titulado y tener capacitación especial previa. En los Centros de Conciliación se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación de acuerdo con la ley.

La conciliación tiene carácter confidencial y las partes pueden acudir a la misma con o sin apoderado. La conciliación termina con la firma del acta de conciliación que conten-



ga el acuerdo al que llegaron las partes.

Asimismo, la ley 23 creó la conciliación en equidad. Consiste esta institución en que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de la jurisdicción ordinaria de las ciudades sede de los mismos y los Jueces primeros del mayor nivel jerárquico en los demás municipios del país, elegirán conciliadores en equidad de las listas que le presenten a su consideración las organizaciones cívicas de los correspondientes barrios, corregimientos y veredas que las conforman. La selección de candidatos se hará con la colaboración de la Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla».

El ejercicio de las funciones de conciliador en equidad se realizará en forma gratuita. Los conciliadores en equidad podrán actuar en todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.

A lo anterior hay que agregar que el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1 del Decreto 2262 de 1989, creó en los procesos ordinarios y abreviados, la obligatoriedad de una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio.

En esta audiencia, el juez está obligado a instar a las partes a que concilien sus diferencias si éstas son susceptibles de transacción. Si las partes no actúan el juez debe proponer la fórmula que considere justa para lo cual antes de la audiencia debe examinar la demanda, las excepciones previas, las contestaciones y las pruebas presentadas y solicitadas por las partes. El incumplimiento de este deber por parte del Juez constituye falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario.

Esta regulación de la conciliación en Colom-

bia se instituyó como uno de los medios alternos para descongestionar los Despachos Judiciales, junto con la creación de 200 cargos de jueces ad honorem, para intervenir en las investigaciones penales o diligencias preliminares en que después de dos años no se haya logrado determinar o identificar a la persona o personas imputadas, o que después de tres años o más no hayan sido calificados los respectivos procesos penales.

---

***“ La creación de los Centros de Conciliación es de especial interés por ser un procedimiento ágil y económico para garantizar la solución de conflictos en forma pronta y oportuna ”.***

---

Este mecanismo de conciliación, tanto extraproceso como durante el curso del proceso, contribuirá a descongestionar muchos asuntos que de otra manera aumentarían el número de procesos judiciales.

La anterior experiencia de Colombia se ha expuesto por cuanto, indudablemente, va a contribuir a que otros Estados estudien la posibilidad de adoptar regulaciones semejantes.

Debe destacarse que no sólo es importante la conciliación en que las partes buscan un tercero, sino también la conciliación obligatoria como requisito previo a un proceso, o la conciliación como una etapa necesaria de todo proceso y la conciliación voluntaria durante el curso del proceso.

La creación de los Centros de Conciliación es de especial interés por ser un procedimiento ágil y económico para garantizar la solución de conflictos en forma pronta y oportuna. Se trata de una forma eficaz de lograr la pronta solución de conflictos.

Los Centros de Conciliación se pueden crear como órganos anexos a los Despachos Judiciales, o como entidades autónomas pero con control del Estado para garantizar que se esté cumpliendo con los objetivos de los mismos.

Estos Centros de Conciliación pueden administrar tanto la conciliación en que las partes disponen de capacidad económica para pagar a los conciliadores y los gastos de funcionamiento, como la conciliación en equidad atendida en forma gratuita por abogados o por estudiantes de último año de derecho. Desde luego que para que estos Centros de Conciliación puedan tener real eficacia se requiere una capacitación especial para los jueces de familia, defensores de familia, jueces civiles, magistrados, agentes del Ministerio Público, funcionarios administrativos, inspectores del trabajo, comisarios de familia, alcaldes, abogados de las asociaciones, agremiaciones, fundaciones, cámaras de comercio y estudiantes de las facultades de Derecho.

Cada Estado debe determinar los asuntos objeto de conciliación que, por regla general, son los que pueden ser transigidos y no atentan contra el orden público o la moral. Estos asuntos pueden ser de derecho de familia (con algunas excepciones), derecho civil y comercial, derecho laboral, asuntos contravencionales y algunos aspectos administrativos.

Por tanto, no basta el marco legal que auto-

rice la conciliación.

Es necesaria la existencia de planes y programas para hacer conciencia sobre la utilidad de la conciliación, para capacitar a los abogados y demás personas que deben intervenir en la conciliación y la estructura administrativa básica para el funcionamiento de los Centros de Conciliación<sup>4</sup>.

---

## VII. EL ARBITRAJE.

---

El arbitraje es un método de resolver extrajudicialmente las disputas que puedan ocurrir o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes así como del reconocimiento que la ley hace de su función.

El reconocimiento del arbitraje en las naciones latinoamericanas tiene una larga tradición ya que fue aceptado por el derecho español y la legislación portuguesa y al llegar la independencia fue establecido en los códigos de comercio y de procedimiento civil. Existe el arbitraje entre Estados como una forma de resolver pacíficamente una controversia y éste es regulado por el derecho internacional público. Puede haber arbitraje interno o nacional cuando la controversia se plantea dentro de un sistema jurídico único y puede existir arbitraje internacional cuando una de las partes en la controversia es extranjera, o cuando los efectos del contrato se producen en el exterior, es decir, cuando hay una conexión con otra legislación distinta a la interna.

4 Junco Vargas, José Roberto. *La Conciliación*, Ediciones Jurídica Radar, Santafé de Bogotá, 1995.

También puede haber arbitraje entre Estados respecto de negocios jurídicos de naturaleza privada cuando el Estado actúa «jure gestionis», sin que pueda invocar inmunidad de jurisdicción.

El Estado o sus dependencias pueden acudir al arbitraje cuando se trata de asuntos de naturaleza privada pero, desde luego, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la legislación respectiva. La nueva Ley de Arbitraje del Perú (D.L. N° 25935) establece que «pueden igualmente someterse a arbitraje, «sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho». (artículo 1).

Pero, no pueden ser objeto de arbitraje los asuntos directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado, o de personas o entidades de derecho público (Artículo 2, núm.5).

El arbitraje tiene las ventajas de la rapidez, la economía, la especialidad, la privacidad, la intermediación y mayor garantía en la decisión. La lentitud de la justicia ordinaria, incluidos los denominados procesos abreviados, hace que las partes decidan encomendar la decisión de sus conflictos a terceros conocedores del asunto en disputa y que en tiempo razonable lo deben decidir.

El vehículo ideal para la utilización del arbitraje es el pacto compromisorio que ha llegado a ser cláusula de estilo en la mayor parte de los contratos civiles y mercantiles. Podría

pensarse en la posibilidad de establecer la cláusula compromisoria tácita en los contratos administrativos y de derecho privado de la Administración Pública en sus diferentes niveles siempre que la cuantía exceda de una suma de dinero considerable y con la excepción de que la cláusula de caducidad y sus efectos no podrían ser objeto de arbitraje, como se ha propuesto en Colombia <sup>(5)</sup>.

El pacto compromisorio crea una relación jurídica dando al arbitraje una eficacia positiva y forzando la formalización del compromiso.

El interés del arbitraje en el mundo de los negocios es indudable, especialmente en los contratos mercantiles celebrados por personas pertenecientes a distinta nacionalidad y sometidos, en principio, a la jurisdicción de diversos Estados. Además, es indudable que el clima de inversiones de un Estado se favorece cuando existen mecanismos alternos eficaces para la solución de las controversias entre nacionales y extranjeros y precisamente a esto atiende el arbitraje internacional <sup>(6)</sup>.

Igualmente, puede existir el arbitraje entre un Estado y personas naturales o jurídicas de otro Estado respecto de negocios internacionales de naturaleza privada <sup>(7)</sup>.

5 - Arbitraje y Conciliación. Cláusulas de Comercio de Bogotá, 1988.

6 - Sigüenza, José Luis. Informe al Comité Jurídico sobre el tema Arbitraje entre Estados y entre Agentes Económicos entre sí y con los Estados, respecto de negocios jurídicos internacionales cuyo objeto fuese de naturaleza privada (CEA/Sec.Q CJI/Ros 1-11/92-11 marzo 1992).

7 - Merino y Cabra, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial. Edita. Temis, Bogotá, 1982.

Al respecto se pueden consultar las siguientes obras:  
\* Chillón Medina, José María y Merino Merichán, José Fernando, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1978.

\* Carnacini Arbitraje, traducido por Sentis Molendo, Buenos

Si bien es indudable la institucionalización del arbitraje privado internacional en cuanto se aplica un ordenamiento distinto del interno, sin embargo, el arbitraje nacional sigue siendo un importante medio alternativo de solución de conflictos.

Debe destacarse que además del arbitraje ad hoc o independiente, existe el arbitraje institucional que es el que se realiza a través de los Centros de Arbitramento.

La ley 23 de 1991 reglamentó en Colombia el arbitramento institucional. Según esta ley (art. 91), las asociaciones, fundaciones, agremiaciones, corporaciones y Cámaras de Comercio que tengan un mínimo de 100 miembros y dos años de experiencia, previa autorización del Ministerio de Justicia, podrán organizar Centros de Arbitraje, los cuales quedan sometidos a la vigilancia del Ministerio de Justicia. Desde luego que los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio que venían funcionando seguirán funcionando debiendo ajustar sus reglamentos a lo dispuesto en esta ley.

Los Centros de Arbitraje deben tener una sede permanente, dotada de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los tribunales de arbitramento. Igualmente, los Centros de Arbitraje elaboran una lista de árbitros con vigencia no superior a dos años, tarifas de honorarios para árbitros y secretarios, tarifas para gastos administrativos y normas administrativas para el funcionamiento del Centro.

Los Centros de Arbitraje cumplen la función de administrar el arbitraje y mediante la

promulgación de tarifas de honorarios de árbitros y secretarios evitan el excesivo costo del arbitraje, que es uno de los aspectos que se le ha criticado al arbitramento en algunos Estados.<sup>8)</sup>

Actualmente, la hostilidad hacia el arbitraje por parte de la judicatura ya no existe por cuanto no se trata de sustituir el servicio público de la administración de Justicia, sino de descongestionar los Despachos Judiciales, atribuyendo la decisión del conflicto en ciertos casos en que no está de por medio el orden público o la moral a un tercero o terceros cuyas facultades están previstas en la ley. Desde luego que todavía no está decidida la polémica entre el arbitraje-contrato y el arbitraje-jurisdicción, pero está fuera de duda que se acepta la importancia del arbitraje. En algunas legislaciones, como la colombiana (ley 23 de 1991, artículo 114) se expresa que los árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y facultades que los Jueces y responden civil, penal y disciplinariamente en los mismos términos que la ley establece para los Jueces Civiles del Circuito a quienes se asimilan. Esto significa que los árbitros son considerados como Jueces por el Término que desempeñen su función y quedan sometidos al régimen disciplinario de los mismos.

En Estados Unidos, si bien al comienzo hubo falta de confianza en el arbitraje luego se aceptó ampliamente. El estatuto de Nueva York, de 1920, sirvió de modelo para la Uniform Arbitration Act of 1955 (UAA) y hoy la mayoría de Estados han adoptado estatutos de arbitramento siguiendo el modelo de la UAA. En 1925, el Congreso aprobó the United States Arbitration Act, conocida co-

Aires, 1961. E. Ferrer: Los arbitrajes de Derecho privado. Bilbao, 1954.

\* Guasp: El Arbitraje en el Derecho español, Bosch, Barcelona, 1956.

8 Arbitraje-Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1968.

mo la Federal Arbitration Act (FAA), que coloca los acuerdos de arbitraje en la misma forma que los otros contratos e insta al uso del arbitraje comercial como una alternativa para no acudir a los tribunales. Después de la segunda guerra mundial, el arbitraje se incrementó al aprobarse la Taft-Hartly Act or Labor-Management Relations Act, que estableció el National Labor Relations Board (NLRB) para arbitrar las disputas relativas al trabajo.

---

*“... el arbitraje es voluntario, se observa una tendencia hacia la obligatoriedad del arbitraje en ciertos aspectos que hacen relación usualmente al sector público”.*

---

Los principales aspectos que abarca el arbitraje incluyen derechos de los prisioneros, responsabilidad médica por indebidos tratamientos (medical malpractice), derechos del consumidor derechos de propiedad intelectual, antimonopolio (antitrust), además de los asuntos comerciales y del trabajo.

Si bien el arbitraje es voluntario, se observa una tendencia hacia la obligatoriedad del arbitraje en ciertos aspectos que hacen relación usualmente al sector público. Así, por ejemplo, en Estados Unidos las áreas de obligatorio arbitramento son las disputas de empleo en el sector público, los programas de arbitraje anexos a las Cortes y las disputas sobre mala práctica médica. Varias cortes estatales y cortes federales de distrito han adoptado un sistema llamado «Court-annexed arbitration system» en un esfuerzo para reducir la demora y los gastos que

demanda el litigio civil. Este sistema, que se ha denominado arbitraje judicial, opera para determinada categoría de casos civiles y es ofrecido a los litigantes. Este arbitraje es realizado por abogados o jueces retirados quienes tienen poderes cuasi-judiciales. Los litigantes están facultados para iniciar un juicio nuevamente si no están satisfechos con el laudo arbitral.

No es la oportunidad para hacer un amplio estudio del arbitraje sino, únicamente, de resaltar la ventaja de la utilización del mismo como alterno eficaz para la solución de controversias entre particulares. Su importancia como método de solución alternativa de conflictos se ha incrementado con los procesos de integración económica, con la ampliación del comercio internacional y la apertura económica, con la proyectada Iniciativa para las Américas para crear un gran mercado económico de Alaska a la Tierra del Fuego y con los acuerdos de comercio que se están celebrando actualmente. Basta agregar que el arbitraje actualmente sirve no sólo para resolver los conflictos entre personas particulares sino que también abarca estas otras situaciones:

- a. El arbitraje entre Estados, respecto de negocios jurídicos internacionales cuyo objeto sea de naturaleza privada;
- b. el arbitraje entre un Estado y un agente económico (personas naturales o jurídicas nacionales de otro Estado) respecto de negocios jurídicos internacionales de naturaleza privada;
- c. el arbitraje entre agentes económicos de diversos Estados entre sí respecto de negocios internacionales de naturaleza privada. Es decir, que el arbitraje es un medio de solución de controversias en lo nacional,

pero también de solución de disputas en las cuales participa el Estado «*jure gestionis*», es decir, renunciando a su inmunidad soberana y aceptando el sometimiento a una jurisdicción judicial o arbitral.

En Argentina, con excepción de asuntos referentes a la soberanía o al orden público, la jurisprudencia y la doctrina aceptan que tanto el Estado como las dependencias autárquicas y entidades para estatales pueden someterse a arbitraje. En Brasil, el Tribunal Supremo Federal ha sostenido que el Estado puede someterse a arbitraje en los casos que la ley nacional le permita celebrar contratos en general. En Canadá, la Ley Federal sobre Arbitraje Comercial, así como las legislaciones de las providencias en materia de arbitraje comercial internacional siguen los lineamientos de la Ley Modelo de la UNCITRAL y, por tanto, no hay restricciones en cuanto a las personas físicas o jurídicas que puedan acudir al procedimiento arbitral. En Chile, no hay restricciones para las empresas estatales o empresas de economía mixta para someterse al arbitraje internacional. En Colombia, se acepta lo previsto en los tratados públicos respecto del arbitraje internacional. En México, se acepta el arbitraje nacional e internacional para lo cual se aplican las normas de los Códigos de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y de cada una de las entidades federativas (en materias civiles) y el código de comercio (en materia comercial), salvo lo previsto por los tratados internacionales de los cuales México es parte. En Venezuela, los contratos de interés público quedan excluidos del arbitraje pero este se acepta en el Código de Procedimiento Civil.

Si bien el arbitraje en términos generales es aceptado en América, sin embargo, falta promover su utilización y la forma que posi-

blemente sea más idónea, actualmente, es la de los Centros de Arbitraje con facultad para designar árbitros de una lista, fijar las tarifas de honorarios de los árbitros y secretarios y tarifas para los gastos de administración del arbitraje. Estos Centros deben tener un Reglamento y una vigilancia para comprobar que cumplen sus objetivos en debida forma. Esta creación de los Centros de Arbitraje debe ser precedida por una amplia difusión sobre la importancia del arbitraje y una información sobre los asuntos que pueden ser decididos por arbitraje así como el procedimiento y costo del mismo.

Igualmente, las Facultades de Derecho, las Cámaras de Comercio y la Administración de Justicia pueden ofrecer cursos de capacitación sobre la normatividad nacional e internacional del arbitraje para abogados, comerciantes y todas aquellas personas interesadas en este medio de solución de controversias.

## VIII. OTROS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Existen otros medios alternos de solución de controversias. Así, por ejemplo, en Estados Unidos existen los «summary jury trial», «early neutral evaluation programs» y la utilización de expertos y magistrados, como terceros, para facilitar la negociación y ayudar a una mejor tramitación de los casos. El denominado «summary jury trial» (SJT) facilita el acuerdo por cuanto le da a los abogados y a sus clientes una evaluación anticipada de lo que un jurado podría decidir en un caso determinado. Es un procedimiento no obligatorio en el cual los abogados hacen una breve

exposición de su caso a un jurado que rinde un veredicto no obligatorio. Después de este procedimiento las partes pueden lograr un acuerdo y si no lo logran pueden acudir al juez.

El método denominado «early neutral evaluation» (ENE) consiste en una evaluación previa del caso, efectuada por un abogado experimentado en la materia objeto del conflicto. Este análisis objetivo realizado por un tercero neutral impulsa a los abogados y a sus clientes a evaluar sus posibilidades en el caso y tratar de lograr un acuerdo. La evaluación se realiza en privado por un abogado designado por la Corte y con amplia experiencia en el objeto de la controversia. Las partes deben entregarle al evaluador un escrito en el cual expresen sus derechos y las pruebas que tienen acerca de los hechos objeto del litigio.

La circunstancia de que actualmente muchos casos requieren el conocimiento de materias especializadas ha conducido a la designación de magistrados, expertos o abogados con experiencia en determinada materia (como, por ejemplo, derecho ambiental) para ayudar a los jueces en la decisión de los casos. Se trata de un auxilio para los Tribunales, a fin de que decidan conforme a los principios técnicos cuando sea pertinente.

Existen otros medios que se han creado en

Estados Unidos como el llamado «mini-trial» que no es propiamente un juicio y que combina elementos de la negociación, mediación y presentación del caso. En primer lugar, existe el consejo para las partes a fin de que presenten su caso adecuadamente y luego la audiencia y la discusión del acuerdo. Las partes hacen un acuerdo previo en que se pacta la forma de investigar los hechos, seleccionar al consejero, intercambiar información y concretar los puntos básicos del litigio. El método denominado «Med-Arb» consiste en que la misma persona sirve como mediador y árbitro para una disputa.

Por último, el método «Ombusperson» consiste en designar una persona neutral que oye las quejas y reclamos de las partes, investiga los hechos y promueve la solución de la controversia a través de métodos como

la mediación y la consejería.

Igualmente, existe el sistema denominado «multidoor courthouse», en virtud del cual las disputas que se presentan pueden ser enviadas a los procedimientos adecuados como la mediación, el arbitraje o comisiones de investigación o «malpractice screening panels». Este programa ha tenido un éxito importante desde cuando fue propuesto, en 1976, por el Profesor Frank Sander y actualmente su utilización se está extendiendo a cortes de varios Estados.

Existen otros métodos alternos de solución de controversias. En algunas legislaciones

como, por ejemplo, la colombiana que consagra el arbitramento técnico cuando las partes convienen en someter a la decisión de expertos en una ciencia o arte las controversias susceptibles de transacción que surjan entre ellas.

En el pacto arbitral se determinan las materias y el alcance de los poderes de los árbitros (artículo 46 Decreto 2279 de 1989).

También existe la figura de la amigable composición en la cual se otorga a los amigables componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el Estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Las partes deben elaborar un escrito en que determinen el alcance de la amigable composición, el término para cumplir el encargo, el nombre de los amigables componedores y las cuestiones objeto de este procedimiento.

## IX. CONCLUSIONES.

Del análisis anterior se pueden deducir las siguientes conclusiones:

a. Una de las formas de combatir la tradicional demora de los procesos judiciales es la utilización de los métodos alternativos de solución de controversias. Estos métodos son la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitramento, el arbitramento técnico, la amigable composición y otros medios que se puedan crear de acuerdo con la realidad de cada Estado.

b. En algunos Estados se han propuesto métodos para la descongestión de los Despachos Judiciales, como la redistribución de

competencias mediante el traslado de asuntos de competencia de los jueces a funcionarios administrativos, la creación de conciliadores judiciales y de jueces ad hoc para la sentencia, jueces ad honorem para la investigación, Centros de Conciliación y audiencias de conciliación una vez iniciado el proceso, traslado de competencias a los Notarios, petición de sentencia anticipada, etc.

Desde luego que estas propuestas requieren en algunos casos reforma legal o reglamentaria, pero también parte de las mismas se pueden realizar con actos administrativos.

c. Se ha observado la tendencia a la desjurisdiccionalización de algunos asuntos como una forma de descargar, en parte, el servicio público de la justicia. Así, por ejemplo, muchos delitos se han transformado en contravenciones policivas o infracciones administrativas. Además, algunas conductas han dejado de ser hechos punibles o delitos y se ha hecho énfasis en la prevención del delito.

Ya se ha expresado que asuntos que eran tradicionalmente de competencia de los jueces, hoy son de competencia de los Notarios o de autoridades administrativas y aún se permite a las partes la autocomposición de sus diferencias con aprobación del juez o del ministerio público.

d. Reconociendo que el método ideal es la negociación, los Centros de Conciliación y Arbitraje constituyen métodos adecuados para una eficaz solución de las controversias entre particulares. Estos Centros deben ser reglamentados según las especiales características de cada Estado. En algunas legislaciones, estos Centros fijan los honorarios



de los conciliadores y de los árbitros, disponen de una sede con todas las facilidades que brinda la tecnología moderna y la informática, promulgan una lista de conciliadores, árbitros y secretarios y tienen un reglamento en que regulan el procedimiento a seguir para la conciliación o el arbitramento.

**e.** La poca utilización de los métodos alternativos de solución de controversias se debe a la falta de conocimiento de los mismos no sólo por los particulares sino aun en ciertos casos por los abogados. Esto significa que debe promoverse una gran campaña de difusión acerca de las ventajas de los métodos alternativos de solución de las controversias. Para este efecto pueden intervenir no sólo las facultades de Derecho sino las Cámaras de Comercio y los integrantes del Poder Judicial.

**f.** La modernización de la administración de justicia mediante la utilización de la informática jurídica y los métodos generales de trabajo se complementa con la utilización de los métodos alternativos de solución de controversias. Asimismo, esto podría adicionarse con medidas para obtener la descongestión de los Despachos Judiciales y un cuidadoso análisis de los asuntos que deben desjurisdiccionalizarse atribuyéndose su conocimiento a Notarios o funcionarios administrativos.

**g.** Los métodos alternos de solución de controversias y las medidas para obtener la descongestión judicial constituyen apenas una parte del objetivo principal, que es el fortalecimiento de la administración de justicia como uno de los tres Poderes del Estado dentro de la concepción democrática.

En este orden de ideas es útil incluir dentro del análisis de la reforma a la administración

de justicia, la utilización de métodos de solución alternativa de controversias que pueden constituir herramientas útiles y eficaces para lograr una pronta y cumplida justicia.

Los métodos alternos de solución de conflictos constituyen una eficaz ayuda para lograr que la justicia se administre pronta y cumplidamente con lo cual se refuerza la democracia, la paz y la convivencia social. Además, el empleo de los medios alternos de solución de conflictos contribuye a formar una cultura de la paz, del diálogo, del arreglo por las mismas partes involucradas, lo que va a permitir desterrar la cultura del uso exagerado del litigio y de la solución de todos los conflictos a través del Órgano Judicial del Poder Público.

El uso de los medios alternos de solución de conflictos es la mejor fórmula para luchar contra el formalismo excesivo, la lentitud de los procesos judiciales, los gastos que demanda el litigio, el abuso del derecho de litigar y la falta de acceso a la justicia.

Al proceso sólo se puede llegar cuando han fracasado los medios alternos de solución de conflictos, lo que no sólo descarga la actividad judicial, sino logra la seguridad jurídica indispensable para la inversión y el desarrollo sostenible de cualquier Estado.