

Université de Montréal

La conciliation en Colombie

Par

Gloria Estella Zapata

Maîtrise en droit international

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention
du grade de Maîtrise en droit, option droit international

Juin 2012

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé
La conciliation en Colombie

Par
Gloria Estella Zapata

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Emmanuel Darankoum

.....

Président-rapporteur

Nabil Antaki

.....

Membre du jury – directeur de recherche

Catherine Piché

.....

Membre du jury

RÉSUMÉ ET MOTS CLÉS

La conciliation en Colombie

Mécanismes alternatifs de résolution des conflits /Conciliation/ Médiation/ Colombie/ Ministère de la Justice et du Droit/ Chambre de commerce à Bogota/

La conciliation, un mécanisme alternatif de résolution des conflits, cherche à la fois à maintenir une relation d'affaires ainsi qu'à raviver la communication et l'équilibre des pouvoirs entre deux parties opposées. Son véritable esprit consiste à faire en sorte que le citoyen récupère son rôle principal dans la solution de ses conflits et qu'il agisse sans l'intervention de l'État. Contrairement aux autres systèmes juridiques, le système juridique colombien donne au conciliateur un pouvoir décisionnel et/ou consultatif dans un cas concret. Aussi, les termes médiation et conciliation sont parfois utilisés comme synonymes. Cependant, ces termes se différencient selon la participation du tiers conciliateur ou médiateur au processus de résolution des conflits. In mediation, the mediator controls the process through different and specific stages: introduction, joint session, caucus, and agreement, while the parties control the outcome. Par ailleurs, même si ce sont des concepts universels grâce aux textes juridiques, ces mécanismes de résolution des conflits demeurent encore méconnus des citoyens.

La pratique de la conciliation ne connaît pas de frontières; elle est répandue partout dans le monde. Dans les années 90, les pays d'Amérique latine, plus précisément la Colombie, ont commencé à envisager la possibilité de prendre part dans cette enrichissante expérience grâce aux progrès législatifs et institutionnels qui ont été réalisés en matière de mécanismes alternatifs de résolution des conflits.

En matière de conciliation, en Colombie, il y a une grande richesse normative mais les lois, dispersées et difficiles à interpréter, génèrent de l'insécurité et de l'incertitude juridique. De plus, entamer le processus de conciliation se fait de diverses manières, la plus controversée étant sans doute la conciliation préalable obligatoire. Cette méthode

imposée a été la cible de diverses critiques. En effet, ces critiques concernent le fait qu'une telle pratique obligatoire enfreint le volontariat, un pilier fondamental de la conciliation. Aussi, le tiers conciliateur, ayant une formation de haut niveau, représente une pièce maîtresse dans le processus de conciliation vu sa grande responsabilité dans le bon déroulement de cette méthode de résolution des conflits.

ABSTRACT/ KEYWORDS

The conciliation in Colombia

Alternative dispute resolution/ Mediation/ Conciliation/ Colombia/ Ministry of the Justice and of the law/ Bogota Chamber of Commerce/

Conciliation, an alternative dispute resolution mechanism, allows the maintenance of a business relation and the revival of communication as well as an equilibrium of power between two opposing parties. Its true spirit consists in allowing the citizen to recover his principal role in the resolution of his conflicts and enables him to do so without the intervention of the State. Unlike other judicial systems, the Colombian judicial system gives the conciliator a decisional power and/or consultative in a particular case. Also, the terms mediation and conciliation are sometimes used like synonyms. However, those terms are differentiated by the participation of a third party conciliator or mediator in the process of conflict resolution. In addition, even though those concepts are universal thanks to the judicial texts, those mechanisms remain unknown to most citizens.

The practice of conciliation has no boundaries; it is widespread all over the world. In the 1990's, Latin countries, more specifically Columbia, started to investigate the possibility of taking part in this enriching experience thanks to legislative and institutional progress in the field of alternative dispute resolution mechanisms.

In the field of conciliation, in Columbia, there is a vast normative richness but the laws, dispersed and difficult to interpret, generate insecurity and judicial uncertainty. Also, the

conciliation process can be initiated by many ways, the most controversial being without a doubt the obligatory conciliation beforehand. This imposed method has been the target of many critics. In fact, those critics concerns the obligatory nature of the conciliation which impedes on the voluntary aspect, a fundamental pillar in the conciliation process. Also, the third party conciliator, possessing a highly trained background, represents a pivotal role in the conciliation process: a high level of responsibility weighs upon his shoulders as he oversees this alternate conflict resolution method.

TABLE DE MATIÈRES

<i>Liste des abréviations</i>	8
INTRODUCTION	11
REMARQUE PRÉLIMINAIRE	15
PREMIÈRE PARTIE. Les aspects généraux de la conciliation en Colombie	20
Chapitre 1: La conciliation et la médiation: finalité commune et limites	20
A-Les distinctions des deux modes de solution des conflits	20
1. Le critère de l'encadrement légal	22
2. Le critère de la finalité	23
3. Le critère du profil et de la participation du tiers	24
4. Le critère de la valeur de l'accord	25
B-La finalité et les limites de la conciliation	27
1. L'esprit de la conciliation	27
2. Les limites de la conciliation	29
Chapitre 2. Les piliers fondamentaux de la conciliation	32
A-La libre volonté et la participation des parties	32
B-L'assistance d'un tiers détenant l'autorité sur le processus	35
C-La recherche d'une solution confidentielle et équitable	37
Chapitre 3. Les qualités requises du conciliateur	41
A-Les qualités personnelles du conciliateur	41
B- Les qualités professionnelles du conciliateur	45
C-Les qualités culturelles du conciliateur	48
DEUXIÈME PARTIE. Le processus de la conciliation en Colombie	52
Chapitre 1. Étapes normatives de la conciliation en Colombie	52
A-Avant la Constitution de 1991	52
B-Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991	54
C-Évolution statistique de la conciliation en Colombie	58
Chapitre 2: La conciliation judiciaire	62
Chapitre 3: Les conciliations en dehors des tribunaux	70
A-La conciliation extrajudiciaire en Colombie	70
1. Les centres de conciliation	72
2. Contenu et effet de l'accord	78
B-La conciliation en équité en Colombie	82
C-Les cas obligatoires de conciliation préalable en Colombie	87
CONCLUSION	94
BIBLIOGRAPHIES	96
ANNEXES	105

• <i>ANNEXE 1. Résolution de conflits en Colombie</i>	105
• <i>ANNEXE 2. Loi 640/2001</i>	106

Liste des abréviations

- MARC:** Mécanismes alternatifs de résolution des conflits
- MASC :** Mécanismes alternatifs de solution des conflits (Mecanismos alternativos de solución de conflictos, en espagnol)
- ADR:** Alternative dispute resolution
- CRA :** Conférence de règlement à l'amiable
- CPMN:** Chambre professionnelle de la médiation et de la négociation de l'Europe
- CIRDI:** Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
- CNUDCI:** Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
- S.I.C. :** Système d'information de la conciliation (Sistemas de información de la conciliación, en espagnol)

DÉDICACE

À mon cher époux, Juan Diego, à ma fille, Juana, ainsi qu'à ma sœur; ils ont toujours été là pour moi et m'ont fourni beaucoup de motivation. J'espère qu'ils trouveront dans ce travail toute ma reconnaissance et tout mon amour.

REMERCIEMENTS

Je remercie énormément mon époux et ma fille pour leur appui et leur motivation tout au long de mon projet et de ma période de vie étudiante.

J'exprime, d'abord, toute ma gratitude à ceux qui, même à distance, m'ont toujours accompagnée dans toutes les étapes de ma vie; grâce à eux je suis devenue celle que je suis : ma sœur Luz Helena, son époux, Jhon Fredy, et mes frères.

J'exprime aussi ma gratitude à M. Nabil Antaki, mon directeur de maîtrise, pour m'avoir transmis ses connaissances et avoir dirigé ma recherche avec beaucoup de patience.

INTRODUCTION

Les conflits humains, pour diverses raisons politiques, économiques et socioculturelles, ont toujours menacé l'ordre social. Avec les nouvelles technologies de l'information et de la communication, les divergences d'opinions et d'idées, source de litiges, sont de plus en plus nombreuses et de plus en plus menaçantes pour la paix au sein de l'ordre social et étatique. Parfois inévitables, les conflits nécessitent des solutions rapides afin de mettre fin aux différends dans les plus brefs délais et permettre ainsi de rétablir rapidement les relations autrement brimées entre les parties opposées. Il s'avère donc naturel de rechercher des moyens qui permettent de maintenir des relations pacifiques. De ce concours de besoins sont nées de très nombreuses institutions connues sous le nom de mécanismes alternatifs de résolution des conflits: parmi celles-ci se trouve la conciliation.

Ces mécanismes alternatifs de résolution des conflits ont bouleversé la justice traditionnelle. On les compare à une sorte de justice privée dont les avantages sont multiples: flexibilité, rapidité et coût moindre comparativement au processus judiciaire inflexible, lent et très coûteux. Ces mécanismes sont plus efficaces et plus efficients que la justice ordinaire. Ainsi, la Colombie, préoccupée constamment par la nécessité d'améliorer l'administration de sa justice, a décidé d'intégrer la pratique de conciliation dans sa Constitution de 1991¹. Ayant analysé les bénéfices d'une telle méthode de résolution des conflits dans d'autres pays, la Colombie toujours soucieuse de son système juridique n'a pas tardé à faire de même. Grâce à la consécration constitutionnelle de la conciliation, les Colombiens bénéficient maintenant d'une solution alternative rapide comparativement aux juges de la république afin de mettre fin à leurs différends. Depuis son existence constitutionnelle, la conciliation s'est développée avec une célérité telle qu'elle touche aujourd'hui toutes les sphères de la société colombienne. Ceci étant, une stricte réglementation a vu le jour graduellement et encadre, voire même limite, la

¹ *Constitution de la Colombie de 1991*, art. 229 version en anglais, en ligne: < http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf > (consulté le 21 août 2009).

conciliation colombienne. Aujourd'hui, lorsque l'on parle de résolution de conflits, le concept de conciliation devient inné chez tous les citoyens qui sont confrontés à des différends car ce processus de résolution de conflits est rapide, efficace et moins cher que le système judiciaire colombien.

On ne peut parler du processus de conciliation sans discuter de la médiation: ces deux mécanismes de résolution des conflits partagent des similarités et se distinguent aussi l'un de l'autre. En Colombie, il existe plusieurs définitions légales et doctrinales du terme conciliation mais la médiation est définie très vaguement par la loi. Or, afin de trouver la définition de la médiation colombienne, on doit chercher dans la doctrine ou dans certaines mentions annotées dans la loi. Ce manque de clarté et de rigueur quant à la définition exacte du terme médiation démontre que la conciliation a une plus grande importance par rapport à la médiation en Colombie. Cependant, en tant que mécanismes alternatifs de résolution des conflits, la conciliation et la médiation ont une même finalité: la résolution rapide de différends opposants deux ou plusieurs parties. Voici un extrait du Ministère de Justice et du droit de la Colombie définissant la conciliation et la médiation :

La conciliation est un mécanisme de résolution des conflits à travers lequel deux personnes ou plus gèrent elles-mêmes la solution à leurs différends, avec l'aide d'un tiers neutre et qualifié, nommé conciliateur [notre traduction].

La conciliation est aussi considérée comme : [u]ne procédure avec une série d'étapes à travers lesquelles les personnes qui sont impliquées dans un conflit dans lequel elles peuvent se désister, transiger, ou qui a été déterminé comme conciliable par la loi, trouvent la manière de le régler à travers un accord satisfaisant pour les deux parties [notre traduction]².

Médiation : Mécanisme alternatif de résolution des conflits MARC qui n'est pas régi par la loi et à travers lequel un tiers neutre au problème intervient entre les parties plongées dans le conflit pour les écouter, voir leurs intérêts et faciliter un chemin sur lequel il est possible de trouver des solutions adéquates pour tous. L'accord ne produit pas d'effets juridiques, sauf si les parties décident de le formaliser dans une étude de

² Programa Nacional de Conciliación, Ministerio de la Justicia y el Derecho, conciliation-définition, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=46 > (consulté le 30 mai 2012).

notaire ou dans un centre de conciliation ou de conclure un contrat de transaction [notre traduction]³.

Son grand développement législatif dans le domaine de la conciliation font de la Colombie un pays pionnier dans l'établissement des méthodes de résolution des conflits en Amérique latine. En 2006, la Colombie a fêté le quinzième anniversaire d'un important travail législatif, éducatif et professionnel en ce sens. Un exemple de ce leadership dans le domaine de la conciliation est la création du premier Centre d'arbitrage et de conciliation en Amérique latine, créé par la Chambre de commerce de Bogota. Cette institution, à caractère privé, a été la première à répondre à l'invitation mondiale de recourir aux méthodes alternatives de résolution des conflits depuis sa création en 1983. Aussi, la loi colombienne 640 du 5 janvier 2001 relative à la conciliation a contribué de façon importante au développement législatif dans ce pays. Cette loi a été reconnue pour avoir mise en œuvre une conciliation préalable obligatoire dans certaines affaires civiles, commerciales et contentieux administratifs⁴.

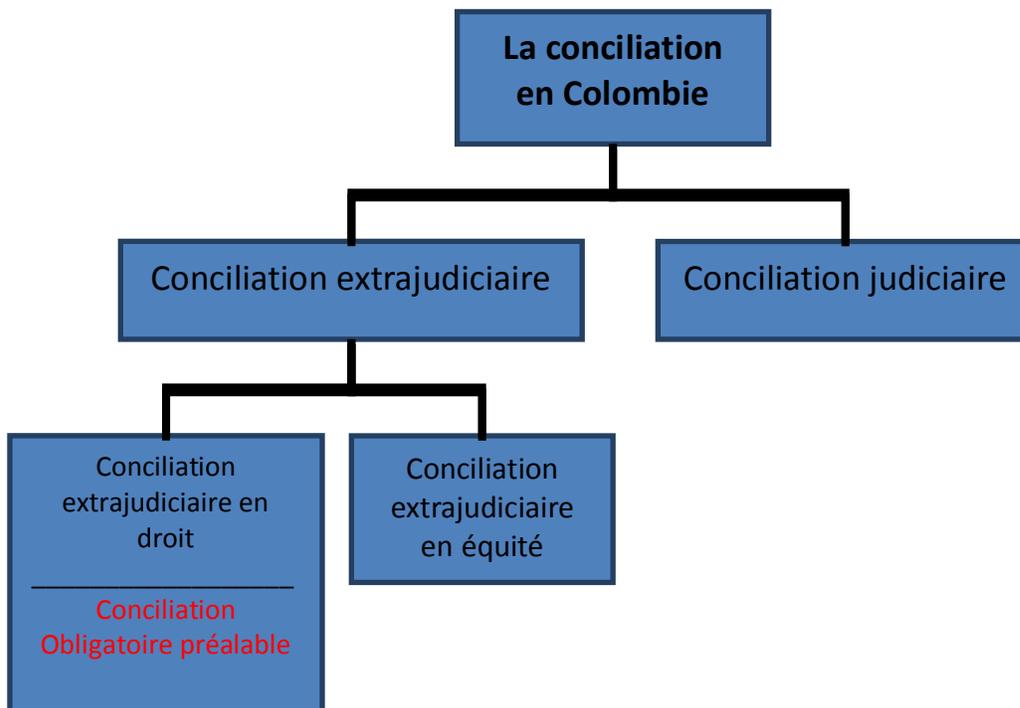
Grâce à son leadership en mécanismes alternatifs de solution des conflits, la Colombie a une grande responsabilité et doit continuer à mettre beaucoup d'efforts pour imprégner la société colombienne d'une vraie culture de conciliation. Ainsi, le gouvernement colombien a créé une division dans le Ministère de la justice et du droit chargée d'informer la population sur les mécanismes alternatifs de résolution des conflits existant en Colombie. Or cette section ministérielle se charge aussi de prendre une position juridique sur l'interprétation et l'application des normes, principalement en matière de conciliation extrajudiciaire, des conciliateurs et des centres de conciliation. Cette division est connue sous le nom de "programme national de conciliation"⁵.

³ *Ibid.* < http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=44 > (consulté le 30 mai 2012).

⁴ *Loi 640/2001*, art. 35, en ligne : < <http://www.conciliacion.gov.co/archivos/legislacion/Ley%20640%20de%202001%20concordada.pdf> > (consulté le 30 mai 2012).

⁵ Voir : programme national de conciliation, *site web* : < <http://www.conciliacion.gov.co/> > (consulté le 3 août 2010).

Dans ce mémoire, nous présenterons de façon détaillée l'origine et le développement de la conciliation au sein de la Colombie. Nous entamerons cette étude en analysant les divers aspects de la conciliation colombienne soit ses avancées, ses problèmes, les lois adoptées, entres autres. Ensuite, pour certains aspects de la conciliation colombienne nous ferons un parallèle avec la conciliation québécoise en faisant un survol des diverses lois québécoises représentant cette méthode de résolution des conflits. Sans prétendre être une étude comparative, nous ferons parfois référence aux lois québécoises afin de mieux comprendre les particularités de ce mécanisme colombien de résolution de conflits. La première partie de ce mémoire traitera des aspects généraux de la conciliation en Colombie. De plus, on fera la distinction entre deux méthodes de résolution des différends soit la conciliation et la médiation, sans oublier de signaler leur finalité commune. Ensuite, les piliers fondamentaux de la conciliation et les qualités requises du conciliateur seront abordés. Quant à la deuxième partie, le processus de la conciliation colombienne sera étudié en détail en commençant par un parcours historique législatif suivi des diverses façons d'entrer en conciliation. On discutera de la conciliation judiciaire et extrajudiciaire telles qu'indiquées sur la figure ci-dessous:



REMARQUE PRÉLIMINAIRE

La Colombie fait partie de l'ensemble des nouveaux États d'Amérique du Sud nés après les décolonisations. Il y a dans sa structure politique et administrative la conception de l'État de droit. La transition de l'État libéral à l'État de droit a été marquée par plusieurs changements politiques et administratifs dont des réformes constitutionnelles des plus importantes.

Il faut reconnaître que les bases sociales de l'État de droit en Colombie, tout comme dans d'autres pays d'Amérique latine, remontent à la *Déclaration des droits humains* avec la Révolution française de 1789, qui préconisait l'égalité devant la loi, ce qui, à long terme, a donné naissance aux droits humains en suivant la tradition du constitutionnalisme contemporain et ils seraient intégrés au droit positif. Ainsi, nous voyons ces droits humains dans d'autres constitutions comme celle de l'Allemagne, la Constitution espagnole de 1978 et, plus récemment, la Constitution de la Colombie de 1991.

L'article 1 de la Constitution colombienne⁶ nous révèle un État de droit en considérant l'ordre juridique comme protecteur des valeurs fondamentales telles la vie, la liberté, la justice, l'égalité, la solidarité, la démocratie, la responsabilité sociale, la prééminence des droits humains, l'éthique et le pluralisme. Toutefois, la vague croissante de problèmes sociaux et de conflits non résolus, ont mis en question cet État de droit.

Aujourd'hui, la gestion démocratique des conflits est l'une des tâches les plus importantes pour les gouvernants colombiens. Grâce aux mécanismes alternatifs de solution des conflits (MASC-sigle en espagnol), le système législatif colombien permet aux parties litigieuses de régler leur différend rapidement et efficacement. Dorénavant, la Constitution de la Colombie de 1991 permet l'instauration d'un processus de référents

⁶ *Constitution de la Colombie, supra* note 1, art 1. « Colombia is a legal social state organized in the form of a unitary republic, decentralized, with the autonomy of its territorial units, democratic, participatory and pluralistic, based on respect of human dignity, on the work and solidarity of the individuals who belong to it, and the predominance of the general interest. » (consulté le 09 juin 2009).

éthiques et participatifs pour faciliter la conciliation. Il faut mentionner que depuis 1825⁷ un décret pour la décongestion de la justice a été mise en place afin de favoriser la méthode de conciliation pour régler les litiges civils. De plus, l'article 95 de la Constitution de la Colombie⁸ implique directement les citoyens dans l'administration de la justice et la recherche de la paix. De plus, l'article 116 de la Constitution colombienne⁹ permet aux particuliers, de façon transitoire, de résoudre les conflits sous la supervision de conciliateurs ou d'arbitres qui pourraient prononcer des jugements en droit ou en équité, selon les termes de la loi. Donc, la loi 23/1991 consacre de manière plus directe les mécanismes facilitant l'accès à la justice tout en décongestionnant les mandats judiciaires. Cette loi 23/1991 marque le début d'une série de dispositions législatives importantes donnant naissance à l'utilisation de certains mécanismes alternatifs de résolution des conflits et, principalement, la mise en place de la conciliation. Voici certaines lois colombiennes qui promeuvent le processus de conciliation :

- *Loi 446/1998, Partie III Mécanismes alternatifs de solution des conflits Titre I de la Conciliation, articles 64-110*
- *Loi 640/2001, Statut sur la conciliation articles 1-50*
- *Loi 906/2004, Code de procédure pénale. Chapitre II Conciliation avant le processus, article 522. Chapitre III Médiation, articles 523-527*
- *Loi 975/ 2005, Loi de justice et de paix,*
- *Loi 1098/2006, Code de l'enfance et l'adolescence et*
- *Loi 1123/ 2007, Code disciplinaire de l'avocat, littéral 13 article 28.*

⁷ Hernán Fabio Blanco López, *Commentaires au décret de décongestion de la justice* [Comentarios al decreto de descongestión de la justicia], ABC Editores, 1992, à la p 7. Référent normatif : « [n]ingún proceso contencioso civil se tramitara sin que previamente se haya intentado el medio de conciliación ante uno de los alcaldes municipales o parroquiales. » [López Blanco].

⁸ *Constitution de la Colombie, supra* note 1, art 95. « 6. To strive toward the achievement and maintenance of peace; 7. To cooperate for the sound operation of the administration of justice»(consulté le 22 juin 2009).

⁹ *Ibid.*, art 116. « Individuals may be invested on a temporary basis with the function of administering justice as mediators or as qualified arbitrators by the parties involved to hand down verdicts whether at law or in equity, within the limits determined by law. **(Modifié par Acte Législatif Numéro 3/2002)** », (consulté le 09 juin 2009).

Le tableau suivant montre les différentes ressources offertes aux colombiens pour résoudre leurs conflits¹⁰.

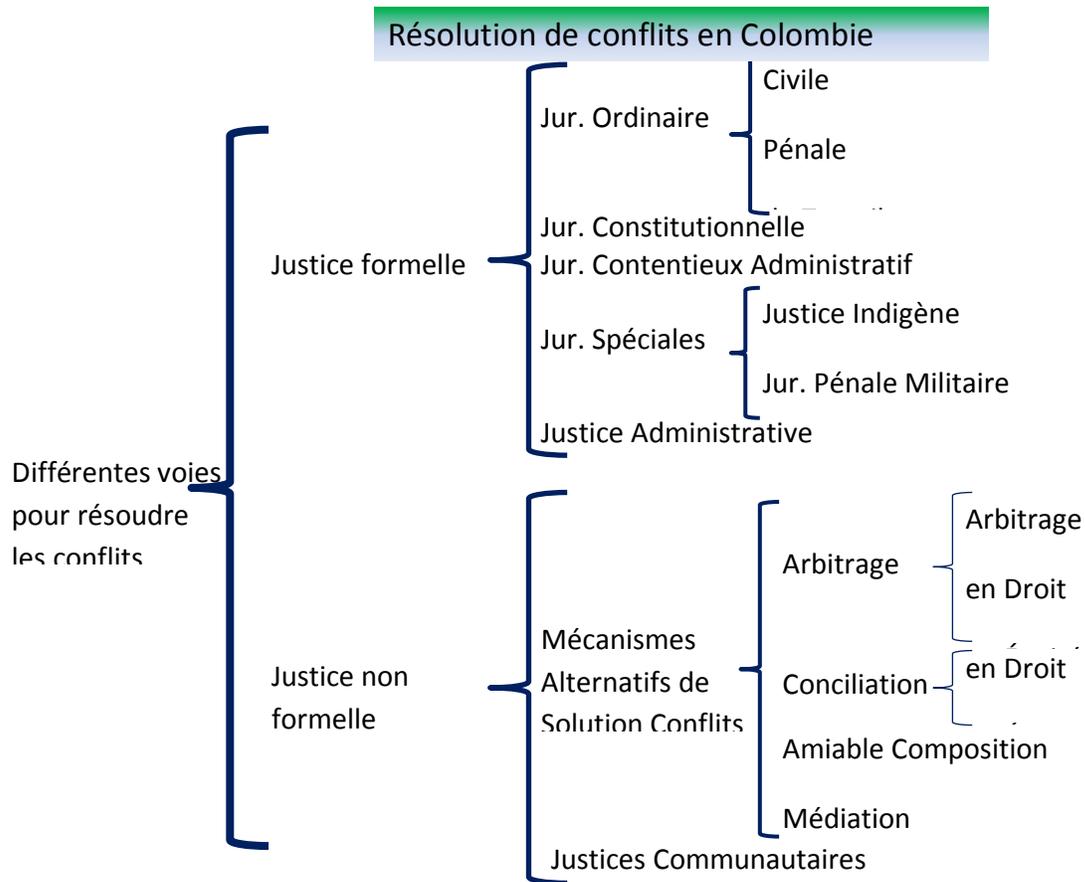


Figure 1 Différentes voies pour résoudre les conflits

Cette valeur de la conciliation comme facteur de démocratisation de l'accès à la justice est bien qualifiée par la Cour constitutionnelle dans son prononcé *C-037/96* où elle manifeste :

¹⁰ Voir tableau sur *La résolution des conflits en Colombie*, en ligne : < <http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/Publicaciones/tesis%20final.pdf> > (consulté le 9 août 2010).

L'accès à l'administration de la justice implique alors, la possibilité que n'importe qui demande aux juges compétents la protection ou le rétablissement des droits garantis par la Constitution et la loi. Cependant, la fonction dont on parle ne se termine pas avec la simple demande ou la présentation des prétentions du procès devant les instances judiciaires respectives; au contraire, l'accès à l'administration de la justice doit être effectif, ce qui peut être atteint quand, dans certaines circonstances et conformément à la loi, le juge garantit une égalité aux parties [notre traduction]¹¹.

[L]a justice étatique n'est pas toujours effective, spécialement quand il n'y a pas de ressources convenables et suffisantes qui facilitent la solution pacifique des conflits, ou quand la complexité des processus ou des conditions de temps, mode et lieu, exigées par le législateur restreignent la capacité de jouir des droits qu'on cherche à protéger. Les mécanismes alternatifs de solution des conflits ne représentent pas une méfiance envers la justice étatique formelle, mais plutôt la reconnaissance qu'il y a des processus moins formels et des alternatives de justice qui complètent les options qu'ont les personnes pour résoudre leurs conflits [notre traduction]¹².

En effet, le but de ces mécanismes de règlement des différends ne se limite pas seulement à une façon de "décongestionner l'appareil judiciaire". Pour la Colombie, ces méthodes de résolution des conflits sont considérées comme une forme de participation et d'invitation des citoyens colombiens à résoudre les litiges qui les opposent. Voici un extrait de la Cour constitutionnelle de la Colombie préconisant une telle vision:

Les mécanismes alternatifs de solution des conflits ne doivent pas seulement être interprétés comme une manière de décongestionner le système judiciaire, mais aussi, et principalement, comme une forme de participation de la société civile dans les affaires qui l'affectent. Dans ce sens, il est incontestable l'aspect démocratique des mécanismes alternatifs de solution des conflits, dans la mesure où ils donnent des espaces d'intervention à la communauté dans le développement de la fonction juridictionnelle

¹¹ Ministère de la Justice et du Droit, République de la Colombie, Programme national de conciliation, « la mediación », en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=44 > [S.I.C. la Colombie] (consulté le 02 février 2011). Jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de conciliation, « El acceso a la administración de justicia implica, entonces, 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. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes. », en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=151 > (consulté le 19 avril 2010).

¹² *Ibid.*, « [L]a 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. », en ligne : < http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20zuluaga%20villegas > (consulté le 19 avril 2010).

évitant ce caractère conflictuel de la société et arrivant ainsi au renforcement de la légitimité du système judiciaire étatique dans la mesure où la justice étatique peut s'occuper des affaires d'importance sociale. Dans cette perspective, ont été considérés comme des éléments de base pour l'effectivité de la justice consensuelle, l'existence d'une société civile organisée, l'appartenance à une culture, avec des valeurs et des normes, puis selon Auerbach « seulement quand il existe congruence entre les individus et sa communauté, avec valeurs et devoirs partagés, existe la possibilité de justice sans droit » [notre traduction]¹³.

¹³ *Cour constitutionnelle, Sentence C-893/01.* « Los mecanismos alternativos de solución de conflictos no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social. Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente, pues al decir Auerbach "sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho », en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=151 > (consulté le 21 août 2009).

PREMIÈRE PARTIE. Les aspects généraux de la conciliation en Colombie

Dans cette première partie, nous analyserons les concepts de base de la conciliation et de la médiation en plus des raisons qui font de la conciliation le mécanisme le plus développé et le plus pratiqué en Colombie. Nous noterons aussi que ces deux modes alternatifs de résolution de conflits partagent une finalité commune malgré leurs différences.

Chapitre 1: La conciliation et la médiation: finalité commune et limites

Les termes "conciliation" et "médiation" ont été utilisés à plusieurs reprises comme synonymes. La conciliation et la médiation appartiennent au groupe des mécanismes alternatifs de résolutions des conflits¹⁴ : en espagnol, nous utilisons l'abréviation MASC (Mecanismos alternativos de solución de conflictos) alors qu'en anglais c'est l'ADR (Alternative dispute resolution) que l'on écrit.

Ces deux mécanismes de solution aux problèmes possède une finalité commune soit la résolution des conflits par les citoyens sans avoir besoin de recourir à l'État. Cependant, dans la pratique, ces deux techniques ont des éléments qui les distinguent l'une de l'autre. Nous analyserons les aspects théoriques et nous réviserons la législation colombienne afin de comprendre l'essence même de ces distinctions.

A- Les distinctions des deux modes de solution des conflits

¹⁴ Abréviation utilisée: "MARC".

Plusieurs auteurs font une distinction entre la médiation et la conciliation tandis que d'autres ne voient aucune différence entre ces deux termes. Pour certains, la médiation est un terme générique aux diverses modalités et processus tels que la conciliation. Dans cette optique, lors du processus de conciliation, le conciliateur est celui qui donnera une solution alternative au conflit. Pour d'autres, la conciliation représente un terme générique alors que la médiation n'est qu'une modalité du processus de conciliation. Vu de cette façon, le médiateur est la personne qui proposera une solution au conflit.

Nabil N. Antaki considère que « [l]'étymologie des mots « médiation » et « conciliation » ne permet pas de distinguer ces deux modes de résolution des différends. Chaque terme semble servir à définir l'autre »¹⁵. Pour cet auteur, il n'existe pas de conséquences juridiques à une possible distinction. En effet, Antaki pense que les différences n'existent que dans « [l]a technique d'intervention [...] »¹⁶, c'est-à-dire dans la façon dont le médiateur ou le conciliateur met en place les techniques de négociation. Le médiateur serait plus actif que le conciliateur dans l'application de ses connaissances en négociation. Une telle distinction tient au degré d'intervention du médiateur ou du conciliateur dans la recherche d'une solution mettant fin à la différence. Cependant, Jean-Loup Vivier estime que : « la différence entre la médiation et la conciliation est aisée à définir en théorie : le conciliateur élabore une décision et recueille l'assentiment des plaideurs; le médiateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord »¹⁷. Selon Vivier, le rôle du conciliateur est plus développé que celui du médiateur. De plus, Jean-Pierre Bonafé Schmitt estime que la médiation est un processus intermédiaire entre la conciliation et l'arbitrage¹⁸. Ses arguments sont basés sur l'existence d'une tierce

¹⁵ Nabil N. Antaki, *Le règlement amiable des différences*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1998, à la p 82 [Antaki].

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Jean-Loup Vivier, « La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation dans la procédure civile », (1996) *LPA* 12.

¹⁸ Jean-Pierre Bonafé Schmitt, « Médiation, conciliation, arbitrage des techniques ou un nouveau modèle de régulation sociale » dans Fathi BEN MRAD, Hervé MARCHAL et Jean-Marc STÉBÉ dir, *Penser la médiation*, Paris, L'Harmattan, 2008, 41 à la p 49.

personne qui n'est pas toujours présente dans toutes les conciliations et qui contrairement à l'arbitre, ne possède pas le pouvoir de trancher le litige.

La législation colombienne inclut une longue liste de mécanismes alternatifs de résolution des conflits dans laquelle la médiation et la conciliation prennent une place importante. Selon l'auteur Libardo Orlando Riascos Gómez¹⁹, les MARC englobent la médiation, considérée comme le processus général, la conciliation et la régulation négociée, considérées comme des manifestations différentes de la médiation.

Selon le Ministère de la Justice et du Droit de la Colombie²⁰, une distinction pragmatique existe entre la médiation et la conciliation : la médiation est le terme générique alors que la conciliation représente une modalité du processus permettant au conciliateur de présenter aux parties des solutions alternatives au conflit. En Colombie, il ne fait aucun doute que la médiation et la conciliation ont diversifié la façon classique de résolution des conflits. Grâce au développement législatif et pratique de la conciliation, cette méthode de résolution des conflits est devenue le mécanisme par excellence dans ce pays. Nous analyserons en détail cette situation particulière dans le chapitre premier de la deuxième partie de ce mémoire²¹.

À partir des définitions qui ont été mentionnées dans l'introduction et à partir de notre expérience pratique en conciliation et en médiation, nous pouvons classer les distinctions entre la médiation et la conciliation en Colombie selon les critères suivants : l'encadrement légal, la finalité, le profil, la participation du tiers et la valeur de l'accord.

1. Le critère de l'encadrement légal

¹⁹ Libardo Orlando Riascos Gómez, « l'impacte de la conciliation en chiffres, en spécial en matière contentieuse administratif » [Impacto de la conciliación en cifras, en especial en materia contencioso administrativa] (2008), en ligne : < http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/conciliacion_Doctrine.pdf > (consulté le 22 mai 2009) (notre traduction).

²⁰ *Supra note 2.*

²¹ Voir chapitre premier intitulé *Étapes normatives de la conciliation en Colombie*, p. 52.

La médiation, contrairement à la conciliation, n'est pas largement encadrée par la loi colombienne. De plus, la médiation est une création de la doctrine alors que la conciliation jouit d'un statut constitutionnel. Or la source de la médiation en Colombie remonte aux juges de paix en fonction depuis 1834. Ces derniers étaient des personnes qui, sans être des juges de la république, servaient comme médiateurs pour résoudre tous les types de conflits entre les citoyens. Leur intervention constituait une étape préalable pour aller devant la justice ordinaire. De plus, l'accord signé par les parties devait être respecté et la société civile veillait à son accomplissement. Aujourd'hui, il existe d'autres normes législatives qui mentionnent la médiation comme un mécanisme alternatif de solution des conflits par exemple la loi pénale²² et le code de l'enfance et l'adolescence²³. Cependant, la médiation demeure non réglementée formellement. Ce manque d'encadrement législatif laisse entrevoir que la médiation est un mécanisme moins formel et moins connu que la conciliation.

2. Le critère de la finalité

Pour certains auteurs, les finalités de la médiation et de la conciliation ne sont pas pareilles. L'existence de diverses théories expliquant les objectifs de la médiation démontre cela. Pour certains, la médiation a pour but de transformer la relation entre les parties et la dynamique du conflit sans nécessairement arriver à un accord. Pour d'autres, la conciliation ne recherche que l'accord mutuel des parties opposées au litige. Nous considérons que le but de la conciliation n'est pas seulement d'arriver à un accord puisqu'il est dans l'intérêt de la médiation et de la conciliation de rétablir la communication et le dialogue entre les parties pour leur permettre d'arriver à un accord et régler le conflit même en dehors du cadre de la conciliation. Ainsi, signer un accord sera

²² Loi 906/2004, art. 523 Code pénal colombien, en ligne: < http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004_pr018.html > (consulté le 30 mai 2012).

²³ Loi de l'enfance et l'adolescence 1098/2006, en ligne: < http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1098_2006_pr004.html > (consulté le 30 mai 2012).

un « plus » dans le processus. De plus, dans une perspective plus large, ces deux mécanismes cherchent à transformer les comportements humains, ce qu'on a nommé « l'esprit » de ces mécanismes alternatifs de solution des conflits. Nous parlerons de cet esprit un peu plus loin dans ce même chapitre²⁴.

3. Le critère du profil et de la participation du tiers

Le pouvoir d'intervention du tiers neutre, c'est-à-dire son rôle dans le processus, distingue les différents mécanismes alternatifs de solution des conflits. D'une part, la médiation et la conciliation se distinguent de l'arbitrage puisque le tiers arbitre a le pouvoir de donner la solution au conflit et de l'imposer. Par contre, le tiers médiateur ou conciliateur n'a pas le pouvoir de trouver et d'imposer une solution pour régler le litige. Ce sont les parties qui devront la trouver par elles-mêmes. Dans le cas du médiateur, ce sont les parties qui détermineront les pouvoirs que celui-ci aura dans le processus de médiation. Cependant, les pouvoirs du conciliateur sont déterminés par la loi colombienne. Puisque le tiers dans une conciliation doit suggérer des alternatives de solution au conflit, il devient un intervenant dans le processus. Toutefois, le tiers médiateur doit s'abstenir de proposer des alternatives et ses efforts viseront plutôt à encourager les acteurs à proposer des idées qui répondent à leurs préoccupations ou intérêts.

En ce qui concerne le profil du tiers neutre, en Colombie, les conciliateurs, à la différence des médiateurs, ont des qualités précises qui sont prescrites par la loi et que l'on étudiera vers la fin de cette première partie. Les médiateurs sont généralement des citoyens ou des citoyennes possédant une vocation faisant preuve d'engagement communautaire et ils sont reconnus par la communauté en tant que leaders. D'ailleurs, ces médiateurs sont choisis pour la confiance qu'ils inspirent aux parties, et ils sont reconnus dans leur communauté comme médiateurs des conflits.

²⁴ Voir section B- *La finalité et les limites de la conciliation*, p. 27.

4. Le critère de la valeur de l'accord

En analysant le contenu et les effets de l'accord intervenu entre les parties aux litiges, on note aussi des différences qui permettent de distinguer la conciliation de la médiation. D'abord, l'accord signé dans le cadre d'une conciliation et appelé le constat d'accord est préparé par le tiers conciliateur avec le consentement des parties. Cette entente entérine tous les points sur lesquels les parties se sont entendues tout au long des séances. Grâce à l'article 66 de la loi 446/1998, ce document signé par les deux parties a force exécutoire et l'autorité de la chose jugée. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle nous rappelle l'importance du droit à la conciliation et sa survie malgré une volonté contraire des parties:

Le droit à la conciliation est une prérogative inviolable, et sa réalisation est considérée comme revêtue de l'autorité de la chose jugée, pour primer l'extériorisation d'un accord des volontés, dont l'accomplissement est de rigueur pour chacune des parties. Il est une chose d'avoir un accord qui n'est pas respecté, et une autre chose très distincte est la nullité du même accord. Le non-respect de leur pacte n'annule pas la conciliation. Au contraire, c'est par l'efficacité de celui-ci que telle conciliation a force exécutoire. Le différend est ouvert à la conciliation et, de plus, s'il s'agit de droits susceptibles de transaction, la conciliation doit être recherchée à tout prix. L'accord ne peut pas être unique, rigide et intransigeant, parce que ce qui importe réellement c'est la fin qu'il poursuit. C'est un acte qui admet des multiples formes de réalisation. On permet tous les moyens pour concilier, tant qu'ils ne nuisent pas au droit de la personne, et surtout, tant qu'on ne méconnaîtra pas le droit à la défense[...] L'acteur peut, avec l'acte de conciliation, aller devant la juridiction civile pour entamer un processus exécutoire, dans lequel il sera possible de satisfaire ses prétentions, du moment où le fonctionnaire compétent établit qu'il y a mérité à cet effet [notre traduction]²⁵.

Il importe de noter que les parties opposées au litige peuvent emprunter différentes voies afin de conclure la médiation soit un désistement, un compromis, un protocole d'accord, une transaction, même une conciliation, ou peut-être même la décision d'aller devant la

²⁵ *Sentence No. T-197/95*, en ligne: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-197-95.htm> > (consulté le 30 mai 2012).

justice ordinaire. Selon la voie choisit, la fin de la médiation déterminera les effets ressentis par les parties opposées.

Le tableau ci-dessous résume les différences entre la médiation et la conciliation en Colombie.

DIFFÉRENCES ENTRE LA MÉDIATION ET LA CONCILIATION EN COLOMBIE	
La médiation	La conciliation
Création de la doctrine.	Création constitutionnelle et légale.
Tiers moins directif, tant vis-à-vis du processus (ou du cheminement dans la négociation) que vis-à-vis de l'émergence de la solution. Le médiateur par ses techniques va faire en sorte que les parties renouent le dialogue.	Tiers plus interventionniste et directif dans la recherche d'un accord. Le conciliateur propose des alternatives de solution au conflit, il fait en sorte de trouver une solution favorable aux plaignants ou aux parties.
Tiers désigné par les parties.	Tiers répondant aux critères énoncés dans la loi et choisi par les parties. Conciliateur accrédité.
Plutôt une négociation assistée.	La conciliation intervient dans un spectre plus large que celui de la médiation. Elle signifie aussi bien l'action de concilier que le résultat de cette action.
L'accord est homologué par le juge selon les principes en la matière.	La force exécutoire attachée à l'accord. L'accord a l'autorité de la chose jugée. Sa valeur est celle d'un contrat.

Tableau 1: Différences entre la médiation et la Conciliation.

B- La finalité et les limites de la conciliation

1. L'esprit de la conciliation

Les moyens de résolution de conflits tels la conciliation et la médiation ont modifié la façon de régler les conflits. Grâce au dialogue, les parties opposées au litige arrivent à trouver directement une solution à leur différend et ce, par l'entremise d'une tierce personne soit le conciliateur ou le médiateur. Or les principaux gestionnaires des conflits opposants des citoyens sont les citoyens eux-mêmes avec l'aide d'une partie tierce.

Les deux notions de conciliation et de médiation ne sont pas incompatibles l'une avec l'autre: en effet, ces méthodes alternatives peuvent être utilisées de manière complémentaires dans des procédures mixtes. Or ces deux moyens de résolution de conflits peuvent être employés de façon consécutive, parallèle, voire même conjointe. On peut noter la finalité commune de ces deux méthodes de résolution des différends soit la recherche d'un apaisement entre des individus en situation de conflit. Par ailleurs, plusieurs autres objectifs peuvent être atteints lors de la mise en œuvre de ces méthodes de résolution des conflits soit le rétablissement de la communication entre les parties litigieuses, la transformation d'une situation de rupture en situation d'amitié, la transformation des comportements et la conciliation des parties opposées. En effet, ces moyens de solution à des conflits visent à rendre la justice démocratique tout en rehaussant le rôle de l'individu dans la société. Il est inutile de préciser que ces méthodes de résolution permettent une meilleure gestion des conflits interpersonnels, commerciaux, nationaux et internationaux tout en promouvant une culture de paix.

En Colombie, la conciliation cible plus particulièrement deux problématiques ponctuelles de la justice soit la décongestion judiciaire et l'accès à l'administration de la justice. Ces objectifs précis ont été établis en Colombie²⁶ à une période (entre 1990-1994) où l'État ne pouvait garantir l'accès à la justice et l'équité lors de l'administration de la justice. Suite à cette période critique colombienne, le développement de la conciliation s'est fait

²⁶ Voir commentaire de la Cour Constitutionnelle colombienne *Supra* note 13. **REMARQUE PRÉLIMINAIRE.**

de façon majeure au point tel que la notion de finalité commune de la conciliation et de la médiation a resurgi. En ce sens, la Cour Constitutionnelle colombienne a estimé :

La conciliation n'est pas seulement congruente avec la Constitution de 1991 mais elle peut également être évaluée comme une projection au niveau juridictionnel de l'esprit pacifiste qui reflète la Constitution dans son intégrité. La juridiction étant une forme civilisée et pacifique de résoudre les conflits, il est préférable de trouver un accord avec la contrepartie puisque cette modalité peut convaincre les parties qu'il est possible de trouver un compromis, même après la confrontation de points opposés, sans la nécessité d'un tiers juge qui décide ce que les parties peuvent elles-mêmes convenir.²⁷[notre traduction].

Actuellement, il y a un projet de loi de réforme à la justice²⁸. À travers ce projet de loi le gouvernement colombien se bat encore une fois pour trouver une formule qui garantit une efficiente administration de la justice. Il est pertinent de mentionner ce projet de loi dans notre mémoire car, s'il est adopté, des nouveaux pouvoirs en matière juridictionnelle seraient conférés aux employés judiciaires, centres de conciliation et arbitrage, notaires et avocats²⁹.

Malheureusement, ce projet de loi fait l'objet de plusieurs critiques³⁰, entres autres, la privatisation de la justice. En effet, les magistrats sont d'avis que ce projet de loi ne résout pas les problèmes d'accès à la justice et n'adresse pas la notion d'efficacité du système judiciaire. Au contraire, ce projet législatif démontre l'intention du gouvernement d'abandonner leur devoir constitutionnel d'administrer la justice. Avec l'ouverture d'un tel débat et les faibles statistiques sur la conciliation, nous pouvons

²⁷ Cour constitutionnelle, Sentence C-195/1993.

²⁸ Voir contenu du projet de lois en espagnol :Proyecto de Acto Legislativo “Por medio del cual se reforma la Constitución Política en asuntos relacionados con la justicia” , en ligne: < http://www.derechojusto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=802:exposicion-de-motivos-reforma-a-la-justicia&catid=67:derecho-diario > (consulté le 15 mai 2012).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Voir articles des journaux colombiens, en ligne : < http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/L/las_cortes_piden_retirar_reforma_a_la_justicia/las_cortes_piden_retirar_reforma_a_la_justicia.asp >, < <http://aquietamos.net/2012/04/24/duras-criticas-a-la-reforma-a-la-justicia-que-se-debate-en-el-congreso-colombiano/> > (consultés le 15 mai 2012).

affirmer que la conciliation a été victime de sa popularité puisqu'elle n'arrive pas à répondre aux grandes attentes du gouvernement et de la population en général. Or la méthode de conciliation demeure encore marginale et ne fait pas encore partie de façon intégrale de la vie des colombiens.

2. Les limites de la conciliation

En invoquant l'esprit même des mécanismes alternatifs de solution des conflits – conciliation et médiation –, on remarque que ces moyens alternatifs peuvent s'appliquer dans tous les types de conflits. Selon Nabil N. Antaki, « la grande majorité des différends qui ne sont pas intra personnels peuvent être réglés, au choix des parties, par la négociation ou la médiation »³¹.

Certaines affaires ajoutent une certaine complexité à la conciliation et la médiation néanmoins ces mécanismes ne sont plus particulièrement adaptés à la solution de litiges simples: « La médiation offre, à travers sa symbolique, l'expérience de vie dans toutes les phases de son évolution. Elles peuvent se manifester dans les situations les plus banales comme dans les situations les plus tragiques »³². Du point de vue pratique, Thierry Garby mentionne cinq situations qu'il considère comme devant être exclues du cadre de la médiation:

- a) *les affaires dont la solution retentit sur les tiers,*
- b) *les affaires dans lesquelles une partie est de mauvaise foi,*
- c) *les affaires dans lesquelles les parties ne peuvent pas se parler,*
- d) *les affaires dans lesquelles les parties ont déjà négocié sans résultat et*
- e) *les affaires dans lesquelles une partie souhaite une décision de principe*³³ [italiques dans l'original].

³¹ Antaki, *supra* note 15 à la p 11.

³² Jacqueline Morineau, *L'esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 1998, à la p 29 [Morineau].

³³ Thierry Garby, *La gestion des conflits*, Paris, Economica, 2004, p 63-64.

De plus, conformément à la loi, certains litiges sont imperméables à ces mécanismes de résolution des conflits. Les affaires mentionnées par Michèle Guillaume-Hofnung en sont des bons exemples :

[l]es parties à la médiation ne peuvent par un accord de médiation disposer de droits indisponibles. On trouve là un garde-fou particulièrement utile à la médiation familiale qui se déroule dans la sphère de tels droits précisément, l'état des personnes avec ses répercussions sur le droit au nom. Les droits nés d'une infraction criminelle, les questions de filiation, les matières qui relèvent directement du Conseil d'État constituent le noyau des droits absolument indisponibles. Les autres droits font objet de discussion sur l'arbitrabilité et la transigeabilité³⁴.

En Colombie, le Ministère de la Justice et du Droit signale aussi une liste de sujets non conciliables tels les droits fondamentaux, les normes d'ordre public, les matières où sont impliquées les bonnes coutumes, les sujets légaux et constitutionnels, les droits certains, indiscutables et auxquels on ne peut renoncer, les délits avec dol, et qui n'admettent pas un désistement, entres autres.³⁵ Cette liste mentionnant les sujets non conciliables n'a pas un caractère définitif et peut être étendue ou réduite selon la dynamique sociale du droit colombien. Par exemple, le projet de réforme à la justice³⁶ que nous avons déjà mentionné signale : « [c]ertaines affaires qui occupent les juges, pourraient être connues par les centres à fin qu'elles soient résolues »³⁷ [notre traduction]. Pour les citoyens qui prônent et favorisent la privatisation de la justice et la conciliation, la modification de cette liste de sujets non conciliables permet de rehausser le domaine des méthodes alternatives de résolution des conflits. Cependant, pour ceux opposés à la justice privée, la conciliation restera dans l'état actuel ou pire encore.

³⁴ Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, Paris, 2007, à la p 63. [Coll. « *Que sais-je?* »] [Guillaume-Hofnung].

³⁵ Ministerio del interior y de la justicia. Programa Nacional de Conciliación y Universidad Nacional. Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales, Conciliación y arbitraje. Normatividad, jurisprudencia y conceptos. 2o ed. Bogotá, Carvajal García Editores, 2007. Concordé avec l'article 19 de la loi 640/2001 et l'article 65 de la loi 446/1998.

³⁶ *Supra* note 26.

³⁷ *Supra* note 26 à la p 90.

Nous avons démontré que la conciliation et la médiation ont un même esprit et que ces mécanismes alternatifs de résolution des conflits sont personnalisés et adaptés aux besoins des États. Néanmoins, ces méthodes de résolution de conflits se distinguent l'une de l'autre. Par exemple, dans le cas Colombien, le législateur utilise davantage la conciliation car ce mécanisme répond mieux aux besoins de la société. Les développements législatifs tiennent compte de cette réalité comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce mémoire³⁸.

³⁸ Voir premier chapitre intitulé: *Étapes normatives de la conciliation en Colombie* p 52.

Chapitre 2. Les piliers fondamentaux de la conciliation

Dans ce chapitre, nous analyserons les piliers fondamentaux qui représentent la base de la conciliation en Colombie soient la libre volonté des parties, l'assistance apportée par le tiers conciliateur et la recherche d'une solution confidentielle. Nous étayerons chacun de ces principes fondamentaux en discutant des avantages, des inconvénients tout en donnant des exemples de cas jurisprudentiels appuyant et renforçant ces principes.

A- La libre volonté et la participation des parties

La libre volonté des parties opposées dans un différend évoque deux aspects importants : d'abord, la façon d'entrer en conciliation et ensuite, le libre accord des parties au litige. En premier lieu, la façon d'entrer en conciliation, selon l'auteur Gérard Cornu, «[s]uppose toujours que les parties en conflit soient d'accord pour emprunter cette voie, soit qu'elles en prennent l'initiative, soit qu'elles adhèrent à la proposition d'un juge »³⁹. Si l'on tient compte de l'essence même de la conciliation, on réalise que ce mécanisme de résolution des conflits repose sur le volontariat et qu'il ne peut être imposé. En effet, l'imposition de ce mécanisme aux parties au litige sera contraire à l'esprit même de cette méthode de rapprochement des parties. Cependant, la Cour Constitutionnelle colombienne estime que la conciliation préalable obligatoire en Colombie⁴⁰ ne brise pas ce pilier fondamental. Cette conciliation préalable met l'accent sur la participation des parties à la démarche de la conciliation mais ne constitue pas une obligation d'aboutir à un accord⁴¹.

Ainsi, il devient difficile de cerner la volonté conflictuelle des parties: ces dernières songent-elles à initier volontairement une conciliation ou non? Dès lors on comprend

³⁹ Gérard Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », (1997) R.I.D.C. 313 à la p 314.

⁴⁰ Conciliation consacrée à l'article 35, loi 640/2001, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=32 > (consulté le 28 mai 2012).

⁴¹ *Ibid.*

qu'une action contraignante de la loi peut être bénéfique aux protagonistes d'un conflit afin de leur permettre d'arriver à un accord mutuellement convenable. Ce dernier devra être librement accepté par les parties au litige. Bien que le conciliateur en Colombie puisse proposer et formuler une solution⁴², il ne peut pas l'imposer aux parties. Enfin, la solution ne pourra s'appliquer que si les parties sont d'accord.

Conjointement à la volonté des parties d'aller en conciliation, la participation personnelle des parties dans le processus est très importante et ce, grâce à l'autonomie de la volonté de chaque partie. Cette autonomie de la volonté est essentielle à cette implication personnelle des parties au litige. Il est de l'essence de la conciliation que les parties participent activement dans la recherche d'une solution au conflit. Le paragraphe 2 de l'article 1 de la *Loi 640/2001* de la Colombie stipule que : «Les parties devront assister à l'audience de conciliation et pourront le faire avec leurs représentants » [notre traduction]⁴³. Cependant, il existe une exception à ce principe de présence des parties soit lorsque les parties ne peuvent pas être présentes à l'audience. De plus, la deuxième partie du paragraphe précité indique :

Cependant, dans les cas où le domicile de l'une des parties n'est pas dans le circuit judiciaire du lieu où va avoir lieu l'audition ou lorsque l'une d'entre elles se trouve hors du territoire national, l'audition de conciliation pourra avoir lieu par l'intermédiaire d'un fondé de pouvoir dûment autorisé à concilier, même sans l'assistance de son représenté [notre traduction]⁴⁴.

Grâce aux moyens technologiques de communication nous trouvons aujourd'hui des expériences réelles de conciliation entre des parties qui sont éloignées l'une de l'autre et même sans la présence d'un avocat qui les représente.

⁴² Faculté conféré à l'article 8-5, loi 640/2001.

⁴³ *Loi sur la conciliation* 640/2001, Art 1, paragraphe 2, « Las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. », en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=32 > (consulté le 17 août 2010) [*Loi 640/2001*].

⁴⁴ *Ibid.*, « 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. ».

La conciliation qui a lieu seulement en présence des représentants des parties n'est pas la plus souhaitable ni pour le conciliateur ni pour les parties. Elle présente différentes faiblesses et fait de l'accord une espèce de marchandise. Elle peut générer la méfiance entre les intéressés et elle leur fait perdre de l'énergie et du temps. Malgré tout cela, cette conciliation existe pour répondre aux enjeux des temps modernes et au développement de l'informatique.

Une façon d'assurer cette volonté d'aller en conciliation est à travers une clause de conciliation. En termes généraux, une clause est « une disposition particulière d'un acte juridique qui précise certains éléments, obligations ou modalités d'exécution »⁴⁵.

Une clause de conciliation peut permettre aux parties de conserver une certaine maîtrise sur la gestion de leur propre conflit tout en leur donnant une opportunité d'adopter une approche conciliatrice et de préserver, par exemple, leur relation d'affaires. Ce type de clauses a pour but de neutraliser toute action en justice durant le processus de conciliation.

Les parties qui ont stipulé une clause de conciliation peuvent choisir entre deux voies soit celle qui les dirige vers un centre de conciliation ou celle qui les guide vers un conciliateur. La première voie conduit les parties aux centres de conciliation ayant un code déontologique sur la conciliation et une liste préétablie de tiers conciliateurs. Ces centres sont parfois régulés de façon stricte par les lois du pays. Quant à la deuxième voie, connue sous le nom de conciliation ad-hoc ou indépendante, elle dirige les parties vers un conciliateur auquel elles donneront la mission de dérouler le processus. Cette dernière voie est moins populaire en Colombie puisque les conciliateurs doivent être inscrits obligatoirement dans un Centre de Conciliation ce qui n'est pas le cas.

La force contraignante de l'obligation de concilier peut varier compte tenu de la manière dont la clause a été rédigée. D'un simple préalable formel, la mise en œuvre d'une conciliation devient obligatoire lorsqu'elle définit un processus préalable complet

45 Voir *Définition de Clause*, en ligne : < <http://www.net-iris.fr/lexique-juridique/definition.php?motcle=clause> > (consulté le 19 février 2010).

(désignation d'un conciliateur et inscription d'un délai de mise en œuvre précis). La jurisprudence colombienne a confirmé la validité des clauses de conciliation en établissant la règle selon laquelle une clause instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge est licite⁴⁶. Ainsi, la sanction du non-respect d'une clause de conciliation préalable obligatoire imposée aux parties au litige est l'irrecevabilité de l'action en justice⁴⁷.

En effet, une clause de conciliation est constitutive d'un engagement contractuel qui doit être respecté. La conciliation prévue dans une clause permet de mieux comprendre l'esprit de ces moyens alternatifs de résolution des litiges et demeure une méthode plus enrichissante qu'une simple discussion entre les parties.

Voici un exemple d'une clause de conciliation qui tient compte la pratique en Colombie :

Les parties soumettront tout différend qui puisse intervenir entre elles à l'occasion du présent contrat au processus de conciliation. Celui-ci se déroulera dans le centre de conciliation et arbitrage de la Chambre de Commerce de xxxxxxxxxxxx. La solution accordée sera respectée. Les coûts engendrés par la conciliation seront partagés par les parties de façon égale.

B- L'assistance d'un tiers détenant l'autorité sur le processus

La présence d'un tiers est une condition nécessaire au déroulement du processus de conciliation. Une conciliation se caractérise, avant tout, par sa composition tripartite, soit

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

les deux parties au litige et le tiers conciliateur. Ce tiers doit posséder des caractéristiques essentielles afin de présider au différend soit la neutralité et l'impartialité.

L'impartialité préserve la liberté des opposants. Sans cette absence de partialité et le maintien d'une équidistance par rapport aux opposants, il ne sera pas possible d'arriver à une solution mutuellement convenable aux parties opposées. Or le tiers conciliateur offre cette distanciation par rapport à soi-même, à son vécu, à sa culture et à ses valeurs⁴⁸. De plus, l'indépendance suppose que le tiers n'entretienne pas des liens personnels avec les parties ou un lien de subordination avec les institutions de façon à éviter les conflits d'intérêts personnels. Au niveau institutionnel, cette indépendance se traduit surtout par l'absence de tutelle d'une instance extérieure qui aurait un droit de regard et d'intervention sur le processus. Au niveau personnel, le tiers doit faire preuve de distanciation en évitant de confondre son rôle avec celui du plaideur. Le tiers qui participe dans la conciliation possède des responsabilités très importantes exigeant des qualités précises et spéciales. Nous discuterons en détails de ce sujet plus loin.

Selon Fathi Ben Mrad, le principe de l'autorité sur le processus est très lié au sens du pouvoir⁴⁹. Par contre, dans le contexte d'une conciliation, ce pouvoir ne peut pas être entendu comme la permissivité d'action de quelqu'un mais plutôt comme la participation et la construction collective de liens sociaux. Dans les faits, le tiers n'a pas de pouvoir. Son seul pouvoir est « l'autorité que lui reconnaissent les parties qui l'auront choisi ou reconnu librement »⁵⁰. Sur un plan plus pratique, ce principe fait référence à l'idée de laisser au tiers la responsabilité sur la forme et le fond du processus⁵¹. Entre autres, la

⁴⁸ Fathi Ben Mrad, « Équité, neutralité, responsabilité. À propos des principes de la médiation » (2006), en ligne : < www.cairn.be/revue-negotiations-2006-1-p-51,htm > (consulté le 17 novembre 2009).

⁴⁹ Fathi Ben Mrad, « Médiation et régulations négociées par un tiers : une question de principe », dans Fathi BEN MRAD, Hervé MARCHAL et Jean-Marc STÉBÉ dir, *Penser la médiation*, supra note 6 à la p 35.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Thomas Fiutak, *Le médiateur dans l'arène : réflexion sur l'art de la médiation*, Paris, 2009, à la p 194 [Fiutak].

responsabilité du tiers conciliateur se résume à la création et la préservation d'une atmosphère stimulant les conditions d'un engagement individuel, sincère, ouvert et responsable des parties dans le but de boucler la conciliation.

C- La recherche d'une solution confidentielle et équitable

La confidentialité est un des grands piliers de la conciliation et un des avantages de mécanismes alternatifs de résolutions des conflits. Aussi, c'est une des principales raisons pour laquelle les parties choisissent la voie des méthodes alternatives de solution des litiges. Avec la neutralité et l'indépendance du tiers conciliateur, la confidentialité peut créer une atmosphère de confiance dans la relation tripartite. Ce principe impose au conciliateur, pendant une conciliation et hors de cette dernière, de garder confidentiel tout renseignement divulgué lors des entretiens entre les parties.

Toutefois, les parties doivent aussi s'engager à garder confidentiels tous les éléments portés à leur connaissance au cours de l'ensemble du processus. L'obligation de maintenir la confidentialité dans les mécanismes alternatifs de résolution des conflits dépend principalement de la vraie neutralité du conciliateur, d'où l'importance que celui-ci ait les qualités nécessaires pour répondre à son mandat.

Selon le Livre vert de l'Union européenne sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial« la confidentialité semble être le succès des ADR »⁵². Par contre, dans la pratique, ce principe de confidentialité souffre de diverses controverses le rendant moins absolu. Ceci étant, plusieurs exceptions à ce principe surgissent comme par exemple, les paragraphes 1)a) et 1)b) de l'article 7 de la Directive 2008 du Parlement européen et du Conseil :

⁵² Voir *Livre vert*, 3.2.2.1 La confidentialité, 79, en ligne : < http://fr.wikimmediation.org/index.php?title=Le_Livre_Vert_sur_les_MARC > (consulté le 19 avril 2010).

[l]orsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne; ou lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord⁵³.

En Colombie, le principe de confidentialité garantit aux parties que les aveux et les propositions ou les offres de règlement qu'elles peuvent faire n'auront aucune conséquence hors du cadre de la conciliation. De plus, il les encourage à faire preuve de franchise et d'ouverture d'esprit. Tout ce que les parties disent au cours de la conciliation ne peut, en règle générale, être utilisé dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Ce principe est clairement règlementé et consacré à l'article 76 de la loi 23/1991 :

La conciliation aura caractère confidentiel. Ceux qui y prennent part devront maintenir la réserve nécessaire et les formules d'accord qui sont proposées ou données n'influenceront pas le processus ultérieur quand celui-ci aura lieu [notre traduction]⁵⁴.

Cet article constitue, en quelque sorte, une réponse au mandat constitutionnel consigné dans l'article 74 de la Constitution de 1991 : « Every person has a right to access to public documents except in cases established by law. Professional secrets are inviolable »⁵⁵.

Le Ministère de la Justice et du Droit de la Colombie estime que :

La confidentialité se rattache au secret professionnel et fait référence à une obligation d'assurer, de protéger et de ne pas révéler une information qui a été obtenue à travers une relation de confiance, mais elle ne doit pas être contraire au devoir de dénoncer et à la protection des droits fondamentaux des personnes. Le conciliateur doit informer

⁵³ Directive 2008/52/CE du Parlement européen du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, en ligne : < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:FR:PDF> > (consulté le 19 avril 2010).

⁵⁴ Loi sur les mécanismes pour décongestionner les bureaux judiciaires 23/1991, art 76, « La conciliación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando éste tenga lugar. », en ligne: < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=28 > [Loi 23/1991] (consulté le 21 août 2009).

⁵⁵ Constitution de la Colombie, supra note 1, art 74.

les intervenants lors de l'audience de conciliation que ce qui sera révélé sera protégé par le secret professionnel, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une violation des droits fondamentaux dont on a l'obligation d'informer les autorités compétentes de l'infraction commise ou susceptible d'être commise [notre traduction]⁵⁶.

Il est important de remarquer que cette opinion du Ministère de la Justice et du droit est celle d'une autorité administrative sur la conciliation en Colombie, mais il ne s'agit pas d'un texte de loi à proprement parler. Toutefois, cette opinion est fondée sur des textes de loi qui consacrent le principe de la solidarité sociale : article 95 de la Constitution de la Colombie et les sanctions pour l'omission de dénonciation, articles 219 et 441 du *Code pénal colombien*. Aussi, dans sa *Sentence C-411 de 1993*, la Cour constitutionnelle clarifie les exceptions du secret professionnel⁵⁷. La Cour suprême de justice a exprimé à plusieurs reprises⁵⁸ que ce qui est révélé pendant l'audience de conciliation ne constitue pas « *per se* » une preuve de confession, surtout si la conciliation n'aboutit pas à un accord⁵⁹.

⁵⁶ *S.I.C la Colombie, supra* note 2, « Alcances y limites del principio de confidencialidad en la conciliación y el sistema de información de la conciliación S.I.C. », en ligne : <http://conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=155> (consulté le 21 avril 2010).

⁵⁷ *Constitution de la Colombie, supra* note 8, art 95, en ligne : <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf>, *Code Pénal de la Colombie*, Art 219, 441, *Cour constitutionnelle, Sentence C-411/1993* « *El secreto profesional no puede servir como pretexto para encubrir hechos que atenten directa, grave e inminentemente contra el bien común y el interés general. El atentado debe ser actual, no una simple expectativa, ni un mal ya consumado; debe revestir las características de gravedad -en el sentido de lesionar bienes necesarios para la comunidad- y de inminencia, para que entonces el deber de solidaridad que obliga a todas las personas y todos los ciudadanos, sin excepción, obligue también al profesional a evitar el mal irreparable y grave contra la comunidad. (...) La calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Esta obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho.* », en ligne : <<http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/Jurisprudencia/2009-04-28%20ROBERTO%20PINZÓN%20PINZÓN.doc>> (consulté le 21 avril 2010).

⁵⁸ *Cour suprême de justice, Sentence 32498-09*, 28/04/2009, Francisco Javier RICAURTE GÓMEZ, en ligne : <http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=153>, 01/08/2006 et 26/05/2000, en ligne : <<http://www.cacccb.org.co/contenido/contenido.aspx?conID=62&catID=3>> (consulté le 21 avril 2010).

⁵⁹ *Cour suprême de justice, Sentence 32498-09/2009*, en ligne : <<http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/Jurisprudencia/2009-04-28%20ROBERTO%20PINZÓN%20PINZÓN.doc>> (consulté le 19 avril 2010).

Par ailleurs, la recherche d'une solution équitable ou raisonnable acquiert beaucoup d'importance. Nous pensons que son application fait aussi partie des critères qui permettent de faire une distinction claire entre la conciliation, la justice classique et les autres mécanismes alternatifs de résolution des conflits.

Lorsqu'on parle de justice ordinaire, on s'attend à ce que la décision rendue soit conforme au droit et que la décision réponde à la demande des parties. Cela veut dire que la décision soit soumise à toute une série d'exigences qui font qu'elle ne portera pas atteinte aux droits de l'homme et ne sera pas arbitraire. Or, dans un processus de conciliation, les parties sont des protagonistes et elles exécutent leur rôle avec plus de flexibilité, de créativité et d'adaptabilité aux circonstances particulières de la problématique. En d'autres termes, les parties s'approprient le droit pour l'adapter à leurs propres besoins et pour ainsi essayer d'en arriver à un accord avec leur libre consentement. Cela est « une vision très haute de la justice »⁶⁰ d'après les termes d'Alain Pekar Lempereur.

Le conciliateur est aussi un protagoniste dans la recherche de la solution, surtout dans la législation colombienne. Il doit motiver les parties à tout moment pour qu'elles produisent un résultat en accord avec la justice et les faits exposés. Il doit aussi étudier les implications juridiques, économiques et sociales de cet accord. Une bonne information sur l'état du droit, et compris la jurisprudence ainsi que le droit international, paraît nécessaire au bon exercice de ces mécanismes. En définitive, le conciliateur doit vérifier que l'accord ne soit pas contraire à l'ordre public ou qu'il ne soit pas élaboré au détriment de l'une des parties. Dans l'esprit de la conciliation, la solution ne doit jamais être imposée, elle doit toujours être consentie. Toutes les parties doivent en tirer profit, ce qui, selon les termes de Thomas Gordon, équivaut à : « tout le monde gagnant »⁶¹.

⁶⁰ Alain Pekar Lempereur, Aurélien Colson et Jacques Salzer, *Méthode de médiation. Au cœur de la conciliation*, Paris, Dunod, 2008, à la p 78.

⁶¹ Thomas Gordon, *La méthode-Gordon expérimentée et vécue*, Paris, Ed. Belfond, 1981.

Chapitre 3. Les qualités requises du conciliateur

Nous examinerons maintenant les qualités exigibles d'un conciliateur afin qu'il puisse répondre convenablement au mandat donné par les parties. On note trois groupes de qualités essentielles dont le conciliateur doit jouir: les qualités personnelles, les qualités professionnelles et les qualités culturelles. Il est aussi pertinent de savoir qu'en Colombie il existe deux types de conciliateurs soit le conciliateur en droit et le conciliateur en équité. Le conciliateur en droit, peut être un avocat, des étudiants en droit et de fonctionnaires publics alors que le conciliateur en équité doit être personne reconnue dans une communauté.

A- Les qualités personnelles du conciliateur

Le conciliateur est un tiers qui intervient dans un conflit avec le mandat de faciliter la rencontre entre les parties et diriger les dialogues pour aider celles-ci à trouver une solution viable. Selon Nabil N. Antaki, le tiers neutre peut être un médiateur ou un conciliateur⁶². Ils sont des « professionnels qui contrôlent le processus mais interviennent aussi sur le fond du litige [...]. Le conciliateur ou le médiateur ne peut toutefois ni trancher lui-même le débat ni imposer sa solution aux parties »⁶³. Cet auteur considère le tiers comme un professionnel.

Les attitudes et les réactions du conciliateur auront sans doute un impact sur les résultats d'une conciliation. Pour cette raison, certaines qualités intrinsèques seront exigées de ceux qui veulent devenir conciliateurs.

⁶² Antaki, *supra* note 15 p 82-83.

⁶³ *Ibid.*

Selon l'opinion générale des experts, la première qualité personnelle d'un conciliateur est celle de *savoir écouter*⁶⁴. On fait toutefois référence à un type d'écoute en particulier « l'écoute active »⁶⁵. Mais, qu'est-ce que l'écoute active? À ce propos, le Dr. Thomas Gordon⁶⁶ souligne que : « [l]'écoute active est une façon remarquable d'impliquer l'émetteur et le récepteur du message »⁶⁷. Il ajoute, « [c]ependant, pour apprendre comment employer l'écoute active, il est nécessaire de comprendre davantage le processus de communication entre deux personnes »⁶⁸.

Chaque fois qu'une personne décide de communiquer avec quelqu'un d'autre, elle le fait parce qu'elle en a besoin. C'est toujours parce qu'il se passe quelque chose que la personne communique⁶⁹. Dans le but de se libérer du conflit, la personne devient un émetteur : elle communique dans l'espoir que cela lui apportera une solution à son problème. Cependant, la personne ne peut pas communiquer littéralement ce qu'elle ressent à l'intérieur d'elle-même, car il s'agit de situations généralement complexes et difficiles à exprimer. Pour faire part de son problème à quelqu'un d'autre, la personne choisit différentes façons pour faire comprendre à l'autre ce qu'elle veut exprimer. Ce procédé s'appelle le codage⁷⁰.

⁶⁴ Jean-Louis Lascoux, *Et tu deviendras médiateur...et peut-être philosophe*, Médiateurs éditeurs, France, 2008.

⁶⁵ Jaidivi Núñez Varón, Alfredo Revelo Trujillo et José Octavio Zuluaga R., *Manuel pratique de médiation. Le médiateur. La procédure de la médiation. Cas d'application en propriété intellectuelle* [Manual práctico de mediación. El mediador. El procedimiento de la mediación. Casos de aplicación en propiedad intelectual], Bogotá, Legis, 2008, à la p 117[*Jaividi et autres*].

⁶⁶ Voir *Biographie de Thomas Gordon* «Docteur en psychologie clinique. Auteur de renom depuis les années 1960-1970 aux États-Unis, Thomas Gordon a proposé une nouvelle approche de la communication orale. Il a été un pionnier dans la conceptualisation de la résolution des différends gagnant-gagnant ou *sans perdant* », en ligne : < http://fr.wikipedia.org/wiki/Thomas_Gordon > (consulté le 19 mars 2010).

⁶⁷ Thomas Gordon, *Parents efficaces*, Montréal, Édition du jour, 1977, à la p 80 [*Gordon*].

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, à la p 81.

Une fois que le conciliateur reçoit le message (le code), il doit le décoder afin d'en comprendre la signification et de saisir ce qui se passe chez la partie. Si le conciliateur le décode correctement, il comprendra la problématique de la partie. Malheureusement, il arrive que le conciliateur interprète le message de façon erronée, cela veut dire qu'il ne l'a pas compris correctement et le processus de communication est rompu. Cela brise le lien de communication entre les personnes puisque le conciliateur et le récepteur interprètent mal le message de l'émetteur et ni l'un ni l'autre ne se rendent compte du malentendu qui existe entre eux⁷¹.

Le conciliateur peut en tout temps vérifier ce qu'il a compris. Il peut le faire en communiquant sa pensée à la partie, ce qui n'est pas autre chose que le résultat de son décodage. Alors, la partie peut connaître la réponse du conciliateur et elle peut lui dire s'il n'a pas décodé correctement son message. Lorsque le conciliateur communique pour la première fois ce qu'il a compris du message émis par la partie. Il fait alors usage de l'écoute active :

Dans l'écoute active, le récepteur essaie de comprendre ce que ressent l'émetteur, de saisir ce que son message veut dire. Ensuite, il transforme sa compréhension dans ses propres mots et retourne le message à l'émetteur pour vérification. Le receveur ne transmet pas son propre message, comme une évaluation, une opinion, un conseil, un raisonnement, une analyse ou une question. Il retourne seulement *ce qu'il pense être le sens véritable du message de l'émetteur, rien de plus, rien de moins*⁷².

Cette remarquable capacité d'écoute des tiers présente des avantages et non les moindres. À travers l'écoute active les parties peuvent découvrir ce qu'elles ressentent exactement. L'écoute active aide les parties à réduire leur peur des sentiments négatifs. L'écoute active établit des liens chaleureux et de confiance entre le conciliateur et les parties et aide ces dernières à résoudre elles-mêmes leurs problèmes. Elle amène les parties à être plus réceptives aux opinions et aux idées du conciliateur. Enfin, l'écoute active laisse aux parties l'initiative de la conversation⁷³.

⁷¹ *Ibid.*, à la p 82.

⁷² *Ibid.*, à la p 84.

⁷³ *Gordon, supra* note 64 p 87-90.

Ainsi, pour qu'un conciliateur puisse avoir les résultats recherchés en utilisant l'écoute active, il faut que le conciliateur ait quelques attitudes de base puisque, sans celles-ci, l'écoute active est rarement efficace. On fait référence aux attitudes suivantes⁷⁴ :

- Le conciliateur doit vouloir écouter ce que les parties veulent dire. Il faut prendre le temps d'écouter.
- Le conciliateur doit sincèrement vouloir aider les parties à résoudre le problème particulier auquel ils sont confrontés.
- Le conciliateur doit être capable d'accepter les sentiments des parties, quels qu'ils soient, aussi différents qu'ils puissent être de ses propres sentiments; il doit pouvoir mettre de côté l'idée qu'il se fait des sentiments que les parties devraient ressentir.
- Le conciliateur doit avoir un profond sentiment de confiance dans la capacité des parties de s'occuper de leurs propres sentiments, d'y voir clair et de trouver des solutions à leurs problèmes.
- Le conciliateur doit se rendre compte que ces sentiments évoluent et qu'ils ne sont pas nécessairement permanents. « Les sentiments se modifient : la haine peut se transformer en amour, le découragement peut rapidement être remplacé par l'espoir »⁷⁵. En conséquence, il n'y a pas lieu de s'effrayer lorsque des sentiments sont exprimés; ils ne persisteront sans doute pas chez les parties. L'écoute active vous le démontrera.
- Le conciliateur doit être capable de voir les parties comme des personnes différentes de lui, des êtres uniques qui ont leur propre existence, qui ont leur propre culture et leur propre façon de voir la vie.

Savoir écouter est certainement la première qualité du conciliateur. Également, il devra pouvoir faire abstraction de ses opinions ou valeurs personnelles qui ne doivent pas peser

⁷⁴ *Ibid.*, p 91-92.

⁷⁵ *Ibid.*, à la p 92.

dans le processus de conciliation. Le conciliateur n'a pas de conseil à donner. D'autres qualités personnelles ou d'autres points forts, comme les appelle Thomas Fiutak⁷⁶, sont importants chez le tiers neutre : la patience, le tact, la diplomatie, la considération, la facilitation, l'art de la parole, le pouvoir de la persuasion, le sens de l'humour⁷⁷ mais surtout « être médiateur exige du courage, le courage de reconnaître sa voix intérieure, de lui faire confiance »⁷⁸.

La loi colombienne n'est pas claire et précise à ce sujet. Néanmoins, elle nous donne quelque pistes. L'article 73, *Loi 23/1991* mentionne que le conciliateur doit être : honorable, qualifié et impartial. *La Loi 446/1998* fait référence à un tiers neutre qui doit être qualifié. Ces dispositions confondent des attitudes et des aptitudes. Nous pensons que pour être un meilleur conciliateur le tiers doit être une personne très créative. La créativité n'est pas exclusive des artistes ou des publicistes, elle appartient aussi à toutes les personnes qui aiment réussir dans la vie. Faire preuve de créativité lors d'une conciliation assure la possibilité d'aborder le conflit à partir de divers points de vue tout en apportant beaucoup plus d'alternatives et de solutions. La situation socio-économique de la Colombie exige de la créativité de tous les acteurs à la conciliation pour qu'à la fin de la conciliation, les parties sortent avec un accord. Aujourd'hui, il y a un grand nombre de conciliations sans accord, ce qui est préoccupant car cela diminue la crédibilité de ce mécanisme alternatif de résolutions des conflits.

B- Les qualités professionnelles du conciliateur

Ce type de qualités fait référence à la formation et aux études qu'une personne doit suivre pour être un conciliateur. Dans le cas colombien, la loi prévoit qu'à l'exception du conciliateur en équité développé plus en détail ci-dessous et des étudiants en droit, le conciliateur doit être un avocat diplômé. Dans ce sens, l'article 73 de la *Loi 446/1998* de la Colombie stipule : « Le conciliateur devra être un citoyen qui pourra concilier en droit

⁷⁶ *Fiutak, supra* note 51 à la p 148.

⁷⁷ *Jaidivi et autres, supra* note 65 p 64-72.

⁷⁸ *Fiutak, supra* note 51 à la p198.

ou en équité. Dans la première éventualité, le conciliateur doit être avocat, excepté quand il s'agit de centres de conciliation des facultés de droit ».

En général, le contenu de la formation pour devenir conciliateur est similaire partout dans le monde. Peu importe le pays, le conciliateur doit avoir une approche juridique des modes alternatifs de règlement des conflits. Également, il doit connaître les techniques de négociation et la législation pertinente du pays. Toutefois, le conciliateur colombien se distingue par ses qualités culturelles et sociales dont nous parlerons plus loin (C-).

La formation de conciliateurs en Colombie est réglementée par le *Décret 3756/2007*⁷⁹. Elle est structurée par trois axes thématiques : un module de base, un module d'entraînement et un module de stagiaire⁸⁰. De façon générale, ces modules abordent des sujets tels que le conflit, la conciliation comme institution, la législation et les techniques et habilités en communication. Chaque module dure un certain nombre d'heures selon le type de conciliateur⁸¹.

Pour répondre à son mandat, il est d'une importance capitale de promouvoir la professionnalisation des conciliateurs. Dans le cas colombien, les exigences imposées au conciliateur sont très élevées. L'article 8 de la *Loi 640/2001* établit pour les conciliateurs, les tâches suivantes : 1) Citer les parties conformément à cette loi; 2) Faire participer ceux qui, selon leur critère, doivent être présents à l'audience; 3) Expliquer aux gens présents l'objet, la portée et les limites de la conciliation; 4) Motiver les parties pour qu'elles présentent des alternatives de solution selon les faits traités dans l'audience; 5) Formuler des propositions d'accord; 6) Rédiger le texte d'accord de conciliation 7) Archiver le texte d'accord de conciliation conformément à cette loi. Ce même article prévoit qu'il est du devoir du conciliateur de veiller à ce que soient respectés les droits

⁷⁹ *Décret 3786/2007*, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=18 > (consulté le 26 avril 2010).

⁸⁰ *Ibid.*, Art 3 paragraph 1.

⁸¹ *Ibid.*, Art 3paragraphe 5 alinéa 1.

certaines et indiscutables, tels que les droits minimums et non négociables⁸². Cette disposition met l'accent sur la nécessité d'exercer un contrôle et une surveillance des conciliateurs. Le Conseil Supérieur de la Magistrature est l'entité responsable des conciliateurs. Cela est précisé par la Cour constitutionnelle dans la sentence C-917/2002⁸³. Les fautes et les sanctions sont consacrées dans les articles 55, 56 et 57 *Loi 734/2002* (aussi nommée *Code disciplinaire unique*)⁸⁴.

La loi colombienne n'impose pas d'exigence professionnelle spécifique aux conciliateurs en équité, ils doivent seulement être des leaders communautaires. Cependant, dans le manuel pour la formation de ceux-ci, créé par le Ministère de la Justice et du Droit, on aborde certains aspects comme l'État de droit, l'administration de la justice, les droits fondamentaux, la justice communautaire, les mécanismes alternatifs de solution des conflits, le processus de la conciliation en équité et la formalisation de l'accord⁸⁵. Il est important de souligner l'existence de différents organismes qui donnent ce type de formation aux conciliateurs en équité, à titre d'exemples, la Chambre de commerce de Bogota et les Maisons de Justice.

⁸² *Loi 640/2001*, *supra* note 4 Art 8 « Obligations du conciliateur. "1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley. 2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia. 3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación. 4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia. 5. Formular propuestas de arreglo. 6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación. 7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley. Parágrafo. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles », en ligne : <<http://www.conciliacion.gov.co/archivos/legislacion/Ley%20640%20de%202001%20concordada.pdf>> (consulté le 22 juillet 2010).

⁸³ *Sentence C-917/2002*, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_buscar.aspx?tp=2> (consulté le 27 avril 2010).

⁸⁴ *Code disciplinaire unique loi 734/2002*, République de la Colombie, en ligne : < http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0734_2002.html > (consulté le 23 juillet 2010).

⁸⁵ Ministère de la Justice et du Droit. Programme National de justice en équité, *Manuel pour la formation des conciliateurs en équité*, Bogota, Corporación Razón Pública, 2008, p. 31, en ligne : < <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1775DocumentNo2987.pdf> > (consulté le 21 juillet 2010).

Suite à une étude commanditée par le Ministère de la Justice et du Droit sur la formation des conciliateurs et ses effets sur le processus de conciliation, on a pu mettre en évidence qu'il existe un déséquilibre entre les exigences d'accréditation pour les conciliateurs qui sont des fonctionnaires publics et celles imposées aux autres conciliateurs. Cette situation peut être constatée dans les résultats des conciliations. Aujourd'hui la qualité du service des conciliations provenant des conciliateurs avocats inscrits dans un centre de conciliation est supérieure à celle des conciliateurs qui travaillent dans la fonction publique. Par conséquent, cela peut affecter le Système National de conciliation extrajudiciaire et l'administration de la justice⁸⁶.

Les stratégies utilisées pour la formation en conciliation doivent aussi être questionnées. Elles ne développent pas bien les compétences professionnelles pour procéder à une conciliation dans différents contextes impliquant diverses cultures. Elles ne répondent pas aux intérêts et aux besoins des conciliateurs. De plus, elles ne sont pas suffisamment basées sur les exercices pratiques et les discours des formateurs ne sont pas toujours adaptés⁸⁷. De plus, la formation n'est pas continue et ne garantit pas aux participants de garder leur qualité de conciliateur. Il est donc souhaitable que la formation en conciliation soit d'abord initiée dans les facultés de droit. À l'université, on ne doit pas donner priorité à la formation d'un avocat plaideur pour laisser de côté la formation d'avocats conciliateurs. Pourquoi ne pas avoir une formation en conciliation dès la maternelle? C'est le cas, par exemple, dans les écoles du Québec, où les élèves de la maternelle ont une petite formation en mécanismes alternatifs de solution des conflits⁸⁸. Du moins, elle est écrite dans leur agenda. Il est nécessaire de prendre tous les moyens possibles pour assurer des interventions de qualité.

C- Les qualités culturelles du conciliateur

⁸⁶ Ministère de la Justice et du Droit, « Politique publique en matière de conciliation extrajudiciaire en droit », en ligne : < www.mij.gov.co > (consulté le 24 avril 2010).

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ École primaire Lucille-Teasdale, *Agenda Maternelle* 2009-2010.

Aujourd'hui, on parle beaucoup de mondialisation. Cela est une réalité qu'on perçoit dans les domaines économique, technologique, social, culturel et de la communication. Elle peut favoriser les échanges culturels et scientifiques, mais aussi faciliter l'apparition ou la poursuite de certains conflits. Devant cette mondialisation, il est de plus en plus difficile de mener une conciliation dans une seule culture et dans un seul endroit. Le conciliateur a sa propre identité culturelle, les parties aussi. On se trouve alors dans un espace-physique et espace-temps distincts. Que faut-il faire dans cette situation? Comment construire un vrai espace de conciliation?

Ce qui permet de distinguer entre un conciliateur colombien d'un conciliateur d'un autre pays c'est son profil culturel et social. Le terrain, le temps, la population et le sujet objet de conciliation sont des points à prendre en considération au moment de conduire une conciliation. Notre discours porte sur l'importance d'intégrer la conciliation dans un espace-physique et dans un espace-temps ainsi que dans une réalité historique et culturelle tant pour les parties que pour le conciliateur dans le but d'obtenir un meilleur résultat durant le processus. À ce propos, nous faisons nôtres les pensées de Thomas Fiutak⁸⁹.

Les individus ou les groupes apportent leur culture dans les processus de conciliation. Même le conciliateur apporte la sienne, à la fois comme personne ayant une origine culturelle et comme responsable du processus. Dans toute cause de conciliation, les différentes cultures se rencontrent. De l'avis de Thomas Fiutak, la compétence culturelle du conciliateur est généralement basée sur la compréhension d'une culture particulière, mais il est préférable que le conciliateur essaie de comprendre les effets de la culture sur l'identification et l'expression des intérêts que d'essayer d'être reconnu comme citoyen d'une autre culture, qu'elle soit celle d'une organisation, d'une nation ou purement symbolique⁹⁰.

⁸⁹ Voir : *biographie* « Universitaire et médiateur, *Thomas Fiutak* a fondé le Centre de gestion des conflits et de médiation, à l'Université du Minnesota - Minneapolis aux États-Unis. Pédagogue hors du commun, il a formé des centaines de médiateurs dans de nombreux pays. À la fois théoricien et praticien, il s'est inspiré de ses diverses expériences pour élaborer son propre modèle de médiation » [nos italiques], en ligne : < <http://www.editions-eres.com/auteurs/12305-thomas-fiutak.htm> > (consulté le 27 avril 2010).

⁹⁰ *Ibid.*

L'opinion de Thomas Fiutak est partagée par les auteurs Peter Knapp et Andreas Novak qui estiment que : « le rôle du médiateur est d'identifier les pratiques culturalisantes et de les reformuler. Lors d'une attribution et d'un retrait à sa propre culture, il faut aller au fond des raisons et des connexions »⁹¹. Tous ces auteurs sont d'accord pour dire que la phase d'entrée en conciliation est l'une des plus sensibles, où le tiers doit démontrer toutes ses qualités culturelles puisque les besoins des parties doivent être satisfaits⁹². Il est aussi important de prendre en compte la langue parlée par les parties et le lieu de rencontre⁹³.

En ce qui concerne la culture colombienne, elle est entachée de violence et cela se reflète dans la façon dont les Colombiens résolvent leurs conflits. Ils ont une grande dépendance à la juridiction ordinaire pour régler leurs différends. Malgré les problèmes d'efficacité et de congestion présents dans l'administration de la justice en Colombie, les citoyens persistent à penser que l'unique façon de régler leurs problèmes est à travers la voie judiciaire. De plus, le conciliateur, qui doit être un avocat, est formé à l'université comme un plaideur, un « avocat gladiateur » et non comme un conciliateur. Ce pays pionnier en Amérique latine dans le développement des MASC n'arrive pas encore à inculquer une vraie culture du dialogue aux avocats conciliateurs ni à la communauté en général. Le Ministère de la Justice et du Droit, dans un rapport élaboré sur le bicentenaire de l'Indépendance de la Colombie (1810-2010), estime que les statistiques en matière de conciliation rendent compte de la réalité culturelle du pays car « la communauté ne s'est pas appropriée la participation dans la solution des différends à travers le dialogue, et elle

⁹¹ « Le sens de la culture dans la médiation », en ligne : < http://www.cenego.com/publications/knapp_1_2002_fr.pdf > (consulté le 28 avril 2010).

⁹² Thomas Fiutak, *Le médiateur dans l'arène : réflexion sur l'art de la médiation*, Paris, 2009, à la p 194 [Fiutak].

⁹³ Miguel Ángel Montoya Sánchez et Natalia Andrea Salinas Arango, « La guerra de los valientes o el lugar de la conciliación. El escenario de los actores de la conciliación: la construcción del lugar simbólico » [La guerre des courageux ou la place de la conciliation. La scène des acteurs de la conciliation : la construction du lieu symbolique] (2008) 13 à la p 25, en ligne : < <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2380/1936> > (consulté le 28 avril 2010).

a favorisé les décisions imposées par un tiers » [notre traduction]⁹⁴. Aussi, la résistance de certains avocats devant la conciliation est réelle. Ces derniers ne reconnaissent pas les avantages de la conciliation. Ils pensent que la conciliation leur enlève des clients potentiels, diminuant ainsi leurs revenus. Par conséquent, ils voient la justice ordinaire comme l'unique voie adéquate pour résoudre les conflits. Cette attitude est vraiment regrettable selon nous.

Toutefois, la situation vécue par les conciliateurs en équité est différente. Leur formation met l'accent sur la connaissance de la communauté où ils sont considérés comme des leaders, car cela constitue une habileté culturelle qu'il est nécessaire d'avoir pour devenir conciliateur en équité. En reprenant le manuel de formation des conciliateurs en équité, on s'aperçoit que la conciliation en équité prend de l'importance dans un territoire géographique et un contexte social et communautaire déterminé⁹⁵. Dans la sphère culturelle, ce manuel vise à préparer les conciliateurs à la reconnaissance de la diversité culturelle, des visions différenciées du conflit et de la solution qu'utilisent les ressources de leurs communautés⁹⁶. Le tiers conciliateur en équité en Colombie constitue la façon la plus noble et la plus simple qu'un citoyen a pour accéder à la justice.

Pour résumer, cette première partie de notre mémoire nous a permis de saisir les aspects généraux de la conciliation, un mécanisme qui partage une même finalité, un même esprit avec la médiation. De la même façon, nous avons vu les aspects particuliers à la pratique de ce mécanisme en Colombie. Dans la deuxième partie nos développements porteront sur le processus de la conciliation en Colombie.

⁹⁴ Ministère de la Justice et du Droit, « Politique publique en matière de conciliation extrajudiciaire en droit » la Colombie, en ligne : < www.mij.gov.co > [notre traduction] (consulté le 28 avril 2010).

⁹⁵ Ministère de la Justice et du Droit. Programme National de justice en équité, *Manuel pour la formation des conciliateurs en équité*, Bogota, Corporación Razón Pública, 2008, à la p 11, en ligne : < <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1775DocumentNo2987.pdf> > (consulté le 23 juillet 2010).

⁹⁶ *Ibid.*, à la p 14.

DEUXIÈME PARTIE. Le processus de la conciliation en Colombie

Il est clair qu'en Colombie la médiation et la conciliation sont des pratiques courantes. Toutefois, la conciliation est sans doute le mécanisme alternatif de solution des conflits le plus développé dans ce pays. Les statistiques rendent compte de cela. Dans cette deuxième partie nous allons donner une vision générale du processus de conciliation, des avancées normatives et des aspects problématiques. Il est nécessaire dans cette partie de préciser ce qu'on entend par conciliation en équité. Mais avant d'entrer en matière en tant que tel, il convient de s'arrêter un instant sur les étapes normatives qui ont donné naissance à la conciliation en Colombie.

Chapitre 1. Étapes normatives de la conciliation en Colombie

En Colombie, la conciliation a connu son véritable essor dans les années 90. La reconnaissance juridique de la conciliation comme mécanisme alternatif de solution des conflits s'est faite en deux étapes importantes : avant l'entrée en vigueur de la Constitution de la Colombie de 1991 (A-) et après l'entrée en vigueur de celle-ci (B-). Il faut également connaître les résultats de sa mise en marche c'est-à-dire l'évolution statistique de la conciliation en Colombie (C-).

A- Avant la Constitution de 1991

Ce qui existait en matière de conciliation en Colombie : la *Loi 13/1825* qui est connue comme le précurseur de la conciliation⁹⁷, suivie par la *Loi du 14 mai 1834* qui est considérée elle aussi comme un précédent de la médiation⁹⁸. La *Loi 13/1825* permettait de régler les conflits devant les juges de paix avant d'aller vers la justice ordinaire. Les conflits du travail et rapports collectifs du travail ont aussi été les inspirateurs de la législation en matière de conciliation. La *Loi 21/1920* a introduit des critères pour le règlement direct, la conciliation et l'arbitrage en matière de travail⁹⁹. En 1925, avec la *Loi 13*, le législateur impose pour la première fois la conciliation comme condition préalable obligatoire à la justice ordinaire¹⁰⁰. Dans les affaires civiles existaient aussi des traces de conciliation. Le *Décret 2282/1989*¹⁰¹ (*Code de procédure civile de la Colombie*) a incorporé la conciliation en prévoyant une audience préliminaire dans les procès ordinaires et les procès abrégés (*abreviados*)¹⁰² dans son article 101¹⁰³. Pour terminer, le *Décret 2279/1989* introduit la conciliation comme un mécanisme en dehors du processus

⁹⁷ López Blanco, *supra* note 7 à la p 7 « [n]ingún proceso contencioso civil se tramitará sin que previamente se haya intentado el medio de conciliación ante uno de los alcaldes municipales o parroquiales».

⁹⁸ Legis, « Se fortalece la conciliación », (2001) *Ámbito Jurídico* 11.

⁹⁹ Iván David Ortiz Palacio, *Conflicto y resolución dans le monde du travail* [Conflicto y Resolución en el Mundo Laboral, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, à la p 159, en ligne : < http://books.google.ca/books?id=Up1hjGKjxRAC&pg=PA111&lpq=PA111&dq=la+ley+colombiana+del+14+de+mayo+de+1834+sobre+conciliacion&source=bl&ots=WOx5thwlyE&sig=jloeio2gi6C0GcM9sb1x0gxisUo&hl=fr&ei=HhhgTNbNIsKB8gaIrfC4DQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CBkQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false > (consulté le 9 août 2010).

¹⁰⁰ *Loi 13/1925* « Évolution du code de procédure civile », en ligne : < <http://es.scribd.com/doc/36226479/Evolucion-del-Derecho-Procesal> > (consulté le 10 août 2010).

¹⁰¹ *Décret 2282/1989, modifications au code de procédure civile*, art. 101 « Cuando se trate de procesos ordinarios y abreviados, salvo norma en contrario, luego de contestada la demanda principal y la de reconvencción si la hubiere, el juez citará a demandantes y demandados para que personalmente concurren, con o sin apoderado, a audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio. », en ligne : < <http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/decretos/1989/D2282de1989.htm> > (consulté le 10 août 2010).

¹⁰² En Colombie certains dossiers sont traités dans des délais plus courts, par exemple lorsqu'on veut faire exécuter un jugement.

¹⁰³ Ministerio del Interior y de la Justicia, *Politique en matière de conciliation extrajudiciaire en droit* [Política en materia de conciliación extrajudicial en derecho], Bicentenario de la Independencia de Colombia 1810-2010, à la p 3.

judiciaire (conciliation extrajudiciaire articles 49 et 50)¹⁰⁴. Ce décret a été abrogé par la *Loi 446/1998*¹⁰⁵.

À partir de cette mise en contexte historique, on peut inférer que le propos de l'État colombien de rapprocher la justice à la société et de générer des espaces pacifiques de résolution des conflits a existé pendant des années. La réalité nous a démontré que tout ce premier développement législatif en matière de conciliation et mécanismes alternatifs à la justice ordinaire a été fait pour trouver une justice décongestionnée et plus efficiente. Mais, ces finalités auxquelles on voulait arriver par le moyen de la conciliation ont été modifiées après la Constitution de 1991. Avec ce document constitutionnel, l'État colombien a eu comme première intention de promouvoir les mécanismes alternatifs de résolutions des conflits comme la conciliation, en considérant que cela est une manière de faciliter la vie en commun et de solutionner les différends entre les citoyens en préservant le tissu social. Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991 la conciliation occupe un rang constitutionnel ce qui justifie que la prochaine section y soit consacrée.

B- Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991

La Constitution de 1991 officialise la possibilité d'instaurer la justice communautaire (conciliation en équité) et la justice privée (conciliation en droit) comme des alternatives à la justice ordinaire. Cet objectif a été développé dans un programme politique pendant les années 1990-1994. Nous allons citer l'article de la Constitution de 1991 qui établit la possibilité qu'un citoyen colombien puisse rendre justice en droit ou en équité sous le nom de conciliateur. Le texte ci-dessous a été pris d'une version anglaise de la Constitution de 1991 de la Colombie. Ce texte est un exemple de l'utilisation des mots « conciliation » et « médiation » comme synonymes. Cependant, il faut faire attention car,

¹⁰⁴ *Décret 2279/1989*, Art 49 et 50, en ligne : < www.ccc.org.co/.../docs/DECRETO-2279-DE-1989.doc > (consulté le 10 août 2010).

¹⁰⁵ *Loi 446/1998, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=30 > (consulté le 21 janvier 2011).

comme nous l'avons déjà mentionné, dans le cas colombien on fait référence au conciliateur et non au médiateur même si la version anglaise de l'article 116 utilise le terme « médiateur ».

Article 116. The Constitutional Court, the Supreme Court of Justice, the Council of State, the Superior Council of the Judicature, the Office of the General Prosecutor (Fiscalía General de la Nación), the courts, and judges all administer justice. The military criminal justice system also administers justice.

The Congress will exercise specific judicial functions.

Exceptionally, the law may assign jurisdiction of specific subject areas to specified administrative authorities. However, they will not be allowed to hold hearings of civil law proceedings nor penal proceedings.

Individuals may be invested on a temporary basis with the function of administering justice as mediators or as qualified arbitrators by the parties involved to hand down verdicts whether at law or in equity, within the limits determined by law. » [nos italiques]¹⁰⁶.

Après la consécration de la conciliation dans la Constitution de 1991, la production normative était constante. Avec l'entrée en vigueur de cette Constitution, la conciliation a commencé une nouvelle ère. Dans les pages qui suivent nous allons mentionner les normes qui ont été le résultat de l'évolution législative en matière de conciliation après la Constitution de 1991.

*La Loi 23/1991*¹⁰⁷ : cette loi prévoit la conciliation en matière de travail, de famille et du contentieux administratif. Elle établit aussi les centres de conciliation et la conciliation en équité. Cette loi est connue comme la loi de la décongestion de la justice.

¹⁰⁶ *Constitution de la Colombie*, art 116 (en espagnol), « Modificado por el artículo 1 del A.L. 3 de 2002. 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. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. », en ligne : < <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> > (consulté le 9 août 2010).

¹⁰⁷ *Loi créant des mécanismes pour décongestionner les tribunaux judiciaires, et par laquelle sont dictées d'autres dispositions 23/1991*, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=28 > (consulté le 02 février 2011).

La Loi 446/1998: cette loi regroupe le contenu de certains décrets préexistants, mais ce qui est fondamental dans cette loi est sans doute la définition de la conciliation.

Article 64. La conciliation est un mécanisme de résolution des conflits à travers lequel deux personnes ou plus gèrent par elles-mêmes la solution de leurs différends, avec l'aide d'une tierce partie neutre et qualifiée, nommée conciliateur [notre traduction]¹⁰⁸.

Le Décret 1818/1998 : appelé « statut des mécanismes alternatifs de solution des conflits », ce décret enrichit le panorama des MASC (sigle en espagnol) en compilant toute la normativité qui existait jusqu'en 1998 en matière de conciliation, d'arbitrage, d'amiable composition et de conciliation en équité. Ce décret est le seul texte législatif qui consacre huit articles à la conciliation en équité¹⁰⁹.

Le Décret 1214/2000 : en accomplissement de l'article 75 de la *Loi 446/1998*, ce décret établit les fonctions des comités de conciliation et définit ces comités comme « une instance administrative qui agit comme siège d'étude, d'analyse et de formulation de politiques sur la prévention du dommage juridique et sur la défense des intérêts de l'entité » [notre traduction]¹¹⁰. Également, il décidera dans chaque cas spécifique sur le bien-fondé de la conciliation ou de n'importe quel mode alternatif de solution des conflits, avec sujétion stricte aux normes juridiques substantives, de procédure et de contrôle en vigueur »¹¹¹.

¹⁰⁸ *Loi 446/1998*, Art 64, en ligne : < <http://www.conciliacion.gov.co/archivos/legislacion/Ley%20446%20de%201998%20concordada.pdf> > (consulté le 9 août 2010).

¹⁰⁹ *Décret 1818/1998*, Art 86 et suivants, en ligne: < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=11 > (consulté le 9 août 2010).

¹¹⁰ *Décret 1214/2000*, en ligne: < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=10 > (consulté le 9 août 2010).

¹¹¹ *Ibid.*, Art 2 « una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. Igualmente, decidirá en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes.

Parágrafo. La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto ».

La Résolution 800/2000 : a été dérogée par la résolution 18/2003 qui établit les réquisits pour la création de centres de conciliation et/ou arbitrage.

La Loi 640/2001 : étant considérée comme la loi la plus complète et la plus importante parmi la législation existante en matière de conciliation, elle exprime une philosophie différente en considérant la conciliation dans une plus ample dimension¹¹². En effet, cette loi envisage la conciliation comme un mécanisme transitoire d'administration de la justice et comme une forme de participation de la société civile dans les affaires qui l'affectent. Cette loi exprime aussi le souhait du législateur de créer une vraie culture de conciliation dans toute la population colombienne. *La Loi 640/2001* règle les sujets tels que : le constat d'accord, les types de conciliation, la gratuité du mécanisme, les conciliateurs, les centres de conciliation. Toutefois, l'exigence d'aller en conciliation obligatoirement et préalablement à la procédure devant les cours de justice demeure l'aspect le plus significatif. Nous développerons les cas obligatoires de conciliation préalable en Colombie (C-) dans le Chapitre 3.

Le Décret 3756/2007 : ce décret définit les conditions qui doivent être respectées par les établissements qui veulent donner la formation aux conciliateurs ainsi que les paramètres de la formation¹¹³.

Le Décret 4089/2007 : ce décret se rapporte aux tarifs des centres de conciliation et d'arbitrage¹¹⁴.

La Loi 1285/2009 : cette loi concerne l'exigence de la conciliation comme réquisit préalable à la procédure dans les affaires reliées à l'action en nullité et rétablissement du droit, la réparation directe et les controverses contractuelles¹¹⁵.

¹¹² *Loi 640/2001, supra note 4.*

¹¹³ *Décret 3756/2007*, « Por el cual se establecen los requisitos para obtener el aval que autoriza para formar conciliadores y se fijan las directrices para la capacitación en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos », en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=138 > (consulté le 02 février 2011).

¹¹⁴ *Décret 4089/2007*, « Por el cual se adopta el marco que fija las tarifas para los centros de conciliación y/o arbitraje, conciliadores y árbitros, y se dictan otras disposiciones para regular el adecuado funcionamiento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje », en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_buscar.aspx?tp=1 > (consulté le 02 février 2011).

La Loi 1380/2010 : Il s'agit de la législation la plus récente. Cette loi est réglementée par le *Décret 4007/2010*. Celle-ci donne au conciliateur la compétence en matière de négociation de dettes des personnes physiques non commerçantes¹¹⁶. *La Loi 1380/2010* suscite la controverse puisqu'aux yeux des acteurs de la conciliation, elle change son esprit.

En Colombie il y a un nouveau débat présentement autour de la justice et des mécanismes alternatifs de résolution des conflits comme la conciliation. Il s'agit du projet de réforme à la justice que nous avons mentionné dans la première partie de ce mémoire¹¹⁷. Par cette tentative de réforme, le gouvernement laisse voir sa préoccupation au sujet de la justice colombienne. L'administration de la justice en Colombie souffre de problèmes majeurs et il n'y a pas de progrès malgré la richesse normative. Les statistiques en matière de conciliation peuvent être analysées de deux façons : 1. De façon négative, on peut dire que sa pratique n'a pas contribué à faciliter l'accès et la décongestion de la justice, des finalités très claires que le législateur a cherchées avec sa consécration. 2. De façon positive et en partant de l'idée qu'il est question d'une population imprégnée d'une culture violente, commencer à changer cette culture à travers la conciliation et des autres modes de résolution alternatifs des conflits est un bon commencement. Pour notre part, nous adoptons l'analyse positive. Maintenant nous développerons l'évolution statistique de la conciliation en Colombie (C-).

C- Évolution statistique de la conciliation en Colombie

Après la mise en marche de la législation en matière de conciliation en Colombie, les statistiques sont un indice de l'impact positif de la conciliation sur le système de justice.

¹¹⁵ *Loi* 1285/2009, en ligne : http://www.procuraduria.gov.co/descargas/conciliacion_activa/Ley%201285%20de%202009.pdf (consulté le 02 février 2011).

¹¹⁶ Ministère de la Justice et du Droit, *Les défis de la réglementation de la loi 1380/2010* [Los retos de la reglamentación de la ley 1380 de 2010] Bicentenario de la Independencia de Colombia 1810-2010, en ligne : <http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/Noticias/los%20retos%20de%20la%20reglamentación%20del%20la%20ley%201380.pdf> > (consulté le 10 août 2010).

¹¹⁷ Voir dans le Chapitre 1 la section *B-La finalité et les limites de la conciliation*, p. 27.

Le Ministère de la Justice et du Droit de la Colombie présente quelques statistiques pour l'année 2010.

Selon l'information donnée par le Ministère de la Justice et du Droit, pendant l'année 2010 on retrouve : la permission de la mise en fonction de 345 centres de conciliation, d'arbitrage et d'amiable composition au niveau national, 20321 conciliateurs et 63662 affaires enregistrées¹¹⁸. On retrouve surtout des conflits civils et commerciaux, alors que les conflits administratifs sont moins fréquents. Les chambres de commerce sont les entités qui reçoivent le plus grand nombre de demandes de conciliation et elles donnent des meilleurs résultats, c'est-à-dire que les accords sont plus nombreux¹¹⁹. Les graphiques suivants illustrent l'évolution statistique de la conciliation en Colombie.

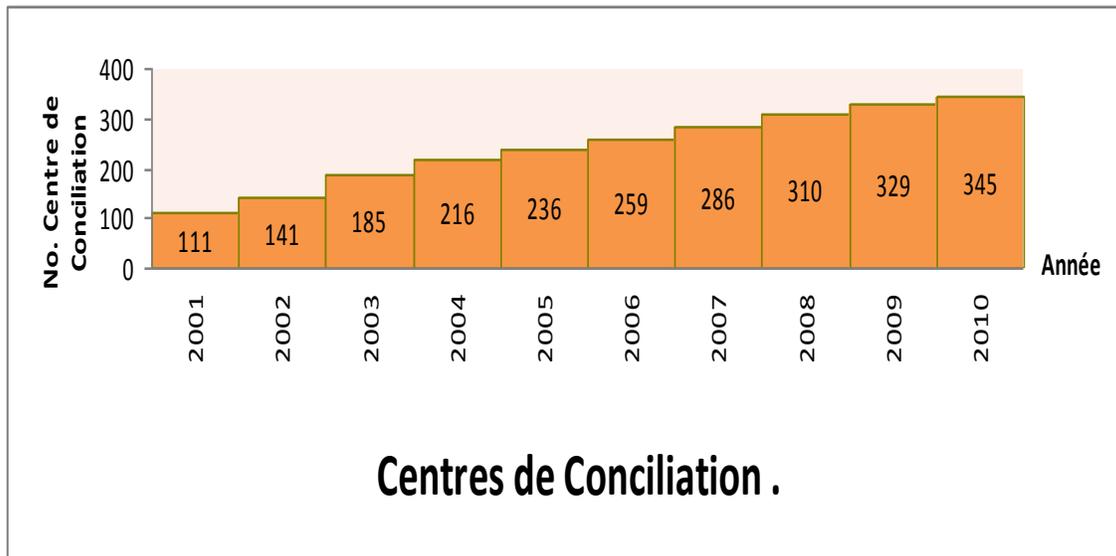


Figure 2: Centres de conciliation

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

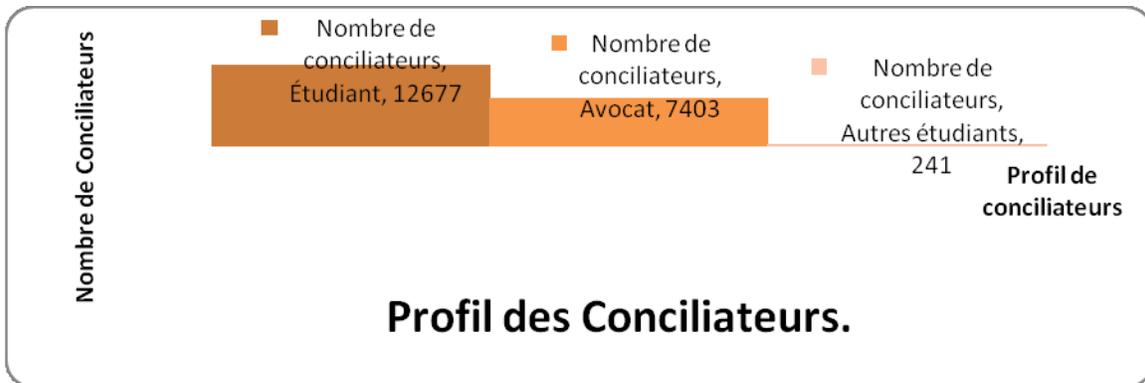


Figure 3: Profil des conciliateurs

Étudiant : correspond à la catégorie de conciliateurs qui sont étudiants en droit dans les facultés de droit des universités du pays.

Autres étudiants (judicantes): correspond à la catégorie de conciliateurs qui ont fini leurs études en droit et qui ont choisi de faire leur stage dans un centre de conciliation d’une faculté de droit pour obtenir leur titre d’avocat.

Avocat : correspond à la catégorie de conciliateurs qui ont un diplôme en droit et qui ont suivi la formation en mécanismes alternatifs de solution des conflits et ont passé l’examen et sont inscrits dans un centre de conciliation.

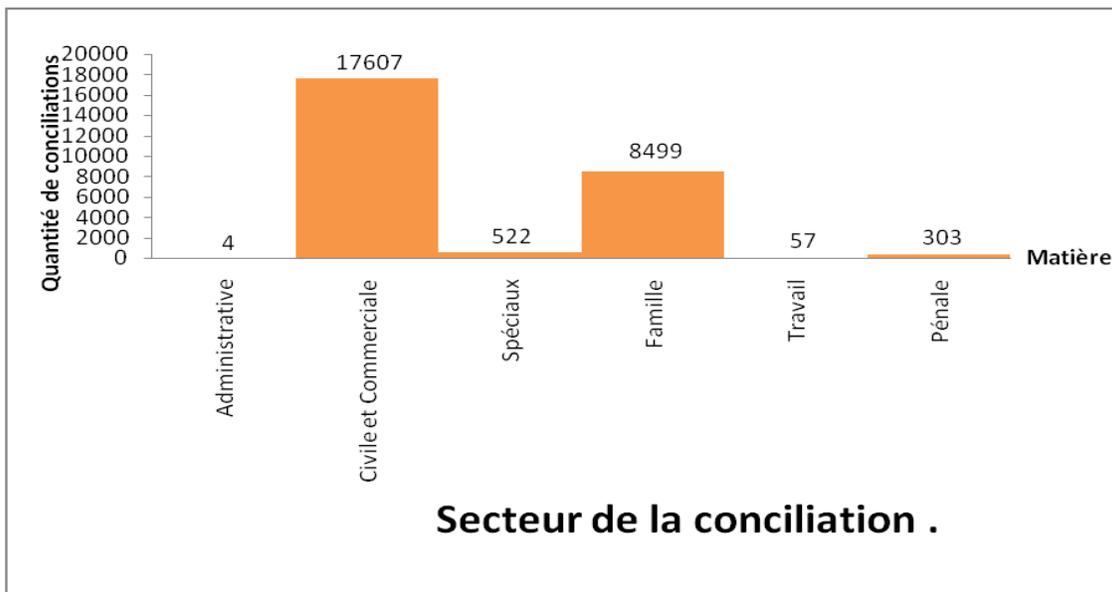


Figure 4: Secteur de la conciliation

Ces chiffres indiquent le développement croissant de la conciliation comme mode pacifique de résolution des conflits et surtout la manière progressive par laquelle le citoyen a récupéré son rôle dans la recherche de solutions aux conflits, ce qui, selon l'esprit de la conciliation et de la médiation, est une place qui lui revient même s'il l'avait perdue pendant l'évolution de l'État. Ces chiffres montrent aussi une valeur quantitative où le nombre d'affaires traitées par la conciliation non judiciaire reste très faible lorsque l'on se réfère au nombre de litiges inscrits devant la justice classique. En effet, en 2010, les estrades judiciaires étaient encore saturées d'affaires en attente d'être résolues alors que les accords signés en conciliation ne représentaient qu'un minime pourcentage dans la résolution des conflits. Selon le Président de la Cour constitutionnelle, Humberto Sierra Porto, il y a en moyenne 1 800,000 procès par année¹²⁰. Par exemple, une affaire administrative peut prendre de six à huit ans pour avoir une solution, cela met en évidence les énormes déficiences fonctionnelles de l'administration de la justice en Colombie¹²¹.

Le processus des mécanismes alternatifs de résolution des conflits comme la conciliation a été pensé flexible, économique et informel. En Colombie, le processus de la conciliation a été encadré dans une série de normes qui à première vue semblent nier ces pensées. Nous développerons cet encadrement normatif dans les chapitres qui suivent.

120 Yamit Amat, « Ici si il y a justice; ce qui manque est administration publique: Humberto Sierra Porto » [Aquí sí hay justicia; lo que falta es administración pública: Humberto Sierra Porto] (2009), en ligne : < http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-19/aqui-si-hay-justicia-lo-que-falta-es-administracion-publica-humberto-sierra-porto_4611132-1 > (consulté le 23 juin 2009).

121 Mauricio García Villegas, « Réformisme introverti. Les transformations de la justice en Colombie pendant les trente dernières années » [Reformismo introvertido. Las transformaciones de la justicia en Colombia durante los últimos treinta años], Dans le carrefour. La Colombie dans le siècle XXI, Francisco Leal Buitrago dir, 2006, 451, à la p 455, en ligne : < http://books.google.ca/books?id=bImlkmaT-N8C&pg=PT31&lpg=PT31&dq=la+justicia+en+colombia&source=bl&ots=fIwTavGEAf&sig=QxrSWbhUg1MZT8GxnsZODfqHSfk&hl=fr&ei=EhhBSrDKLc-TIAfn85T8CA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8 > (consulté le 23 juin 2009).

Chapitre 2: La conciliation judiciaire

La conciliation judiciaire se déroule devant le juge. Cependant, dans certains domaines, le législateur colombien oblige les parties à effectuer préalablement une conciliation. Nous développerons ces particularités dans le troisième chapitre. Il est important de noter que dans ce deuxième chapitre nous ferons référence au droit québécois en espérant que cela puisse aider le lecteur à saisir comment le processus de conciliation fonctionne en Colombie. Toutefois, nous tenons à rappeler que le but de ce mémoire n'est pas de faire une étude comparative.

La conciliation judiciaire fait référence à la faculté du juge d'offrir une conciliation aux parties durant toutes les étapes de la procédure. En Colombie, la conciliation judiciaire existe depuis quelques années dans le cadre du droit civil spécifiquement. Elle date de 1970 (*Décrets 1400 et 2019*). L'ancien article 445 du *Code de procédure civile* disposait

que : le juge devait citer les parties pour concilier¹²². Par la suite, la *Loi Ira/1976* a consacré l'audience de conciliation devant la juridiction civile en cas de séparation de corps. D'une façon plus générale, le *Décret 2282 /1989 (Réforme du Code de procédure civile)* prévoit à l'article 101 une audience de conciliation pour les procès ordinaires et les procès abrégés (abreviados), où les parties sont citées par le juge¹²³. On reprend encore l'opinion qu'à cette époque, l'esprit de la conciliation n'était pas le même que celui que l'on connaît aujourd'hui depuis l'adoption de la Constitution de 1991. Les juges, les avocats et les parties ne donnaient pas à la conciliation l'importance qu'elle méritait. Ils la voyaient simplement comme une autre exigence à combler pour faire avancer le procès devant le juge et le gouvernement la voyait comme la solution à la congestion judiciaire. Elle ne répondait pas à la justice de proximité qui est l'une des finalités à accomplir dans le cadre des mécanismes alternatifs de règlement des conflits¹²⁴.

Actuellement, la conciliation judiciaire en Colombie est mieux réglementée. Elle est traitée dans le cadre de la *Loi 640/2001* dans laquelle tout un chapitre lui est consacré¹²⁵. Nous allons maintenant examiner ces normes.

L'opportunité de la conciliation: selon l'article 43 de la *Loi 640/2001*, il est possible de demander la conciliation à n'importe quelle étape du procès judiciaire. Le juge chargé du dossier peut aussi la proposer d'office¹²⁶. Il peut proposer des idées qui peuvent permettre de résoudre le conflit sans qu'un tel comportement ne constitue un préjugement. La violation du principe de la confidentialité peut entraîner une sanction disciplinaire¹²⁷.

122 *Code de procédure civile*, 1970, Art 101 et 439, en ligne : <<http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/civil/tblcndo.htm>> (consulté le 26 septembre 2009).

123 Ministère de l'intérieur et de la justice, « Guía para el Funcionamiento de Centros de conciliación y/o arbitraje. En: Conciliación/Productos de conciliación y arbitraje/Caja de Herramientas », en ligne : <http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=116> (consulté le 19 février 2010).

124 Éric Camous, « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité? », (2003), *Gaz. Pal.*, no 303, p 5, 15-16.

125 *Loi 640/2001*, *supra* note 4, chapitre XI, Art 43 et ss.

126 *Ibid.*, Art 43, « Oportunidad para la audiencia de conciliación judicial. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia. ».

127 *Ibid.*

Suspension de la conciliation judiciaire : il est possible de suspendre la conciliation judiciaire si les parties le demandent, pour ce faire, le juge doit d'abord confirmer auprès des parties et de leurs procureurs leur ouverture d'esprit et leur volonté de faire les efforts nécessaires pour tenter de régler leurs différends par la voie de la conciliation avant la demande de suspension¹²⁸. Dans une telle éventualité, le juge conciliateur fixe une nouvelle date qui ne pourra pas dépasser cinq jours¹²⁹. Par contre, si la conciliation ne peut pas se faire sur la base des conditions prévues à l'article 103 de la *Loi 446/1998*, le juge conciliateur fixera une autre date pour la conciliation qui ne dépassera pas les dix jours ouvrables¹³⁰. Finalement, si l'audience de conciliation ne peut pas avoir lieu en raison de l'absence injustifiée des parties, le juge conciliateur ne pourra pas fixer une autre date, sauf si, encore une fois, les parties le demandent au tiers¹³¹. Dans cette dernière situation, les parties peuvent faire l'objet de sanctions conformément à l'article 103 de la *Loi 446/1998*¹³².

La fin de la conciliation judiciaire: quand les parties en arrivent à un accord, le juge conciliateur donne son approbation. Toutefois, l'accord doit être conforme aux lois. La

¹²⁸ *Ibid.*, Art 44 paragraphe 1.

¹²⁹ *Ibid.*, Art 44 paragraphe 2.

¹³⁰ *Ibid.*, Art 45, « Son causales de justificación de la inasistencia: 1. Las previstas en los artículos 101 y 168 del Código de Procedimiento Civil. 2. La fuerza mayor y el caso fortuito, que deberán acreditarse al menos sumariamente dentro de los cinco (5) días siguientes. El auto que resuelve sobre la solicitud de justificación o que imponga una sanción, es apelable en el efecto diferido ».

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Loi 446/1998*, Art 103, « La inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación judicial prevista en esta ley o a la contemplada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, tendrá además de las consecuencias indicadas en el citado artículo, las siguientes consecuencias en el proceso:

[...]

4. Si se trata del demandado, se tendrán por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, y además el juez declarará desiertas las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, si las hubiere propuesto.

5. Si se trata de alguno de los litisconsortes necesarios, se le impondrá multa, hasta 10 salarios mínimos legales mensuales, en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

En el auto que señale fecha para la audiencia, se prevendrá a las partes sobre las consecuencias que acarrea su inasistencia. », en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=30 > (consulté le 13 août 2010).

décision se matérialisera en souscrivant au constat d'accord (acte de conciliation)¹³³. Après le processus de la conciliation judiciaire, le conciliateur, qui est en effet le juge lui-même, reprendra son rôle de juge (« changement de chapeau ») et il déclarera dans un document que le procès a pris fin par la conciliation. Dans le cas contraire, il déclarera qu'il continuera à trancher sur la partie du conflit non réglée¹³⁴.

Au Québec, le processus d'une conciliation judiciaire est tracé par l'introduction d'une demande de participer à une conférence de règlement à l'amiable. Cette demande doit être faite par écrit par les procureurs des parties ou par les parties si elles se représentent elles-mêmes¹³⁵. Elle peut être présentée à toute étape du dossier judiciaire. Toutefois, aucune conférence de règlement à l'amiable n'est tenue après le début de l'enquête et audition au mérite¹³⁶. Au Québec, contrairement à la situation en Colombie, le juge qui va présider la conférence de règlement à l'amiable est différent du juge en chef à Québec et du juge en chef à Montréal¹³⁷. Le juge responsable de la conférence après sa

¹³³ *Loi 640/2001, supra* note 25, Art 43 alinéa 2 « Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación ».

¹³⁴ *Ibid.*, Art 43 alinéa 2 « Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado ».

¹³⁵ *Code de procédure civile du Québec* Art 151.15 « Les parties, à l'exception de celles qui sont mises en cause, sont tenues, avant la date indiquée dans l'avis au défendeur pour la présentation de la demande introductive au tribunal, de négocier une entente sur le déroulement de l'instance précisant leurs conventions et établissant le calendrier des échéances à respecter à l'intérieur du délai de rigueur de 180 jours ou d'un an en matière familiale.

La personne mise en cause dans la requête introductive d'instance doit, si elle choisit de participer à la négociation de l'entente établissant le calendrier des échéances, en aviser les parties dans les cinq jours de la signification de la requête. À défaut de le faire, elle est présumée ne pas vouloir y participer.

L'entente doit porter, notamment, sur les moyens préliminaires et les mesures de sauvegarde, sur les modalités et le délai de communication des pièces, des déclarations écrites pour valoir témoignage, des affidavits détaillés, sur les conditions des interrogatoires préalables avant production de la défense, entre autres sur leur nombre et leur durée, sur les expertises, sur les incidents connus ou prévisibles, sur la forme orale ou écrite de la défense et, dans ce dernier cas, sur son délai de production, ainsi que sur le délai pour produire une réponse, le cas échéant. L'entente doit être déposée au greffe sans délai, au plus tard à la date fixée pour la présentation de la demande. » 2002, c. 7, a. 19; 2004, c. 14, a. 2, en ligne : < http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.HTM > et < <http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol35/no8/juges.html> > (consulté le 9 novembre 2010).

¹³⁶ Suzanne Courteau, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », (2005), *R.P.R.D.*, Volume 3, Numéro 1, p 53, 55, 57 [Courteau].

¹³⁷ *Ibid.*

désignation, communique avec les procureurs des parties ou avec les parties par lettre ou par conférence téléphonique¹³⁸. Ce premier contact vise les objectifs suivants :

- Sceller auprès des parties et de leurs procureurs leur ouverture d'esprit et leur volonté de faire les efforts nécessaires pour tenter de trouver une solution à leurs problèmes;
- Renforcer le principe que le juge qui va présider la conférence de règlement à l'amiable ne rendra pas jugement et ne donnera aucune opinion quant au sort possible d'un éventuel procès;
- Vérifier la présence des personnes ayant l'autorité de conclure une conciliation ou une médiation extrajudiciaire et de celles qui ont expérimenté les événements;
- Faire la connaissance des personnes qui représentent les parties, qui seront présentes lors de la conférence de règlement à l'amiable;
- Informer que les parties elles-mêmes présenteront un court exposé de leur version des événements;
- Se mettre d'accord sur le rôle des avocats;
- Renforcer l'importance du principe de confidentialité des discussions¹³⁹.

Dans l'ouverture de la conférence, le juge conciliateur exprimera les points abordés par téléphone ou par lettre. Il exposera les étapes à suivre pendant la conférence. Il annonce aussi que toutes les solutions peuvent être possibles en autant qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public.

Après cette introduction, le juge conciliateur laisse place aux intervenants pour ouvrir l'étape de la communication, moment crucial pour identifier les problèmes et les intérêts communs aux parties. On poursuit avec la négociation et on arrive finalement à une entente accompagnée du discours de clôture prononcé par le juge conciliateur les remerciant et les encourageant à maintenir une bonne communication. Dans cette

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, à la p 58.

dernière étape, on trouve plusieurs distinctions avec la législation colombienne. Elles sont les suivantes :

1. Les points de l'entente sont rédigés par les parties elles-mêmes ou par leurs procureurs, et non par le juge conciliateur.
2. L'homologation de l'entente peut avoir lieu sur place par un collègue de la Cour du juge conciliateur ou par lui-même, selon l'article 151.22 C.p.c. Toutefois, plusieurs préfèrent que l'entente soit homologuée par un autre juge pour bien préserver la séparation des fonctions de juge-conciliateur et du juge-tribunal¹⁴⁰.
3. Dans le cas où l'entente n'est pas homologuée, il est nécessaire de prévoir le dépôt d'un désistement d'action, d'une déclaration de règlement hors cour ou une autre procédure mettant un terme au dossier judiciaire.

Il est indiscutable qu'il existe une grande nécessité d'investir dans la structure judiciaire colombienne pour garantir la neutralité du conciliateur et l'indépendance de la conciliation judiciaire dans tout le processus judiciaire. À cet effet, il faut disposer d'un plus grand nombre de juges pour permettre que celui qui préside la conciliation soit différent du juge chargé du dossier. Il faut avoir des espaces adaptés pour un meilleur déroulement de la conciliation. Il faut aussi implémenter la communication téléphonique avec les parties et leurs procureurs pour avoir plus de sensibilisation et de succès devant la conciliation judiciaire.

On résumera les différences entre la législation colombienne et québécoise en matière de conciliation judiciaire dans le tableau comparatif suivant :

Conciliation judiciaire en Colombie	Conférence de règlement à l'amiable-conciliation judiciaire au Québec
--	--

¹⁴⁰ Code de procédure civile, Art 151.22, « Si un règlement intervient, le juge, sur demande, homologue la transaction [...] », en ligne : <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.HTM>, (consulté le 11 novembre 2010).

<p><u>Le juge conciliateur</u></p> <p>Le juge conciliateur est le même juge qui préside le procès.</p>	<p>Le juge qui préside la conférence à l'amicable, n'est pas le même qui préside le procès.</p>
<p><u>La convocation des parties à l'audience de conciliation</u></p> <p>Elle se fait par écrit.</p>	<p>Elle peut être par téléphone ou par écrit. La convocation par téléphone est une pratique courante puisqu'elle représente plus d'avantages pour la promotion de la conciliation.</p>
<p><u>Les installations</u></p> <p>Il manque encore beaucoup d'infrastructures pour améliorer les conditions dans lesquelles doit se dérouler une conciliation.</p>	<p>Les autorités juridictionnelles disposent de salles très confortables et adaptées aux fins d'une conférence de règlement à l'amicable. Il y a aussi des salles auxiliaires pour faire les caucus. Chaque salle compte avec les outils nécessaires pour appuyer le travail du conciliateur. Les endroits sont très appropriés assurant ainsi la confidentialité.</p>
<p><u>La rédaction de l'entente</u></p> <p>Le juge est le responsable de la rédaction de l'entente.</p>	<p>Les parties ou leurs procureurs sont ceux qui rédigent l'entente.</p>
<p><u>La fin de l'audience de conciliation</u></p> <p>Elle prend fin avec la signature de l'entente par les parties, leurs procureurs s'il y a lieu et par le juge</p>	<p>Elle prend fin avec la signature des parties et de leurs procureurs s'il y a lieu.</p>

<u><i>L'homologation de l'entente</i></u> Elle n'est pas nécessaire.	L'homologation est nécessaire.
---	--------------------------------

Tableau 2: Les différences entre la législation colombienne et québécoise en matière de conciliation.

Les développements que nous avons mentionnés ci-dessus nous amènent à faire quelques commentaires sur la conciliation judiciaire. Tout d'abord, on évolue dans le cadre d'une justice traditionnelle où la décision judiciaire est coercitive et ses limites se font cruellement ressentir. Parfois, cette justice est mal armée et la décision rendue a souvent pour effet de paralyser la situation ou de l'envenimer. Une décision de justice mal reçue et mal vécue sera probablement mal respectée. Deuxièmement, en ce qui concerne le respect, la conciliation judiciaire peut, par la mise en place d'un partenariat entre les parties, les avocats et le conciliateur, changer visiblement le panorama et faire en sorte que le conflit entre les parties trouve une solution définitive et plus conforme aux intérêts des parties. Troisièmement, la consécration et l'exercice de la conciliation dans un procès judiciaire sont la genèse d'une justice nouvelle connue sous le nom de justice douce. Certains considèrent la conciliation et la médiation judiciaire comme une façon anormale de terminer un procès impliquant une fonction juridictionnelle. Cependant, nous la voyons sous un autre angle. À la différence de la justice étatique, la conciliation rapproche les parties pour leur permettre de dialoguer et de construire la solution à leur conflit. Dans ce type de conciliation, les rôles des parties vont changer substantiellement, car les justiciables vont devenir les acteurs. La décision prend aussi toute une autre tournure car n'émane pas du mais elle résulte de l'accord des parties, un accord qui satisfait les parties et qui ne sera jamais remis en question puisque le résultat n'a pas pour vocation de représenter la justice commune à tous, mais bien l'intérêt des parties seulement. Cette idée de tenter la conciliation dans le procès judiciaire date depuis longtemps et est certes louable, mais elle n'est pas parfaite. Il est donc nécessaire de la contrôler tout le temps pour préserver l'esprit de ces mécanismes.

Chapitre 3: Les conciliations en dehors des tribunaux

Dans cette perspective de conciliation, on parle de la possibilité qu'ont les parties de recourir à un processus de conciliation en dehors de toute procédure judiciaire. Nous aborderons ce sujet en traitant de la conciliation extrajudiciaire proprement dite (A-), la conciliation en équité (B-) et les cas obligatoires de conciliation préalable (C-). Nous ferons aussi un rapprochement avec la loi du Québec afin de permettre au lecteur de mieux comprendre le cadre particulier de la conciliation extrajudiciaire en Colombie.

A- La conciliation extrajudiciaire en Colombie

Il existe deux modes de conciliation extrajudiciaire en Colombie, la conciliation institutionnelle et la conciliation *ad hoc*. Toutefois, au regard de la pratique colombienne, la conciliation institutionnelle est la plus utilisée. En effet, les conciliateurs ont l'obligation d'être inscrits dans un centre de conciliation ce qui justifie que nos développements suivants y soient consacrés.

La conciliation extrajudiciaire peut être le résultat d'un plan préétabli, mais elle peut aussi se dérouler *ad hoc*. Dans certains cas, elle est organisée par une clause de conciliation. Lorsque la clause est rédigée, les parties ou leurs représentants nomment un conciliateur. La base du déroulement du processus de la conciliation fait généralement l'objet d'une convention écrite sur la conciliation comprenant, d'une part, le caractère confidentiel du processus et, d'autre part, l'accord sur la prise en charge commune des coûts du conciliateur (en règle générale sous forme d'honoraires)¹⁴¹.

Dans le cadre de la conciliation extrajudiciaire en droit colombien, la *Loi 640/2001* établit une série de normes importantes à analyser. Dans un premier temps, la loi fait état des conflits qui peuvent être l'objet d'une conciliation, ce sont toutes les affaires susceptibles de transaction, désistement ou conciliation¹⁴². La *Loi 640/2001* énumère les différents conciliateurs auxquels on peut recourir dans le cadre d'une conciliation extrajudiciaire, ce sont les conciliateurs des centres de conciliation (qu'on retrouve dans les services d'aide juridique des facultés de droit des universités, dans les chambres de commerce et dans d'autres organisations sans but lucratif), les conciliateurs qui sont des fonctionnaires publics et qui ont les facultés pour concilier (par exemple, les défenseurs de famille, commissaires de famille, le ministère public de la municipalité, inspecteur du travail) et les notaires¹⁴³.

Au Québec, plusieurs voies extrajudiciaires s'offrent aux citoyens afin de résoudre leurs différends, parmi celles-ci, on trouve la conciliation et la médiation. Il y a deux façons principales d'aller en médiation : par la voie d'une clause, décision des parties de soumettre un conflit à la médiation lors de l'apparition de celui-ci ou par l'exécution

¹⁴¹ Tulia del Carmen Barrozo Osorio, *Conciliación extrajuicio en materia de familia*, en ligne: < <http://www.monografias.com/trabajos37/conciliacion-extrajudicial/conciliacion-extrajudicial2.shtml> > (consulté le 17 novembre 2010).

¹⁴² *Loi 640/2001*, *supra* note 4 Art 19 « Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios ».

¹⁴³ *Ibid.*, Art 19 « Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios ».

compromissoire prévoyant le recours à la médiation¹⁴⁴. Il est de plus en plus courant que les québécois insèrent dans leurs contrats des clauses prévoyant le recours aux mécanismes alternatifs de résolutions des conflits (l'arbitrage, la médiation ou la conciliation)¹⁴⁵. Les organismes publics, économiques et professionnels tels que: le Barreau du Québec, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (L'IMAQ), la Chambre des notaires et la Chambre de commerce du Montréal, ont été très impliqués dans la promotion de ces mécanismes¹⁴⁶. Maintenant nous allons voir plus en détail les centres de conciliation en Colombie.

1. Les centres de conciliation

Le service de conciliation en Colombie peut être gratuit ou payé, selon l'opérateur de la conciliation. Les articles 4 et 9 de la *Loi 640/2001* prévoient que le service de conciliation est gratuit s'il est suivi devant les opérateurs suivants: les centres de conciliation qui appartiennent aux entités publiques, les centres de conciliation qui appartiennent aux facultés de droit des universités du pays ainsi que les fonctionnaires publics qui ont les facultés pour concilier. Les mêmes articles signalent aussi que le service de conciliation doit être payé dans les centres de conciliation des chambres de commerce, dans les centres de conciliation privés et devant les notaires¹⁴⁷.

Les centres de conciliation constituent des institutions qui accomplissent une fonction publique avec l'autorisation du Ministère de la Justice et du Droit de la Colombie, en vertu de la *Résolution 1342/2004*¹⁴⁸. Ces centres constituent un complément à l'administration de la justice. Ils donnent aux conciliateurs et/ou arbitres les ressources

¹⁴⁴ Voir : Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, « La médiation », en ligne : < <http://www.imaq.org/quels-modes-de-prevention-et-de-reglement-des-differends/la-mediation/page/2/> > (consulté le 16 novembre 2010).

¹⁴⁵ Guillaume Huchet, « Les clauses favorisant un rapprochement amiable » (2007) Village de la justice, en ligne : < <http://www.village-justice.com/articles/clauses-favorisant-rapprochement,2923.html> > (consulté le 16 novembre 2010).

¹⁴⁶ *Antaki, supra* note 14 p 36, 37 et 46.

¹⁴⁷ *Ibid.*, Art 4 et 9.

¹⁴⁸ *Résolution 1342/2004*, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_detalle.aspx?idl=67 > (consulté le 17 novembre 2010).

logistiques, techniques et financières nécessaires pour le développement de leurs fonctions. Un conciliateur d'un centre de conciliation est un administrateur et un prestataire de services. Les centres de conciliation ont un siège institutionnel et sont régis par un règlement ou un code déontologique. Ces centres de conciliation sont surveillés, contrôlés et sanctionnés par le Ministère de la justice et du droit¹⁴⁹.

Le Ministère de la Justice et du Droit de la Colombie définit les centres de conciliation de la manière suivante :

Les centres de conciliation et/ou d'arbitrage sont des institutions qui accomplissent une fonction publique, ils sont autorisés par le Ministère de l'Intérieur et de la Justice et ils aident à l'administration de la justice. Ils prêtent aux conciliateurs et/ou arbitres les ressources logistiques, physiques, techniques et financières nécessaires au développement de leurs fonctions. Finalement, les centres sont des administrateurs et des prêteurs de services [notre traduction]¹⁵⁰.

Les conciliations qui se déroulent dans un centre de conciliation peuvent toucher le droit de la famille, du travail, civil et pénal. Toutefois, les affaires administratives doivent être seulement démarrées devant les agents du Ministère public assignés comme conciliateurs¹⁵¹ et les affaires en matière de consommation ont lieu devant les agents de la Superintendance de l'industrie et du commerce¹⁵². Dans ces centres, les conciliations doivent débiter le plus tôt possible, c'est-à-dire dans les trois mois suivant la demande. Malgré cette exigence de la loi, il est possible que les parties, d'un commun accord, prolongent ce délai¹⁵³.

¹⁴⁹ *Loi 640/2001*, *supra* note 4, Art 18 et *Décret 3626/2007*, en ligne : http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=37 > (consulté le 17 novembre 2010).

¹⁵⁰ Voir *Définition Centres de conciliation*, « los centros de conciliación y/o arbitraje son instituciones que cumplen una función pública, autorizadas por el Ministerio del Interior y de Justicia, que coadyuvan a la administración de justicia y prestan a los conciliadores y/o árbitros los recursos logísticos, físicos, técnicos y financieros necesarios para el desarrollo de sus funciones. Es en últimas un administrador y prestador de servicios » en ligne : http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=31 >, (consulté le 4 novembre 2009).

¹⁵¹ *Loi 640/2001*, *supra* note 4, Art 23.

¹⁵² *Ibid.*, Art 33 et 34.

¹⁵³ *Ibid.*, Art 20 « 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. La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que

Un exemple intéressant de centres de conciliation en Colombie sont ceux qu'on trouve dans les services d'aide juridique des facultés de droit des Universités du pays¹⁵⁴. Ils rendent les services de conciliation extrajudiciaire de façon gratuite puisque les conciliateurs qui sont inscrits dans ces centres ne sont pas payés. On parle de conciliateurs qui sont étudiants en droit et qui sont en train de finaliser leurs cours. On parle aussi des diplômés des facultés de droit qui veulent faire le stage exigé pour obtenir le titre d'avocat (qui est d'une durée de neuf mois), en tant que conciliateurs dans un centre de conciliation. Ils doivent recevoir une formation préalable en mécanismes alternatifs de résolutions des conflits avant de présider une conciliation. La formation en mécanismes alternatifs de résolution des conflits va varier selon le type de conciliateur¹⁵⁵. Les conciliateurs de ces centres ne peuvent concilier ni dans les affaires du travail ni dans les affaires administratives. Au niveau pénal, ils peuvent concilier les affaires dans lesquelles un désistement est permis (delitos querrelables) et au niveau commercial, civil et familial jusqu'au montant minimum qui est établi par le gouvernement (actuellement ce montant correspond au salaire mensuel minimum multiplié par 15)¹⁵⁶. Le concept de « mínima cuantía » correspond aux petites créances au Québec (le montant maximal

el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

Parágrafo. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación ».

¹⁵⁴ *Loi 640/2001, supra note 25 Art 11* « Los consultorios jurídicos de las facultades de derecho organizarán su propio centro de conciliación. Dichos centros de conciliación conocerán de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo a las siguientes reglas: 1. Los estudiantes podrán actuar como conciliadores sólo en los asuntos que por cuantía sean competencia de los consultorios jurídicos, 2. En los asuntos que superen la cuantía de competencia de los consultorios jurídicos, los estudiantes serán auxiliares de los abogados que actúen como conciliadores, 3. Las conciliaciones realizadas en estos centros de conciliación deberán llevar la firma del director del mismo o del asesor del área sobre la cual se trate el tema a conciliar, 4. Cuando la conciliación se realice directamente el director o el asesor del área correspondiente no operará la limitante por cuantía de que trate el numeral 1 de este artículo, Con todo, estos centros no podrán conocer de asuntos contencioso administrativos ».

¹⁵⁵ *Ibid.*, « Les étudiants de droit qui ont suivi un cours en négociation des conflits, obtiennent l'approbation du Ministère de l'Intérieur et de la Justice de la Colombie pour être conciliateurs dans le centre de conciliation de la même faculté de droit de leur université. Alors, les stagiaires devront avoir suivi la formation en mécanismes de résolution des conflits exigée par le Ministère de l'Intérieur et de la Justice, paragraphes 1 et 2, article 11 loi sur la conciliation 640/2001 » [notre traduction].

¹⁵⁶ *Ibid.*, Art. 11.

pouvant être demandé est de 7000 \$)¹⁵⁷. Malgré l'expérience acquise dans ces centres de conciliation, pour devenir conciliateurs après leurs études en droit, ces étudiants doivent, après avoir obtenu leur diplôme d'avocat, suivre la formation exigée par le Ministère de la Justice et du Droit, passer l'examen et faire leur inscription comme conciliateurs dans un centre de conciliation du pays, c'est-à-dire qu'ils doivent compléter les conditions pour l'obtention de l'accréditation.

Le centre de conciliation, après avoir reçu une pétition de conciliation, doit procéder à la nomination du conciliateur en conformité avec son propre règlement¹⁵⁸. Le conciliateur, qui a été désigné dans un premier temps, vérifie sa compétence et la faisabilité de la conciliation. Dans le cas où le conciliateur estime que le conflit ne peut pas être résolu par la conciliation, il doit le manifester par écrit dans les dix jours suivant la demande de conciliation¹⁵⁹. Par contre, s'il considère que le cas peut être partiellement résolu par la conciliation, il doit le mentionner¹⁶⁰. Si le cas peut être résolu par le biais de la conciliation, mais qu'il s'avère que le conciliateur n'est pas compétent, il doit donner aux parties les raisons pour lesquelles il s'estime incompetent¹⁶¹. Les parties pourront ainsi demander la nomination d'un autre conciliateur¹⁶². On procède à la notification des intéressés par le moyen le plus efficient¹⁶³.

Pour la citation des parties, le Ministère de la Justice et du Droit fait une suggestion sur le contenu. Il considère que la citation doit être faite par écrit et contenir les informations

¹⁵⁷ Voir : *Information articles 973, 975 C.p.c.*, en ligne : < <http://www.avocat.qc.ca/public/iipetitescreances.htm> > (consulté le 16 novembre 2010).

¹⁵⁸ *Loi 640/2001, supra note 4 Art 13.*

¹⁵⁹ Harbey Peña Sandoval, *La procédure de la conciliation dans la Colombie* [Procedimiento conciliatorio en Colombia], en ligne: < <http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/Noticias/Procedimiento%20conciliatorio%20en%20Colombia.doc#Designacion> > [Peña Sandoval] (consulté le 10 novembre 2009).

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

suivantes¹⁶⁴ : 1) l'endroit et la date d'élaboration de la citation; 2) l'identification du conciliateur, de la partie qui fait la demande de conciliation et de la partie citée; 3) l'objet de la conciliation (faits, prétentions conciliables et la valeur); 4) les conséquences d'une absence à l'audience de conciliation; 5) l'endroit, la date et l'heure de réalisation de l'audience de conciliation et; 6) la signature du conciliateur.

Les conséquences auxquelles le Ministère de la Justice et du Droit fait référence au numéro 4, sont celles qui sont consacrées à l'article 22 et au sixième alinéa de l'article 35, *Loi 640/2001* déjà cité dans ce mémoire¹⁶⁵.

Dans l'hypothèse où les parties ou l'une des parties n'assistent pas à l'audience de conciliation et, en vertu de l'article 2 de la *Loi 640/2001* et de l'article 19 du *Décret 30/2002*, les parties doivent, dans un délai de trois jours, présenter les motifs qui justifient leur absence à l'audience. Le conciliateur écrit un document qui doit contenir les informations suivantes¹⁶⁶ : 1) l'endroit et la date de présentation de la demande de conciliation; 2) l'endroit et la date où l'audience de conciliation aurait dû avoir lieu; 3) la date d'expédition du document; 4) les parties demanderesses et les parties citées, indiquant les parties qui ont assisté à l'audience et celles qui n'y ont pas assisté, 5) l'objet de la conciliation; 6) l'indication des motifs présentés pour justifier l'absence à l'audience, s'ils existent et; 7) la signature du conciliateur.

Dans le cas où l'une des parties présente un motif valable et demande une autre date pour l'audience de conciliation, le tiers conciliateur n'évalue pas les motifs, il revient à la partie qui était présente de décider si une autre date est fixée. Si les deux parties n'assistent pas à l'audience, mais qu'elles présentent une justification, ce sera au centre

164 Ministerio del Interior y de la Justicia, Programa Nacional de Conciliación, Universidad Nacional de Colombia, *Conciliación y arbitraje. Normatividad, Jurisprudencia y conceptos*, Bogotá, 2^a Edición Avanzada, 2009. (Disponible en CD).

¹⁶⁵ Voir *Supra* note 40.

166 Ministerio del Interior y de la Justicia, Programa Nacional de Conciliación, Universidad Nacional de Colombia, *Conciliación y arbitraje. Normatividad, Jurisprudencia y conceptos*, Bogotá, 2^a Edición Avanzada, 2009. (Disponible en CD).

de conciliation et au conciliateur de prendre la décision de continuer ou pas le processus de conciliation¹⁶⁷.

Une conciliation peut se réaliser dans une seule audience ou dans plusieurs audiences. Il suffit de laisser un document faisant preuve de la continuation du processus¹⁶⁸. Au moment de l'audience, le conciliateur qui a reçu le mandat reste libre et autonome pour faire démarrer le processus. Dans cette optique, on parle d'une vraie flexibilité du processus de conciliation. De toute façon, les codes déontologiques jouent un rôle très important et ils ont une grande valeur pour l'orientation du processus de conciliation et du comportement du tiers médiateur ou du conciliateur.

La présentation d'une demande de conciliation extrajudiciaire suspend l'écoulement du délai de prescription ou de caducité, selon le cas spécifique, jusqu'à ce qu'il y ait un accord, ou l'enregistrement du constat de conciliation, ou à péremption des trois mois dont fait mention l'article 20 de la *Loi 640/2001*¹⁶⁹. Cette suspension sera valable une seule fois et ne pourra pas être prorogée¹⁷⁰.

Lorsque les parties n'arrivent pas à un accord, le conciliateur doit faire un rapport qui, selon le Ministère de la Justice et du Droit, doit contenir les informations suivantes¹⁷¹ : 1) l'endroit et la date de la demande de conciliation; 2) l'endroit et la date de la tenue de

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Loi 640/2001, supra* note 4 Art 20 « 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 ».

¹⁶⁹ *Ibid.*, Art 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 2º 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 ».

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Ministerio del Interior y de la Justicia, Programa Nacional de Conciliación, Universidad Nacional de Colombia, *Conciliación y arbitraje. Normatividad, Jurisprudencia y conceptos*, Bogotá, 2ª Edición Avanzada, 2009. (Disponible en CD).

l'audience de conciliation; 3) les parties présentes; 4) l'objet de la conciliation (les prétentions et la valeur) et ; 5) la signature du conciliateur.

Il est très important de comprendre que dans ce rapport, le conciliateur ne doit enregistrer aucune déclaration, pétition et/ou aveu des parties¹⁷².

2. Contenu et effet de l'accord

L'esprit de la conciliation consiste en l'importance que les parties aient l'opportunité de résoudre leurs conflits. Pour cette raison, on parle d'un processus qui est flexible. Par conséquent, la conciliation doit permettre aux parties de résoudre leur conflit à l'intérieur d'une audience, même si ce conflit n'était pas conçu au début du processus. Pourtant, le conciliateur doit toujours concilier ce qui est conciliable puisque la conciliation a un effet *inter-partes*. C'est le cas, par exemple, d'une conciliation avec plusieurs parties, où deux d'entre elles ont un litige différent que celui qui les opposait au commencement de la demande de conciliation.

Le paragraphe 6 de l'article 8 de la *Loi 640/2001* établit que dès qu'il y a un accord entre les parties, le conciliateur doit faire un constat d'accord. L'article 1 de la même loi organise son contenu en prévoyant qu'elle doit contenir l'endroit et la date de l'audience de conciliation, l'identification des parties et des autres personnes citées, les prétentions et l'accord détaillant le montant en cause, les modalités, le temps et le lieu de l'accomplissement de l'accord.

Le Ministère de la Colombie et du Droit estime que le constat d'accord de conciliation ne doit pas seulement contenir les renseignements consacrés à l'article 1 de la *Loi 640/2001*. Il estime nécessaire d'ajouter : l'identification du centre de conciliation où a eu lieu la conciliation, les faits qui ont donné naissance au conflit et qui sont acceptés par les parties lors de l'audience, en plus des prétentions exposées pendant l'audience de conciliation, la somme en jeu et, finalement, la signature de tous les assistants incluant celle des avocats et l'heure du début et de la fin de la conciliation .

¹⁷² Harbey Peña Sandoval, *La procédure de la conciliation dans la Colombie* [Procedimiento conciliatorio en Colombia], en ligne: <<http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/Noticias/Procedimiento%20conciliatorio%20en%20Colombia.doc#Designacion>> [Peña Sandoval] (consulté le 10 novembre 2009).

Il est important de noter que toute l'information doit être contenue dans le même rapport puisque le constat d'accord ne peut pas contenir de renvois à d'autres documents. Celui-ci n'a pas d'annexes. Le paragraphe 1 de l'article 1 de la *Loi 640/2001* exige de donner à chacune des parties une copie authentique des minutes de la conciliation avec le rapport.

L'entente des parties à une conciliation extrajudiciaire est contenue dans un document qui s'appelle en Colombie « Acte de conciliation »¹⁷³. Ce document est divisé principalement en quatre parties. La première partie concerne les aspects généraux. Cette partie fait référence à la date, au lieu et à l'heure de la conciliation. Elle fait aussi mention de l'identification des parties et de leurs procureurs si c'est le cas, et de l'identification du conciliateur. La deuxième partie comprend l'accord ou entente des parties. C'est la partie la plus importante de tout le document, c'est pourquoi elle doit être rédigée de façon claire et précise. La troisième partie est plutôt optionnelle. Elle décrit les clauses spéciales que les parties veulent faire valoir. Par exemple, une clause qui stipule la voie de l'arbitrage pour trancher les différends dérivés de la conciliation. La quatrième partie fait référence à l'approbation des parties et à la souscription au contenu du document. On trouve dans cette partie les signatures des parties, de leurs avocats s'il y a lieu, et celle du conciliateur¹⁷⁴.

L'entente survenue en conciliation a une valeur légale et peut faire l'objet d'une exécution forcée avec la signature du conciliateur et l'enregistrement du document qui contient l'entente des parties dans le centre de conciliation où le conciliateur est inscrit. Elle n'a pas besoin d'être homologuée¹⁷⁵ sauf en matière du contentieux administratif, domaine dans lequel la loi exige qu'au plus tard dans les trois jours suivant la célébration de l'audience de conciliation, le document contenant l'accord doit être envoyé à l'autorité compétente pour être homologué¹⁷⁶.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*, Art 1.

¹⁷⁵ *Ibid.*, Art 8 et 14.

¹⁷⁶ *Ibid.*

Le centre de conciliation évalue seulement si l'« Acte de conciliation » est conforme quant à sa forme puisqu'il n'a pas la compétence pour examiner le fond, c'est-à-dire examiner les possibles nullités, inexistences et inefficacités.¹⁷⁷

Au Québec, l'entente comme résultat d'une médiation, prend la forme d'une transaction au sens de l'article 2632 C.c.Q. Celle-ci doit être soumise aux dispositions du Code civil qui régulent les contrats, particulièrement la transaction en tant que contrat nommé¹⁷⁸. Toutefois, l'entente n'aura pas de force exécutoire si elle n'est pas homologuée. L'article 885 C.p.c. paragraphe a) consacre la façon d'introduire la demande d'homologation¹⁷⁹. Cet accord sera sujet à un examen sur sa validité comme acte juridique.

La conciliation extrajudiciaire en Colombie est résumée dans le tableau suivant :

Conciliation extrajudiciaire en droit en Colombie	Règlement des différends à l'amiable au Québec
<p><u>Les façons d'aller en conciliation</u></p> <p>Par la décision des parties de soumettre un conflit à la médiation lors de l'apparition de celui-ci et par l'exécution d'une clause compromissoire prévoyant le recours à la médiation.</p>	<p>Ce sont les mêmes qu'en Colombie.</p>
<p><u>Les domaines de pratique de la conciliation</u></p>	<p>Médiation en droit du travail, civil,</p>

¹⁷⁷ *Ibid.*, Art 13, par. 6.

¹⁷⁸ *Code civil du Québec* Art 2631 C.c.Q. « La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques. Elle est indivisible quant à son objet », en ligne: < <http://ccq.lexum.umontreal.ca/ccq/section.do;jsessionid=6AFCABBBA0D0E6FC144981EC33777956?article=2631&lang=fr> > (consulté le 17 novembre 2010).

¹⁷⁹ *Code de procédure civile*, Art 885 a) C.p.c., en ligne: < http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25.HTM > (consulté le 17 novembre 2010).

Civil, commercial, familial, administratif, du travail, pénal, et de la consommation.	commercial et familial.
<u>Les conciliateurs</u>	
Ceux qui sont inscrits dans un centre de conciliation, les fonctionnaires publics ayant les compétences pour concilier et les notaires.	Les avocats accrédités comme médiateurs et autres professionnels aussi accrédités comme médiateurs.
<u>Les honoraires du conciliateur</u>	
Les étudiants conciliateurs et les fonctionnaires publics avec fonctions de conciliation ne sont pas payés, le service est gratuit. Les avocats conciliateurs et les notaires sont payés en conformité aux tarifs établis par le gouvernement colombien (Décret 1000/2007 ¹⁸⁰).	Les parties paient les honoraires du médiateur au prorata de leur nombre.
<u>L'homologation de l'entente</u>	
L'homologation n'est pas nécessaire. Il faut simplement la signature du conciliateur et l'inscription dans le centre de conciliation, dans le bureau des notaires ou dans l'organisme public selon le cas ¹⁸¹ .	L'entente doit être homologuée par le tribunal pour la rendre exécutoire ¹⁸² .

Tableau 3: La conciliation extrajudiciaire en Colombie et au Québec.

¹⁸⁰ Décret 1000/2007, en ligne: < http://www.conciliacion.gov.co/busqueda_seleccionar.aspx > (consulté le 17 novembre 2010).

¹⁸¹ Loi 640/2001, supra note 4 Art 14.

¹⁸² Code civil du Québec Art 2633 C. c. Q., « La transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée. La transaction n'est susceptible d'exécution forcée qu'après avoir été homologuée », en ligne : < <http://ccq.lexum.umontreal.ca/ccq/section.do;jsessionid=01B1F57D569485DEAB5015D946620823?lang=fr&article=2633> > (consulté le 17 novembre 2010).

B- La conciliation en équité en Colombie

Une autre forme de conciliation extrajudiciaire en Colombie est la conciliation en équité. Cette conciliation est aussi dénommée justice communautaire. Elle est considérée comme une des plus importantes particularités en matière de conciliation dans ce pays. Il est donc essentiel de comprendre en quoi elle consiste.

Pour résoudre les différends, la loi n'est pas absolument nécessaire. Grâce au sens commun et à l'équité nous pouvons aussi rendre justice. Il est nécessaire d'oublier ce que nous avons appris au sujet de l'administration de la justice pour donner place à un sentiment de justice naturelle et spontanée sans être inspirés nécessairement par les lois en vigueur. Antoine de Saint-Exupéry dans son œuvre *Le petit prince* nous apprend l'importance de ne pas oublier l'essentiel, ces principes naturels qui font un monde meilleur, plus sain, plus propre, plus juste et plus équitable. Le but que le législateur colombien recherchait lors de la création de la conciliation en équité peut être résumé par Saint-Exupéry dans la phrase suivante : « Voici mon secret. Il est très simple : on ne voit bien qu'avec le cœur. L'essentiel est invisible pour les yeux »¹⁸³. Également, dans la *Sentence C-213/94*, la Cour constitutionnelle nous donne une définition de la justice. Cette justice peut non seulement être atteinte par la voie législative de la loi, mais aussi à travers de la conciliation en équité :

La raison d'être de la justice est de donner à chacun ce qui lui appartient selon une égalité proportionnelle. On mesure ce qui est dû à chacun est selon son mérite. Ce mérite n'est pas déterminé par des facteurs arbitraires mais par la raison qui est en accord avec la raison objective: il n'est pas en accord avec la justice de donner selon un critère distinct à celui qui est fixé par le mérite car cela vaudrait dire ne pas tenir compte du bien commun. Tout ce qui est étranger au bien commun a évidemment une raison d'injustice. Dans cas l'injustice consiste dans la faute d'égalité équitative car on fait des exceptions indues¹⁸⁴.

¹⁸³ Antoine de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*, nouvelle éd., Paris, Gallimard, 1987, à la p 72.

¹⁸⁴ *Cour constitutionnelle, Sentence C-213/1994*, en ligne: < http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43558111?ix_resultado=4.0&query%5Bbuscable_id%5D=CO&query%5Bbuscable_type%5D=Pais&query%5Bq%5D=C-213%2F94 > (consulté le 12 août 2011).

En examinant la doctrine, on constate que divers auteurs comme Luisa Fernanda Garcia Lozano et Diana Carolina Abandonno Lozano sont d'accord pour envisager la conciliation en équité comme un mode alternatif de résolution des conflits, placé à l'intérieur d'une communauté dont le but est « la recomposition du tissu social à travers la récupération de la parole »¹⁸⁵, et dans laquelle les principaux acteurs sont les propres membres de cette communauté. Ce type de conciliation aide à fortifier la vie en communauté sans l'intervention des opérateurs de l'État et sans la soumission à la loi comme unique instrument de droit. Garly Jhonady Sanchez Vergara définit la conciliation en équité comme suit :

La conciliation en équité est une procédure dans laquelle un tiers impartial intervient dans un conflit, avec le consentement des parties impliquées, pour les assister et les aider dans le but d'arriver à un accord satisfaisant pour elles et en relation avec les affaires disputées [notre traduction]¹⁸⁶.

Dans cette conciliation, l'équité est un mot avec beaucoup de connotations. L'équité est un principe général de droit qui est « [n]aturel dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun »¹⁸⁷. De plus, l'équité réfère à un sentiment de justice interne ou à la conscience, et au respect de l'équilibre dans les situations en présence, plutôt qu'à des prescriptions rigoureuses de la justice et à des règles de droit contenues dans les textes de loi¹⁸⁸. Devant un légalisme froid, voire féroce, qui reste étatique face à tant d'impunité, un mot surgit. Un mot devenu courant dans les plus humbles communautés colombiennes : l'équité. Dans ce sens, les tiers conciliateurs en équité sont appelés à faire leurs

¹⁸⁵ Luisa Fernanda Garcia Lozano et Diana Carolina Abandonno Lozano, *Incidence de la conciliation en équité dans le projet d'émancipation de la justice* [Incidencia de la conciliación en equidad en el proyecto de emancipación de la justicia], à la p 3, en ligne: < <http://viei.usta.edu.co/articulos/edi1/Incidencia%20de%20la%20conciliacion%20en%20equidad.pdf> > (consulté le 11 août 2010).

¹⁸⁶ Garly Jhonady Sanchez Vergara, *La conciliation en équité, un mécanisme de participation des citoyens, qui aide reconstruire le tissu social, à travers le leadership communautaire* [La conciliación en equidad, un mecanismo de participación ciudadana que ayuda a reconstruir el tejido social, a través del liderazgo comunitario], Université d'Antioquia, 2006 à la p 17, en ligne: < <http://tesis.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/351/1/ConciliacionEnEquidadMecanismoParticipacionCiudadana.pdf> > (consulté le 12 août 2010).

¹⁸⁷ Paul Robert, dir, *Le nouveau petit robert Dictionnaire alphabétique et analogie de la langue française*, Paris, Dictionnaires le Robert, 2006, *sub verbo* « équité » [Robert].

¹⁸⁸ F. Marsa, *Dictionnaire usuel de la langue espagnole* [Diccionario de la lengua española usual], Bogotá, Editorial Planeta S.A. 1982, *sub verbo* « équité ».

interventions. Une vaste connaissance des valeurs et des coutumes de la communauté, du leadership et des vertus d'un citoyen exemplaire seront leurs outils les plus précieux au moment crucial.

Après la reconnaissance constitutionnelle de la conciliation en équité, le législateur colombien a adopté diverses lois qui développent l'aspect procédural de ce mode de conciliation, plus précisément, le *Décret 1818/1998*, la *Loi 446/1998* et la *Loi 640/2001*. En parcourant ces textes législatifs, on remarque qu'il n'existe pas de définition exclusive pour la conciliation en équité, ce qui signifie que l'on doit s'en tenir à la définition générale de conciliation qu'on retrouve à l'article 64, *Loi 446/1998*.

Vue comme une justice alternative et comme une façon de décentraliser territorialement les MARC, la conciliation en équité répond aux principes d'une vie harmonieuse, de l'autonomisation, « empowerment » du citoyen dans la gestion de ses propres conflits, de la participation active du citoyen dans les affaires de sa communauté et de la contribution du citoyen dans le bon fonctionnement de l'administration de la justice, tout cela étant consigné dans la Constitution de la Colombie 1991. Dans cet ordre d'idées, nous allons préciser dans les lignes suivantes, les normes qui régissent la conciliation en équité.

Processus de postulation et de nomination de conciliateurs en équité : les tribunaux supérieurs du district judiciaire de la juridiction ordinaire des villes et les principaux juges de la municipalité seront ceux qui nommeront les tiers conciliateurs en équité à partir d'une liste présentée par les organismes communautaires¹⁸⁹.

¹⁸⁹ *Décret 1818/1998, statut des mécanismes alternatifs de solution des conflits*, Art 86, « Los Tribunales Superiores del Distrito Judicial de la Jurisdicción Ordinaria de las ciudades sede de éstos y los Jueces Primeros del mayor nivel jerárquico en los demás municipios del país elegirán conciliadores en equidad de listas que presenten para su consideración las organizaciones cívicas de los correspondientes barrios, corregimientos y veredas que los conforman », en ligne: < <http://www.scribd.com/doc/958090/Marco-Legal-de-la-conciliacion-en-equidad> > (consulté le 12 août 2010).

La conformation de la liste de candidats au poste de conciliateurs en équité se fera avec la collaboration de la Direction générale d'accès à la justice du Ministère de la Justice et du Droit¹⁹⁰.

Qualités exigées pour la postulation des conciliateurs en équité: de la lecture de la normativité dans cette matière, il se dégage que pour être conciliateur en équité il est nécessaire d'être un citoyen colombien avec des qualités personnelles reconnues¹⁹¹.

Le principe de gratuité de la conciliation en équité : le service de conciliateur en équité est entièrement gratuit, la rétribution de ce dernier sera sa reconnaissance en tant que citoyen modèle dans sa communauté¹⁹².

L'assistance technique et opérative de la conciliation en équité et le régime disciplinaire spécial : la direction générale d'accès à la justice du Ministère de la Justice et du Droit devra prêter l'assistance technique et l'appui nécessaire aux conciliateurs en équité dans l'exercice de leurs activités en tant que tiers neutres. Cette norme fait référence plus précisément à la formation comme tiers conciliateur en équité. L'autorité chargée de la nomination des conciliateurs en équité pourra, selon la demande d'une partie ou de la direction d'accès à la justice du Ministère de l'Intérieur et de la Justice, de manière temporaire ou définitive, suspendre d'office le conciliateur dans l'exercice de ses fonctions, au moment où celui-ci commet des fautes liées à la violation des principes de la conciliation en équité, au moment où il prend une décision qui n'est pas de son ressort, ou quand il reçoit un paiement pour ses services de conciliateur, ou encore quand il intervient dans des affaires qui ne sont pas de sa compétence¹⁹³.

¹⁹⁰ *Ibid.*, Paragraphe 2, « La selección de los candidatos se hará con la colaboración de la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho y deberá atender a un proceso de formación de aquellas comunidades que propongan la elección de estos conciliadores. ».

¹⁹¹ *Ibid.*, Art 87, « El ejercicio de las funciones del Conciliador en Equidad se realizará en forma gratuita, teniendo en cuenta, que el nombramiento constituye especial reconocimiento al ciudadano de connotadas calidades. ».

¹⁹² *Ibid.*, « El ejercicio de las funciones del Conciliador en Equidad se realizará en forma gratuita, teniendo en cuenta, que el nombramiento constituye especial reconocimiento al ciudadano de connotadas calidades. ».

¹⁹³ *Ibid.*, Art 88, « La Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho deberá prestar asesoría técnica y operativa a los conciliadores en equidad.

Le cadre d'intervention du conciliateur en équité : le conciliateur en équité pourra intervenir dans toutes les affaires qui peuvent être l'objet d'une transaction, d'un désistement ou d'une conciliation¹⁹⁴. Aussi, la conciliation en équité peut être utile dans la prévention des conflits originaires de violence intrafamiliale, paragraphe 1, article 1 *Loi 575/2000*¹⁹⁵.

Principes du processus de la conciliation en équité : les principes qui gouvernent le processus de la conciliation en équité sont l'informalité et la célérité¹⁹⁶.

Le constat d'accord et sa valeur : le constat d'accord sera le résultat du processus de la conciliation en équité, c'est un document signé par les parties et le tiers conciliateur. Toutes les parties auront le droit d'obtenir une copie du constat d'accord. Ce document a

Parágrafo: La autoridad judicial nominadora de los conciliadores en equidad, podrá suspender de oficio, a petición de parte o por solicitud de la Dirección General de Prevención y Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho, temporal o definitivamente en el ejercicio de sus facultades para actuar, cuando incurra en cualquiera de las siguientes causales: 1. Cuando Contraviniendo los principios de la Conciliación en equidad, el conciliador decida sobre la solución del conflicto. 2. Cuando cobre emolumentos por el servicio de la conciliación. 3. Cuando tramite asuntos contrarios a su competencia ».

¹⁹⁴ *Ibid.*, Art 89, « Los Conciliadores en Equidad, podrán actuar en todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento, o conciliación ».

¹⁹⁵ *Cour constitutionnelle, Sentence C- 059/2005*. « En suma, mediante las figuras de los jueces de paz y de los conciliadores en equidad el ciudadano común participa en la función pública de administrar justicia, involucrándose en la solución pacífica de conflictos, especialmente de aquellas cuestiones que si bien pueden aparentar ser de menor entidad, realmente afectan la convivencia cotidiana y pacífica de toda la comunidad. Así lo ha reconocido la Corte al expresar que “*se trata, en últimas, que personas que en principio no cuentan con una formación jurídica, pero que son reconocidas dentro de la comunidad a la que pertenecen por su capacidad, su ecuanimidad y su sentido de la justicia, puedan ocuparse de asuntos que por su sencillez no ameriten el estudio por parte de la rama judicial, ni supongan un conocimiento exhaustivo del derecho. Con todo, valga anotar que se trata de inconvenientes en apariencia pequeños o intrascendentes, pero que afectan de manera profunda la convivencia diaria y pacífica de una comunidad, por lo que la labor a ellos asignada resulta a todas luces esencial*” de los mecanismos formales de promoción de la convivencia a las realidades sociales en las que habrían de operar » [italiques dans l'original]. En ligne: < www.dmsjuridica.com/CODIGOS/.../Sentencias/C-059-05.rtf - > (consulté le 19 janvier 2011).

¹⁹⁶ *Décret 1818/1998, statut des mécanismes de solution des conflits*, Art 90, « El procedimiento para la conciliación en equidad deberá regirse por los principios de informalidad y celeridad que orienten a las partes para que logren un arreglo amigable. », en ligne: < <http://www.scribd.com/doc/958090/Marco-Legal-de-la-conciliacion-en-equidad> > (consulté le 12 août 2010).

l'autorité de la chose jugée et aura force exécutoire sur les affaires qui font l'objet de la conciliation¹⁹⁷. Le conciliateur doit s'occuper d'archiver ces documents¹⁹⁸.

Aujourd'hui, la conciliation en équité est plus fréquente et il y a plus de leaders communautaires formés en tant que conciliateurs en équité. L'obstacle le plus grand de cette modalité de conciliation réside dans la pratique : au moment où les personnes souhaitent trouver une solution à un conflit qui les afflige, elles s'adressent aux conciliateurs en équité avec la fausse idée de trouver un juge qui rend justice par la force. Les Colombiens pensent que le processus de conciliation se déroule de la même façon qu'un procès ordinaire mais avec moins de formalités. Pour cette raison, il est encore nécessaire de consolider la participation des acteurs dans la recherche pacifique et dialoguée des alternatives viables à la résolution de leurs conflits.

Jusqu'à ici, nous avons traité de la conciliation qui se déroule en dehors des tribunaux que nous avons appelée de façon pédagogique « conciliation extrajudiciaire proprement dite ». Nous verrons maintenant les cas obligatoires de conciliation préalable en Colombie, ces cas faisant aussi partie de la catégorie de conciliation en dehors des tribunaux.

C- Les cas obligatoires de conciliation préalable en Colombie

Évidemment tout ne peut pas être réglé par les parties elles-mêmes mais il est naturel de faire appel au principe de l'autonomie de la volonté privée ou publique et dans ce cadre il y a place à la présence d'un tiers qui facilite l'accord. Ce dernier a la position d'un conciliateur. Ce n'est qu'après avoir épuisé cette tentative qu'il est possible de recourir à un juge pour qu'il prenne les décisions [notre traduction]¹⁹⁹.

¹⁹⁷ *Ibid.*, Art 91, « Del resultado del procedimiento, las partes y el conciliador levantarán un acta en la cual conste el acuerdo. Esta acta tendrá carácter de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo en lo que haya sido objeto de conciliación ».

¹⁹⁸ *Ibid.*, Art 93, « Los conciliadores en equidad deberán llevar un archivo de actas de las audiencias realizadas. Las partes podrán pedir copias de dichas actas, las cuales se presumen auténticas ».

¹⁹⁹ José Octavio Zuluaga Rodríguez, « La conciliation comme une façon de vivre » [La conciliación como forma de vida], (2002) *Ámbito Jurídico* 107, en ligne : < <http://www.conciliatus.com/noticias.htm> > (consulté le 01 juin 2009).

En Colombie, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi 640/2001*, tenter la conciliation extrajudiciaire est une condition préalable obligatoire à la procédure devant les tribunaux. Cette condition s'applique seulement dans certains domaines. Nous faisons référence aux domaines civil, de la famille et du contentieux administratif. Encore une fois, le législateur colombien tente d'institutionnaliser la conciliation comme un mode alternatif de résolution des litiges, autonome et séparé de la justice traditionnelle. En ce sens, l'article 35 consacre :

Dans les sujets susceptibles de conciliation, la conciliation extrajudiciaire en droit est un prérequis pour procéder devant les juridictions civile, du contentieux administratif et de la famille, en conformité avec ce qui est prévu dans la présente loi pour chacune de ces matières [notre traduction]²⁰⁰.

Article 36. L'absence du prérequis pour procéder dont traite cette loi, donnera lieu au rejet de plein droit de la demande [notre traduction]²⁰¹.

Cette mesure favorise la liberté d'expression des parties lors de la conciliation car elles sont désormais libérées de la crainte que leur déclaration ou proposition soient utilisées contre elles par la suite. Elle consiste en la prémisse que les conflits sont conciliables avant d'aller devant la justice ordinaire. Les intéressés doivent donc tenter de régler leur conflit en conciliation extrajudiciaire.

Pour mieux comprendre cet aspect de la conciliation en Colombie on peut penser à la médiation préalable obligatoire en matière familiale au Québec. En effet, la médiation doit être tentée préalablement à des procédures en matière familiale²⁰². Par exemple, les conjoints en situation de rupture doivent se soumettre à une tentative de médiation avant de déposer leur cause à la Cour supérieure, qui a juridiction en matière familiale. Les couples incapables d'arriver seuls à une entente doivent faire la démonstration, au moment de déposer une demande contestée à la cour, qu'ils ont assisté à une séance

²⁰⁰ Voir : *Art. 35, supra* note 4 « En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas».

²⁰¹ *Loi 640/2001, supra* note 4, Art 36 « La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda. ».

²⁰² Jean Morin, « Les modes alternatifs de résolution des litiges » (dans la collection BLEUE), (2010) à la p 101.

d'information sur la médiation familiale (article 814.3 à 814.14 C.p.c.)²⁰³. Cependant, dans les cas où ils disposent de motifs sérieux – notamment dans les dossiers impliquant une forme ou une autre de violence conjugale –, les conjoints peuvent être relevés de cette obligation d'information (article 814.10 C.p.c.)²⁰⁴. Il est important de noter qu'au Québec, le recours au tribunal est un passage obligatoire pour les couples qui désirent rendre exécutoires les dispositions négociées dans le cadre de la médiation familiale²⁰⁵.

Mireille D. Castellini et Dominique Goubau considèrent que ce type de médiation a été nommé erronément – médiation préalable obligatoire – puisqu'il s'agit plutôt d'« [u]ne obligation pour les parties de s'informer sur les possibilités de recourir à la médiation avant de régler leur différend devant le tribunal »²⁰⁶, ce qui peut aboutir à une entente par la suite. Cette opinion ressemble à celle de la Cour constitutionnelle de la Colombie ainsi qu'à celle de l'auteur Nabil N. Antaki lorsqu'ils notent les bienfaits et la pertinence d'une séance d'information sur la médiation ainsi que lorsqu'ils parlent de la non interférence de ce type de médiation avec la libre volonté des parties²⁰⁷.

En Colombie, cette exigence de conciliation préalable obligatoire est respectée quand l'audience de conciliation a eu lieu sans accord. Elle est aussi respectée quand le délai de trois mois pour démarrer une conciliation extrajudiciaire, dont on parle dans la première partie de l'article 20 de la *Loi 640/2001*, s'est écoulé sans qu'il y ait conciliation ou quand, sous la foi du serment, on ne connaît pas le domicile ni le lieu de travail de l'autre partie, cette dernière étant absente ou qu'on ne connaît pas son adresse²⁰⁸. Il est important de noter que le cinquième alinéa de l'article 35 de la *Loi 640/2001* prescrit qu'il est possible, dans un cas concret, d'aller devant les juges directement sans tenter la

²⁰³ Mireille D. Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, Presses Université, Laval, 2005, p 548 [*Castelli et Goubau*].

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*, p 548, 549.

²⁰⁶ *Ibid.*, à la p 548.

²⁰⁷ *Sentence de la Court constitutionnelle C-1195/01*, en ligne : < http://www.ccsm.org.co/serv_cam/concilia/conciliacion/normas/Sentencia%20C-1195-01.pdf > (consulté le 10 août 2010) et *Antaki*, *supra* note 1 à la p 38.

²⁰⁸ Voir : *Art 35*, *supra* note 4.

conciliation, soit lorsque les parties vont demander au juge la prise de mesures préventives²⁰⁹. L'article 36 de la *Loi 640/2001* prévoit que le non-respect de l'exigence de conciliation préalable obligatoire donnera lieu au rejet de plein droit de la demande²¹⁰.

Le législateur colombien prévoit aussi une amende pour ceux qui sont allés directement devant les tribunaux sans tenter la conciliation, c'est-à-dire en violant l'exigence de conciliation préalable obligatoire.

Paragraphe article 35. Quand la conciliation extrajudiciaire en droit est un préalable à la procédure et qu'une partie entame une procédure judiciaire sans suivre les indications des articles 22 et 29 de cette loi, le juge imposera une amende à la partie qui n'a pas justifié son absence à l'audience. Cette amende s'imposera jusqu'à la valeur équivalente de deux mois de salaire calculée à partir du salaire mensuel minimum en vigueur et ce montant ce sera payé en faveur du Conseil Supérieur de la Judicature [notre traduction]²¹¹.

Ces cas obligatoires de conciliation préalable en Colombie ont donné naissance à diverses décisions de la Cour constitutionnelle qui a fini par déclarer inopérants quelques-uns des textes de loi qui consacraient la conciliation dans les affaires du travail comme préalable à une procédure devant les tribunaux²¹². Toutefois, le législateur colombien encourage l'utilisation de la conciliation volontaire dans les affaires du travail, mais sans être une condition obligatoire.

L'autonomie de la volonté privée qui est contenue dans un des piliers fondamentaux de la conciliation et qui est aussi consacrée dans les Constitutions de divers pays, risque d'être violée par l'adoption de la conciliation préalable obligatoire. Anita Giacometto Ferrer estime que la conciliation comme préalable à la procédure « limite le principe naturel de l'autonomie privée de la volonté » [notre traduction] et que la vraie intention des parties

²⁰⁹ *Ibid.*, « Dans la procédure dont il est question, on veut demander la pratique de mesures préventives, on peut aller à la juridiction directement. Au contraire, il faut tenter la conciliation extrajudiciaire en droit comme réquisit préalable à la procédure, en conformité à la présente loi » [notre traduction].

²¹⁰ *Loi 640/2001, supra* note 4, Art 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 ».

²¹¹ Voir : *Art. 35, supra* note 4.

²¹² *Sentence de la Cour Constitutionnelle* C-893/2001, C-993/2001 et C-1196/2001, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/casosexito_detalle.aspx?idc=29 > (consulté le 16 août 2010).

en respectant cet exigence de la loi colombienne est de démarrer l'action suivante et non pas de tenter la conciliation²¹³. Au contraire, la Cour constitutionnelle de la Colombie adopte une position ferme quant à la constitutionnalité de la conciliation préalable obligatoire. La Cour considère que la conciliation préalable obligatoire est cohérente avec les fins prévues par le législateur, car : 1) elle garantit l'accès à la justice d'une façon plus rapide et à moindre coût; 2) elle favorise la participation des citoyens dans la résolution des conflits et; 3) elle favorise aussi une vie en communauté, en harmonie, elle ouvre un espace pour le dialogue, la créativité et la conservation des relations entre les parties²¹⁴. La Cour ajoute,

grâce à la conciliation, les parties peuvent arriver à un accord avec la médiation d'un tiers conciliateur qui les rapproche. Dans cette perspective, on parle de volontariat. Par contre, la façon d'entrer en conciliation peut varier et peut être vue comme un réquisit préalable à un recours devant les tribunaux, elle ne viole aucun principe fondamental des mécanismes alternatifs de résolution de conflits. Au contraire, elle aide à la démocratisation de l'accès à la justice puisque la conciliation est une forme d'administrer la justice²¹⁵.

Dans la législation du travail du Québec, les articles 121 à 123 du *Code du travail* (C.t.) considèrent aussi la possibilité d'une conciliation extrajudiciaire préalable à une décision²¹⁶. Cette dernière a lieu avec la collaboration de la Commission des relations du travail (C.R.T.), elle est à caractère volontaire et évite la nécessité d'une adjudication²¹⁷. Également, en négociation collective, la conciliation est une étape facultative, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une condition à l'acquisition du droit de grève et de lock-out²¹⁸. Toutefois, les articles 93.1 et suivant du Code du travail consacrent la conciliation

²¹³ Giacometto Ferrer, « La jurisprudence constitutionnelle en matière de conciliation préalable obligatoire » [Jurisprudencia constitucional en materia de conciliacion prejudicial obligatoria], en ligne : < http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/271_294.pdf > (consulté le 13 avril 2010) [*Giacometto*].

²¹⁴ *Cour constitutionnelle, Sentence C-1195/2001*, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/legislacion_buscar.aspx?tp=2 > (consulté le 23 avril 2010).

²¹⁵ *Sentences de la Cour Constitutionnelle C-1195/2001, C-417/2002 et C-181/2003*, en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/casosexito_detalle.aspx?idc=29 > (consulté le 16 août 2010).

²¹⁶ Robert P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec*, 6^e édition, Yvon Blais, Québec, 2008, p 284, 285.

²¹⁷ *Ibid.*, p 284, 285.

²¹⁸ *Ibid.*

comme une étape préalablement nécessaire à l'imposition de l'arbitrage de différends. Dans ce cas, l'assistance des parties aux réunions qui sont convoquées par le conciliateur est une règle à caractère obligatoire²¹⁹. L'article 56 C.t. établit que l'absence d'une partie dûment convoquée à une séance de conciliation la rendra passible d'une condamnation pénale²²⁰.

Les résultats de cette pratique au Québec sont encourageants. Dans les mots de Robert P. Gagnon : l'expérience de la négociation enseigne que dans plusieurs cas où il semble que les parties n'aient plus rien à se dire, la négociation par l'intermédiaire d'un conciliateur, le tact et les qualités personnelles de ce dernier, son expérience antérieure en négociation, deviennent des facteurs importants pour débloquer la situation et parvenir à une entente²²¹.

Le tableau ci-dessous résume les cas de conciliation préalable obligatoire en Colombie. Pour ce qui est du Québec, on utilise plutôt le terme médiation préalable obligatoire.

Conciliation préalable obligatoire en Colombie.	Médiation préalable obligatoire au Québec.
<p><u>Les affaires qui doivent remplir cette condition</u></p> <p>Certaines affaires en droit civil et commercial, en droit de la famille, en droit administratif et en droit pénal.</p>	<p>Certaines affaires en droit de la famille. Les sujets qui peuvent y être abordés sont multiples:</p> <ul style="list-style-type: none"> • la garde des enfants et les droits de visite ; • l'exercice de l'autorité parentale ; • le partage des biens et du

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*, à la p 486.

²²¹ *Ibid.* à la p 486.

	<p>patrimoine familial ;</p> <ul style="list-style-type: none"> • les pensions alimentaires ; • et généralement toute question que soulève une réorganisation familiale.
<p><u>Les affaires qui ne doivent remplir cette condition</u></p> <p>Les affaires en droit du travail.</p>	<p>Les affaires en droit du travail, droit civil et commercial, administratif, pénal.</p>
<p><u>Les conciliateurs</u></p> <p>Étudiants en droit et avocats diplômés et accrédités, les fonctionnaires publics avec compétence pour concilier, les notaires.</p>	<p>Médiateurs accrédités qui peuvent appartenir à un des ordres professionnels suivants : avocats, psychologues, travailleurs sociaux, notaires et conseillers (ères) en orientation²²².</p>
<p><u>Obligation d'homologuer l'entente</u></p> <p>L'entente ne doit pas être homologuée, doit être signée par le conciliateur et inscrite dans un centre de conciliation ou établissement public.</p>	<p>L'entente doit être homologuée devant le juge compétent.</p>

Tableau 4: La conciliation obligatoire préalable dans la législation colombienne et dans la législation québécois.

²²² *Règlement sur la médiation familiale* L.R.Q., c. C-25, À 827.3, en ligne : < http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_25/C25R2_1.HTM > (consulté le 16 novembre 2010).

CONCLUSION

Dans les aspects généraux de la conciliation en Colombie nous avons pu constater que bien que la conciliation et la médiation soient deux méthodes reconnues dans ce pays, la conciliation est plus développée et plus pratiquée par les Colombiens. Ces deux mécanismes utilisés quelques fois comme synonymes comportent d'importantes distinctions, la position d'intervenant assumée par le conciliateur dans le processus étant la plus emblématique. Dans le cas de la Colombie, le conciliateur est une personne clé dans la solution du conflit.

Nous avons également constaté que malgré les distinctions entre la conciliation et la médiation, ces deux mécanismes partagent un même esprit qui consiste à faire en sorte que le citoyen récupère son rôle principal dans la solution de ses conflits et qu'il agisse sans attendre que l'État les résolve pour lui. Cet esprit a été élargi par le gouvernement

colombien qui, en plus de donner une place à l'individu dans la résolution des conflits, recherche à promouvoir l'accès et la décongestion de la justice à travers la conciliation. Ces dernières finalités représentent aussi des problèmes majeurs de la justice colombienne qui ne sont pas encore résolus malgré les efforts politiques du gouvernement et la richesse législative.

Malheureusement, les résultats de la mise en marche du processus de conciliation en Colombie ne sont pas encore très encourageants même avec l'institutionnalisation de la conciliation obligatoire préalable. Les statistiques montrent cette triste réalité. Nonobstant, si on veut avoir une vraie culture de conciliation, il faut investir plus de temps et d'efforts dans la formation donnée aux juges, aux avocats et à la population en générale en mécanismes de résolutions des conflits. La Colombie doit absolument prendre les moyens nécessaires pour améliorer la formation, surtout le contenu de la formation requise pour être certifié comme conciliateur. Néanmoins, la conciliation en équité est une création innovatrice qui doit être plus répandue dans tout le territoire national.

La conciliation constitue sans aucun doute le mécanisme alternatif de résolution des conflits qui répond le mieux au besoin de sécurité juridique des Colombiens. Ce processus est adapté aux litiges complexes de la vie des citoyens et permet un accès plus facile à la justice. Cela explique le fort développement en matière de conciliation ainsi que ses perspectives prometteuses étant donné que ce mécanisme permet la restauration du tissu social et le positionnement des parties dans la recherche d'une solution viable à leurs propres conflits.

Finalement, nous pouvons dire que la conciliation en Colombie a été victime des attentes trop élevées que le gouvernement et le législateur de ce pays avaient à son sujet. Elle attire les critiques de ceux qui rêvaient d'un processus amiable, rapide et efficace et qui dénoncent désormais une dérive vers un mécanisme de résolution des conflits inefficace, formel et inconnu. Paradoxalement, cela s'explique en quelque sorte par son succès. En fait, après avoir eu le rang constitutionnel, la conciliation s'est généralisée pour le traitement de conflits plus complexes et dans ce contexte il n'est pas étonnant que les parties utilisent toutes les armes juridiques pour gagner le litige. Ceci ne remet toutefois

pas en cause le fait que la conciliation reste la solution la mieux adaptée aux différends et aux contextes problématiques existants en Colombie. Et, avec l'intention du gouvernement dans les derniers projets, la conciliation va être renforcée pour rester dans le système comme une des façons les plus importantes de faire justice.

BIBLIOGRAPHIES

LÉGISLATION

Constitution de la Colombie de 1991.

Code civil de la Colombie.

Code pénal de la Colombie.

Code disciplinaire unique loi 734/200.,

Loi 23/1991 sur les mécanismes pour décongestionner les bureaux judiciaires en Colombie.

Loi 446/1998, Partie III Mécanismes alternatifs de solution des conflits Titre I de la Conciliation en Colombie.

Loi 640/2001 sur la conciliation en Colombie.

Loi 1285/2009.

Décret 1818/1998, statut des mécanismes alternatifs de solution des conflits.

Décret 2511/1998.

Décret 2279/1989.

Décret 1214/2000.

Décret 3756/2007.

Décret 4089/2007.

Décret 1000/2007.

Résolution 477/2001.

Nationale

Code civil du Québec.

Code de procédure civile.

Règlement sur la médiation familiale.

JURISPRUDENCE

De la Colombie :

Gilberto Gamboa Gamboa c Banco Central Hipotecario –En liquidación-, Sentence 28/04/2009 Cour suprême de la justice.

Miguel Antonio Gómez c Ecopetrol, Sentence 28/04/2009 Cour suprême de la justice.

Sentence 01/08/2006 Cour suprême de justice.

Sentence 26/05/2000 Cour suprême de justice.

Sentence C-160/1999 Cour constitutionnelle.

Sentence C-247/1999 Cour constitutionnelle. Sentence C-248/1999 Cour constitutionnelle.

Sentence C-893/2001 Cour constitutionnelle.

Sentence C-993/2001 Cour constitutionnelle.

Sentence C-1195/2001 Cour constitutionnelle.
Sentence C-1196/2001 Cour constitutionnelle.
Sentence C-1292/2001 Cour constitutionnelle.
Sentence C-041/2002 Cour constitutionnelle.
Sentence C-314/2002 Cour constitutionnelle.
Sentence C-417/2002 Cour constitutionnelle.
Sentence C-181/2003 Cour constitutionnelle.

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

- Antoine de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*, nouvelle éd., Paris, Gallimard, 1987.
- Antaki, Nabil N. *Le règlement amiable des différences*, Coowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1998.
- Arias Solano, MSc. Randall. dir, *Análisis comparativo de la regulación sobre resolución alterna de conflictos (mediación/conciliación y arbitraje) en Costa Rica y América Latina* [Analyse comparative de la régulation sur la résolution des conflits (médiation/conciliation et arbitrage) en Costa Rica et l'Amérique latine], 2007.
- Blanco López, Hernán Fabio. *Commentaires au décret de décongestion de la justice* [Comentarios al decreto de descongestion de la justicia], ABC Editores, 1992.

- Castelli, Mireille D. et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, Presses Université, Laval, 2005.
- De Kovachich, Hélène, Howie Clavier, Marisa Esposito et Pierre Renaud, *Guide pratique de la médiation*, Carswell, Ontario, 1997. Fiutak, Thomas. *Le médiateur dans l'arène : réflexion sur l'art de la médiation*, Paris, 2009.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 6^e édition, Yvon Blais, Québec, 2008.
- Garby, Thierry. *La gestion des conflits*, Paris, Economica, 2004.
- Garcia Lozano, Luisa Fernanda et Diana Carolina Abandonno Lozano, *Incidence de la conciliation en équité dans le projet d'émancipation de la justice* [Incidencia de la conciliación en equidad en el proyecto de emancipación de la justicia].
- Gordon, Thomas. *Parents efficaces*, Montréal, Édition du jour, 1977.
- Gordon, Thomas. *La méthode-Gordon expérimentée et vécue*, Paris, Ed. Belfond, 1981.
- Guillaume-Hofnung, Michèle. *La médiation*, PUF, Paris, 2007.
- IKV PAX CHRISTI Corporación andando en paz, *Guide pour pousser la médiation communautaire* [Guía para impulsar la mediación comunitaria], Editorial López, Popayán, 2008.
- Lachance Martin et Jean Morin, *La résolution des litiges*, Chambre des notaires du Québec, Montréal (Qc.), 2010.
- Lascoux, Jean-Louis. *Et tu deviendras médiateur...et peut-être philosophe*, Médiateurs éditeurs, France, 2008.
- Marsa, F. *Dictionnaire usuel de la langue espagnole* [Diccionario de la lengua española usual], Bogotá, Editorial Planeta S.A., 1982.
- Morineau, Jacqueline. *L'esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 1998. Ministerio del Interior y de la Justicia, Programa Nacional de Conciliación, Universidad Nacional de Colombia, *Conciliación y arbitraje. Normatividad, Jurisprudencia y conceptos*, Bogotá, 2^a Edición Avanzada, 2009. (Disponible en CD).
- Núñez Varón, Jaidivi, Alfredo Revelo Trujillo et José Octavio Zuluaga R., *Manuel pratique de médiation. Le médiateur. La procédure de la médiation. Cas d'application en propriété intellectuelle* [Manual práctico de mediación. El

- mediador. El procedimiento de la mediación. Casos de aplicación en propiedad intelectual], Bogotá, Legis, 2008.
- Ortiz Palacio, Iván David. *Conflit et résolution dans le monde du travail* [Conflicto y Resolución en el Mundo Laboral, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.
- Palacios Banchero, Alejandra. *Rapprochement au profil psychologique du conciliateur extrajudiciaire de Lima métropolitaine* [Aproximación al perfil psicológico del conciliador extrajudicial de Lima Metropolitana], Lima.
- Pekar Lempereur, Alain, Colson, Aurélien et Salzer, Jacques. *Méthode de médiation. Au cœur de la conciliation*, Paris, Dunod, 2008.
- Robert, Paul. dir, *Le nouveau petit robert Dictionnaire alphabétique et analogie de la langue française*, Paris, Dictionnaires le Robert, 2006.
- Sanchez Vergara, Garly Jhonady. *La conciliation en équité, un mécanisme de participation des citoyens, qui aide reconstruire le tissu social, à travers le leadership communautaire* [La conciliación en equidad, un mecanismo de participación ciudadana que ayuda a reconstruir el tejido social, a través del liderazgo comunitario], Université d'Antioquia, 2006.
- Sandoval, Harbey Peña. *La procédure de la conciliation dans la Colombie* [Procedimiento conciliatorio en Colombia], 2009.
- Stimec, Arnaud. *La médiation en entreprise. Faciliter le dialogue. Gérer les conflits. Favoriser la coopération*, 2^e éd., Paris, Dunod, 2008.
- Université Externado de Colombia, *Formation à fonctionnaires et aux citoyens du Bogota sur médiateurs communautaires pour le district* [Capacitación a funcionarios y formación de ciudadanos de Bogotá como mediadores comunitarios para el distrito], 2001.

DOCTRINE : ARTICLES

Amat, Yamit. « Ici si il y a justice; ce qui manque est administration publique: Humberto Sierra Porto » [Aquí sí hay justicia; lo que falta es administración pública: Humberto Sierra Porto] (2009), en ligne : < http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-19/aqui-si-hay-justicia-lo-que-falta-es-administracion-publica-humberto-sierra-porto_4611132-1 >.

Barrozo Osorio, Tulia del Carmen. « La conciliation extrajudiciaire » [La conciliación extrajuicio], en ligne: < <http://www.monografias.com/trabajos37/conciliacion-extrajudicial/conciliacion-extrajudicial.shtml> >.

- Ben Mrad, Fathi. « Médiation et régulations négociées par un tiers : une question de principe », dans Fathi BEN MRAD, Hervé MARCHAL et Jean-Marc STÉBÉ dir, *Penser la médiation*.
- Ben Mrad Fathi, « Équité, neutralité, responsabilité. À propos des principes de la médiation » (2006), en ligne : < www.cairn.be/revue-negotiations-2006-1-p-51.htm >.
- Bonafé Schmitt, Jean-Pierre. « Médiation, conciliation, arbitrage des techniques ou un nouveau modèle de régulation sociale » dans Fathi Ben Mrad, Hervé Marchal et Jean-Marc Stébé dir, *Penser la médiation*, Paris, L'Harmattan, (2008), 41.
- Cama Godoy, Henry. « La conciliation un mécanismes de résolution de conflits » [La conciliación como mecanismo de resolución de conflictos], (2004), Revista Iberoamericana de arbitraje, en ligne : < http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/mecanismo_alternativo.html >.
- Camous, Éric. « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité? », (2003), *Gaz. Pal.*, no 303.
- Conciliation en équité, « Hablando nos Entendemos » Región, 2004 en ligne : < <https://www.comminit.com/en/node/68186/37> >. Courteau, Suzanne. « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », (2005), *R.P.R.D.*, Volume 3, Numéro 1.
- De Kovachich, Hélène. « La médiation...la médiation...la médiation judiciaire! », (2005), *R.P.R.D.*, Volume 3, Numéro 1.
- Dion, Nathalie. « L'aventure de la médiation », (2003) *L.P.A.*
- Franco O., Oscar J. « Consideraciones y análisis de la normatividad vigente en Latinoamérica sobre los medios alternativos de resolución de conflictos », en ligne: < <http://www.adrr.com/camara/analysis.htm> >.
- Galvis Padilla, Alirio. « Análisis comparativo entre la legislación de mediación y de conciliación Colombo-Argentina » [Analyse comparative de la législation sur la médiation et la conciliation de la Colombie et l'Argentine], en ligne : < http://www.conciliacion.gov.co/casosexito_detalle.aspx?idc=10 >.
- Gérard Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », (1997) *R.I.D.C.* 313.

- Giacometto Ferrer, Anita. « La jurisprudence constitutionnelle en matière de conciliation préalable obligatoire » [Jurisprudencia constitucional en materia de conciliación prejudicial obligatoria], en ligne : < http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/271_294.pdf >.
- Huchet, Guillaume « Les clauses favorisant un rapprochement amiable » (2007) Village de la justice, en ligne : < <http://www.village-justice.com/articles/clouses-favorisant-rapprochement,2923.html> >.
- Matute Morales, Claudia. « El desarrollo de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina », à la p 7, en ligne : < <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc25/25-3.pdf> >.
- Medina, Rafael Gonzalo. « Primer decenio de la conciliación extrajudicial en el Perú, problemas y propuestas de cambio » [Première décennie de la conciliation extrajudiciaire au Pérou, problèmes et propositions de changement], en ligne : < http://www.mediate.com/articles/conciliacion_extrajudicial.cfm >.
- Morin, Jean. « Les modes alternatifs de résolution des litiges » (dans la collection BLEUE), (2010).
- Prévost, Michel Armand. « La médiation : Trop connue, mal connue, méconnue », (2006) *Gaz. Pal.* n° 12. 11.
- Pinedo Aubian, F. Martín. « El fin de la conciliación », en ligne : < <http://www.derechoycambiosocial.com/revista015/fin%20de%20la%20conciliacion.htm> >. Polère, Cédric. « Démocratie : de quoi parle t-on? », en ligne : < www.millenaire_3.com/Democratie-et-participation-un-duo-indissociable.550.0html >.
- Ricoeur, Paul. « Éthique et morale », (1990), en ligne : < <http://pierre.coninx.free.fr/lectures/ethiquemorale.htm> >.
- Stimec, Arnaud. « La conscience des limites de la médiation comme moyen de son développement : La théorie et la déontologie face à la pratique », en ligne : < <http://cat.inist.fr/?aModele=afficheN&cpsidt=2451696> >.
- Timsit, Jean. « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative » [La mediación: una alternativa a la justicia y no una justicia alternativa], (2001), *Gaz. Pal.*, no 319.

Volckrick, Elisabeth. « Intervenir en tiers aujourd'hui », (2007) 5 *R.P.R.D.*

Zuluaga Rodríguez, José Octavio. « La conciliation comme une façon de vivre » [La conciliación como forma de vida], (2002) *Ámbito Jurídico* 107.

AUTRES SOURCES

Ministère de l'intérieur et de la justice. République de la Colombie. Programme national de conciliation, < <http://www.conciliacion.gov.co/> >.

Chambre de commerce de Bogota, < <http://www.ccb.org.co/portal/default.aspx> >.

Loi 95-125 du 8 février 1995 sur la médiation judiciaire de la France. Résolution du Parlement européen sur le Livre vert de la Commission sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial de 2002.

Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

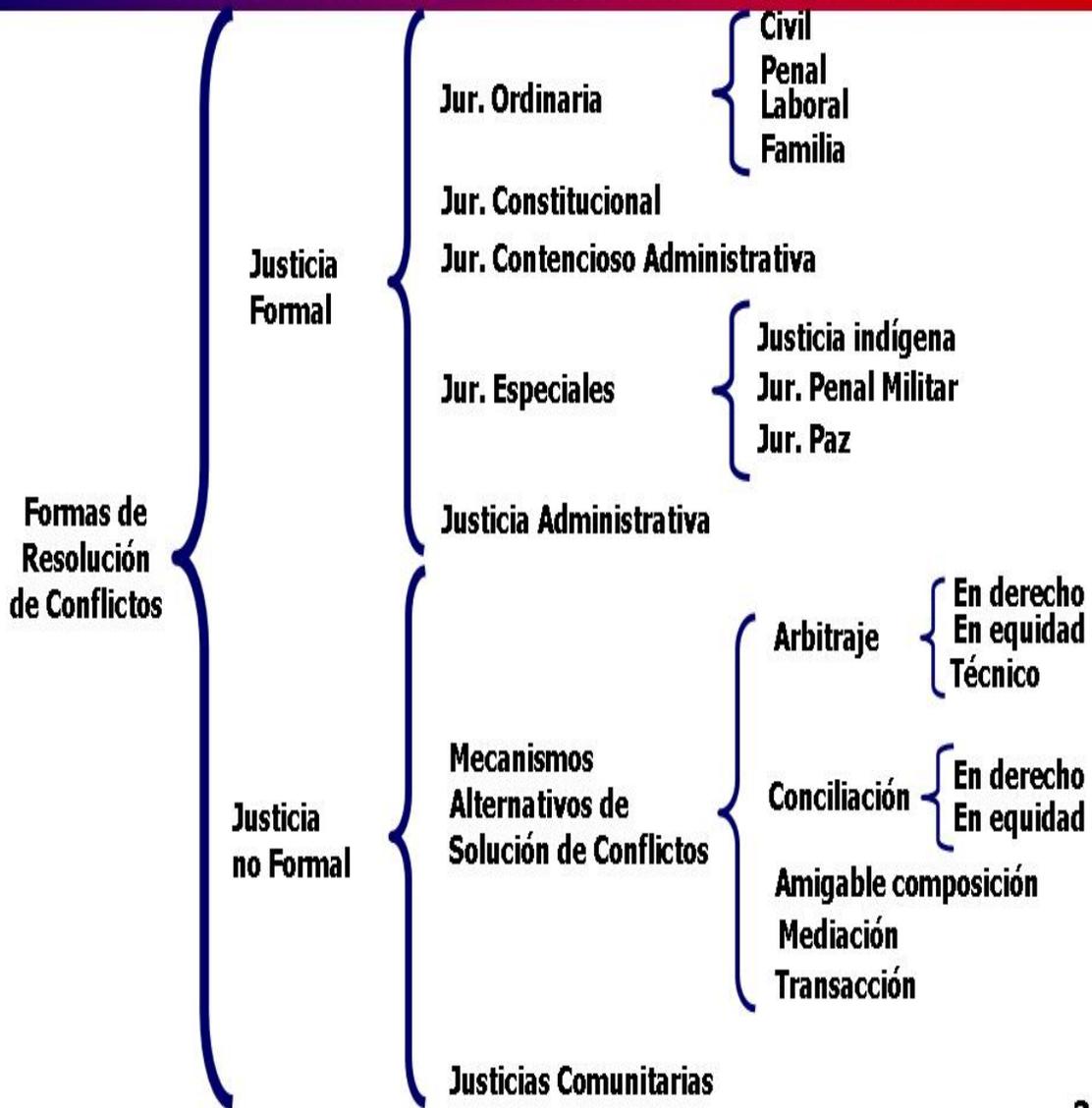
*ODR Latinoamérica Resolución de conflictos y nuevas tecnologías, <
<http://odrlatinoamerica.ning.com/> >.*

*Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, « La médiation », en ligne : <
<http://www.imaq.org/quels-modes-de-prevention-et-de-reglement-des-differends/la-mediation/page/2/> >.*

ANNEXES

- **ANNEXE 1. Résolution de conflits en Colombie**

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN COLOMBIA



3

- **ANNEXE 2. Loi 640/2001**

LEY 640 DE 2001

(Enero 5)

Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001

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

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
DECRETA:

CAPITULO I.
NORMAS GENERALES APLICABLES A LA CONCILIACIÓN

Artículo 1º. Acta de conciliación. El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente:

1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación.
2. Identificación del conciliador.
3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia.
4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación.
5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Parágrafo 1º. A las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo.

Parágrafo 2º. 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 3º. 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.

Conc:

- _ Ley 640 de 2001, artículo 13, numeral 2º: Obligación para el centro de conciliación de organización un archivo de actas y constancias.
- _ Ley 640 de 2001, artículo 14: Registro de actas de conciliación.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 49: acta de conciliaciones en materia de familia.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 76: procuración judicial en la audiencia de conciliación.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 89: archivo de las actas de los conciliadores en equidad.
- _ Decreto 2350 de 2003 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 18: Actas de la comisión de convivencia y conciliación de los organismos de acción comunal.
- _ Decreto 30 de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 1º y siguientes: señala el reglamento de registro y/o archivo de actas de conciliación.

_ Decreto 2303 de 1989, artículo 42: representación del incapaz en procesos de jurisdicción agraria.

Artículo 2°. Constancias. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.
2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.
3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.

En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.

Conc:

_ Ley 640 de 2001, artículo 13, numeral 2°: Obligación para el centro de conciliación de organización un archivo de actas y constancias.

_ Decreto 2303 de 1989, artículo 41: fracaso del intento de la conciliación en jurisdicción agraria.

_ Decreto 30 de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 7° y siguientes: señala el reglamento de registro y/o archivo de constancias.

Artículo 3°. Clases. La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Parágrafo. Las remisiones legales a la conciliación prejudicial o administrativa en materia de familia se entenderán hechas a la conciliación extrajudicial; y el vocablo genérico de “conciliador” remplazará las expresiones de “funcionario” o “inspector de trabajo” contenidas en normas relativas a la conciliación en asuntos laborales.

Conc:

_ Constitución Política, artículo 116: Facultad para los particulares para actuar como conciliadores.

_ Ley 640 de 2001, artículo 19: conciliación extrajudicial en derecho.

_ Ley 640 de 2001, artículo 43: Oportunidad para la audiencia de conciliación judicial.

- _ Ley 446 de 1998, artículo 67: Asuntos conciliables.
- _ Ley 446 de 1995, artículo 106: colaboración para la elección de los conciliadores en equidad.
- _ Ley 446 de 1995, artículo 107: asesoría a los conciliadores en equidad.
- _ Ley 446 de 1995, artículo 109: efectos del acta de conciliación en equidad.
- _ Ley 446 de 1995, artículo 110: copia del nombramiento
- _ Ley 23 de 1991, artículo 82: elección de los conciliadores en equidad.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 85: asuntos susceptibles de conciliación en equidad.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 83: gratuidad de la conciliación en equidad.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 86: principios de la conciliación en equidad.

Artículo 4°. Gratuidad. Los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas serán gratuitos. Los notarios podrán cobrar por sus servicios de conformidad con el marco tarifario que establezca el Gobierno Nacional.

Conc:

- _ Ley 640 de 2001, artículo 9º: tarifas para conciliadores.
- _ Ley 640 de 2001, artículo 41: servicio social de los centros de conciliación.
- _ Ley 270 de 1996, artículo 8º: la ley puede establecer los casos en que hay lugar al cobro de los servicios de solución alternativo de conflictos.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 83: gratuidad de la conciliación en equidad.

CAPÍTULO II DE LOS CONCILIADORES

Artículo 5°. Calidades del conciliador. El conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados.

Los estudiantes de último año de sicología, trabajo social, psicopedagogía y comunicación social, podrán hacer sus prácticas en los centros de conciliación y en las oficinas de las autoridades facultadas para conciliar, apoyando la labor del conciliador y el desarrollo de las audiencias. Para el efecto celebrarán convenios con las respectivas facultades y con las autoridades correspondientes.

Conc:

- _ Constitución Política, artículo 116: Facultad para los particulares para actuar como conciliadores.
- _ Ley 270 de 1996, artículo 13, numeral 3º: ejercicio de la función jurisdiccional por los particulares como conciliadores.
- _ Ley 550 de 1999, artículo 7º: facultad a los promotores de los acuerdos de reestructuración a efectos de actuar como conciliadores.

_ Ley 222 de 1995, artículo 229: facultad a las entidades de inspección, vigilancia o control de las sociedades para actuar como conciliadoras.

_ Ley 510 de 1999, artículo 68: facultad a las bolsas de valores para actuar como conciliadoras.

Artículo 6°. Capacitación a funcionarios públicos facultados para conciliar. El Ministerio de Justicia y del Derecho deberá velar por que los funcionarios públicos facultados para conciliar reciban capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Artículo 7°. Conciliadores de centros de conciliación. Todos los abogados en ejercicio que acrediten la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, que aprueben la evaluación administrada por el mismo ministerio y que se inscriban ante un centro de conciliación, podrán actuar como conciliadores. Sin embargo, el Gobierno Nacional expedirá el reglamento en el que se exijan requisitos que permitan acreditar idoneidad y experiencia de los conciliadores en el área en que vayan a actuar. Los abogados en ejercicio que se inscriban ante los centros de conciliación estarán sujetos a su control y vigilancia y a las obligaciones que el reglamento del centro les establezca.

Parágrafo. La inscripción ante los centros de conciliación se renovará cada dos años.

Conc:

_ Resolución 1342 de 2004 del Ministerio del Interior y de Justicia: establece como uno de los requisitos para la creación de centros de conciliación la lista de conciliadores que acrediten capacitación.

_ Acuerdo 1851 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura: fija las directrices para la formación y capacitación de conciliadores.

_ Resolución 1399 de 2003 del Ministerio del Interior y de Justicia: establece los requisitos para obtener el aval que autoriza a capacitar conciliadores.

_ Ley 640 de 2001, artículo 13: reglamentos de los centros de conciliación.

Artículo 8°. Obligaciones del conciliador. El conciliador tendrá las siguientes obligaciones:

1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.
2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.
3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.
4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.
5. Formular propuestas de arreglo.
6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación.
7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.

Parágrafo. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

Conc:

- Ley 640 de 2001, artículo 1º: acta de conciliación.
- _ Ley 497 de 1999, artículo 26: Obligatoriedad para el juez de paz de citar a las partes.
- _ Ley 497 de 1999, artículo 27: Deberes del juez de paz durante la conciliación.
- _ Ley 446 de 1998, artículo 100: impedimentos y recusaciones de los conciliadores.

Artículo 9º. Tarifas para conciliadores. El Gobierno Nacional establecerá el marco dentro del cual los centros de conciliación remunerados, los abogados inscritos en estos y los notarios, fijarán las tarifas para la prestación del servicio de conciliación. En todo caso, se podrán establecer límites máximos a las tarifas si se considera conveniente.

Conc.:

- _ Ley 640 de 2001, artículo 4º: gratuidad de la conciliación.
- _ Ley 640 de 2001, artículo 41: servicio social de los centros de conciliación.

CAPÍTULO III DE LOS CENTROS DE CONCILIACION

Artículo 10. Creación de centros de conciliación. El primer inciso del artículo 66 de la Ley 23 de 1991 quedará así:

“Artículo 66. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las entidades públicas podrán crear centros de conciliación, previa autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho. Los centros de conciliación creados por entidades públicas no podrán conocer de asuntos de lo contencioso administrativo y sus servicios serán gratuitos”.

Conc:

- _ Ley 640 de 2001, artículo 11: centros de conciliación en los consultorios jurídicos.
- _ Ley 446 de 1998, artículo 91: requisitos para la creación de centros de conciliación.
- _ Resolución 1342 de 2004 del Ministerio del Interior y de Justicia: establece los requisitos y procedimiento para la creación de centros de conciliación.
- _ Resolución 745 de 2001 del Ministerio de Justicia y del Derecho: código único de identificación de los centros de conciliación.

Artículo 11. Centros de conciliación en consultorios jurídicos de facultades de derecho. Los consultorios jurídicos de las facultades de derecho organizarán su propio centro de conciliación. Dichos centros de conciliación conocerán de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Los estudiantes podrán actuar como conciliadores sólo en los asuntos que por cuantía sean competencia de los consultorios jurídicos.

2. En los asuntos que superen la cuantía de competencia de los consultorios jurídicos, los estudiantes serán auxiliares de los abogados que actúen como conciliadores.
3. Las conciliaciones realizadas en estos centros de conciliación deberán llevar la firma del director del mismo o del asesor del área sobre la cual se trate el tema a conciliar.
4. Cuando la conciliación se realice directamente el director o el asesor del área correspondiente no operará la limitante por cuantía de que trate el numeral 1 de este artículo.

Con todo, estos centros no podrán conocer de asuntos contencioso administrativos.

Conc:

_ Ley 270 de 1996, artículo 8º: la ley puede establecer los casos en que hay lugar al cobro de los servicios de solución alternativo de conflictos.

_ Instrucción Administrativa 10 de 2003 de la Superintendencia de Notariado y Registro: cobro de IVA en la conciliación.

_ Decreto 24 de 2002, del Ministerio de Justicia y del Derecho: adopta el marco tarifario provisional dentro del cual se fijarán las tarifas que pueden cobrar los centros de conciliación remunerados y los notarios por la prestación del servicio de conciliación.

Parágrafo 1º. Los egresados de las facultades de derecho que obtengan licencia provisional para el ejercicio de la profesión, podrán realizar su judicatura como abogados conciliadores en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos y no se tendrán en cuenta para la determinación del índice de que trate el artículo 42 de la presente ley.

Parágrafo 2º. A efecto de realizar su práctica en los consultorios jurídicos, los estudiantes de derecho deberán cumplir con una carga mínima en mecanismos alternativos de solución de conflictos. Con anterioridad a la misma deberán haber cursado y aprobado la capacitación respectiva, de conformidad con los parámetros de capacitación avalados por el Ministerio de Justicia y del Derecho a que se refiere el artículo 91 de la Ley 446 de 1998.

Conc:

_ Ley 446 de 1998, artículo 92: centros de conciliación en las facultades de ciencias humanas y sociales.

_ Resolución 299 de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho: establece algunas disposiciones relacionadas con los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho.

_ Resolución 1342 de 2004 del Ministerio del Interior y de Justicia: establece los requisitos y procedimiento para la creación de centros de conciliación.

Artículo 12. Inexequible sentencia C-893 de 2001.

Artículo 13. Obligaciones de los centros de conciliación. Los centros de conciliación deberán cumplir las siguientes obligaciones:

1. Establecer un reglamento que contenga:
 - a) Los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional;

- b) Las políticas y parámetros del centro que garanticen la calidad de la prestación del servicio y la idoneidad de sus conciliadores, y
- c) Un código interno de ética al que deberán someterse todos los conciliadores inscritos en la lista oficial de los centros que garantice la transparencia e imparcialidad del servicio.
2. Organizar un archivo de actas y de constancias con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional.
 3. Contar con una sede dotada de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo al trámite conciliatorio.
 4. Organizar su propio programa de educación continuada en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos.
 5. Remitir al Ministerio de Justicia y del Derecho, en los meses de enero y julio, una relación del número de solicitudes radicadas, de las materias objeto de las controversias, del número de acuerdos conciliatorios y del número de audiencias realizadas en cada período. Igualmente, será obligación de los centros proporcionar toda la información adicional que el Ministerio de Justicia y del Derecho le solicite en cualquier momento.
 6. Registrar las actas que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1º de esta ley y entregar a las partes las copias.

Conc:

- _ Ley 640 de 2001, artículo 1º: actas de conciliación.
- _ Ley 640 de 2001, artículo 14: registro de las actas de conciliación.
- _ Ley 640 de 2001, artículo 15, inciso 2º: obligación estadística para los funcionarios públicos que actúan como conciliadores.
- _ Resolución 1342 de 2004 del Ministerio del Interior y de Justicia: establece como uno de los requisitos para la creación de centros de conciliación que se anexe el reglamento interno.

Artículo 14. Registro de actas de conciliación. Logrado el acuerdo conciliatorio, total o parcial, los conciliadores de los centros de conciliación, dentro de los dos (2) días siguientes al de la audiencia, deberán registrar el acta ante el centro en el cual se encuentren inscritos. Para efectos de este registro, el conciliador entregará los antecedentes del trámite conciliatorio, un original del acta para que repose en el centro y cuantas copias como partes haya. Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del acta y sus antecedentes, el centro certificará en cada una de las actas la condición de conciliador inscrito, hará constar si se trata de las primeras copias que prestan mérito ejecutivo y las entregará a las partes. El centro sólo registrará las actas que cumplan con los requisitos formales establecidos en el artículo 1º de esta ley.

Cuando se trate de conciliaciones en materia de lo contencioso administrativo el centro, una vez haya registrado el acta, remitirá el expediente a la jurisdicción competente para que se surta el trámite de aprobación judicial. Los efectos del acuerdo conciliatorio y del acta de conciliación previstos en el artículo 66 de la Ley 446 de 1998, sólo se surtirán a partir del registro del acta en el centro de conciliación. El registro al que se refiere este artículo no será público. El Gobierno Nacional expedirá el reglamento que determine la forma como funcionará el registro y cómo se verifique lo dispuesto en este artículo.

Conc:

- _ Ley 640 de 2001, artículo 1º: actas de conciliación.
- _ Ley 640 de 2001, artículo 13: obligación para los centros de conciliación de organizar un archivo de actas de conciliación.
- _ Ley 640 de 2001, artículo 18: Control, inspección y vigilancia de los centros de conciliación.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 49: acta de conciliación en materia de familia.
- _ Decreto 30 de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 1º y siguientes: señala el reglamento de registro y/o archivo de actas de conciliación.

Artículo 15. Conciliación ante servidores públicos. Los servidores públicos facultados para conciliar deberán archivar las constancias y las actas y antecedentes de las audiencias de conciliación que celebren, de conformidad con el reglamento que el Gobierno Nacional expida para el efecto.

Igualmente, deberán remitir al Ministerio de Justicia y del Derecho, en los meses de enero y julio, una relación del número de solicitudes radicadas, de las materias objeto de las controversias, del número de acuerdos conciliatorios y del número de audiencias realizadas en cada período. Los servidores públicos facultados para conciliar proporcionarán toda la información adicional que el Ministerio de Justicia y del Derecho les solicite en cualquier momento.

Conc:

- _ Ley 640 de 2001, artículo 13, numeral 5º: obligación estadística para los centros de conciliación.
- _ Decreto 30 de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 1º y siguientes: señala el reglamento de registro y/o archivo de actas de conciliación y constancias.

Artículo 16. Selección del conciliador. La selección de la persona que actuará como conciliador se podrá realizar:

1. Por mutuo acuerdo entre las partes;
2. A prevención, cuando se acuda directamente a un abogado conciliador inscrito ante los centros de conciliación;
3. Por designación que haga el centro de conciliación, o
4. Por solicitud que haga el requirente ante los servidores públicos facultados para conciliar.

Artículo 17. Inhabilidad especial. El conciliador no podrá actuar como árbitro, asesor o apoderado de una de las partes intervinientes en la conciliación en cualquier proceso judicial o arbitral durante un (1) año a partir de la expiración del término previsto para la misma. Esta prohibición será permanente en la causa en que haya intervenido como conciliador.

Los centros de conciliación no podrán intervenir en casos en los cuales se encuentren directamente interesados los centros o sus funcionarios.

Artículo 18. Control, inspección y vigilancia. El Ministerio de Justicia y del Derecho tendrá funciones de control, inspección y vigilancia sobre los centros de conciliación y/o arbitraje. Adicionalmente, el Ministerio de Justicia y del Derecho podrá imponer las sanciones a que se refiere el artículo 94 de la Ley 446 de 1998.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia

C-917 de 2002

Las expresiones “los conciliadores, con excepción de los jueces, y sobre” y “Para ello podrá instruir sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulen su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.” de este artículo fueron declaradas inexecutable.

Conc:

_ Ley 446 de 1998, artículo 94: sanciones a los centros de conciliación.

_ Decreto 498 de 1996 del Ministerio de Justicia: causales de incumplimiento y sanciones.

_ Resolución 1342 de 2004 del Ministerio del Interior y de Justicia: causales de revocatoria de la autorización del centro de conciliación.

CAPÍTULO IV DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN DERECHO

Artículo 19. Conciliación. Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios.

Conc:

_ Ley 446 de 1998, artículo 65: asuntos conciliables.

_ Decreto 2303 de 1989, artículo 44: improcedencia de la conciliación en asuntos agrarios.

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.

La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

Parágrafo. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación.

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.

Conc:

_ Ley 640 de 2001, artículo 37: improbación judicial del acuerdo conciliatorio en materia de lo contencioso administrativo.

_ Ley 23 de 1991, artículo 53: solicitud de conciliación en materia de familia interrumpe caducidad.

Artículo 22. Inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.

Conc:

_ Decreto 2303 de 1989, artículo 40: falta de ánimo conciliatorio en la jurisdicción agraria.

_ Decreto 2303 de 1989, artículo 45: audiencia de conciliación judicial en materia agraria.

CAPÍTULO V DE LA CONCILIACION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Artículo 23. Conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia

C-893 de 2001

La expresión “y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia” de este artículo, fue declarada inexecutable.

Conc:

- _ Ley 678 de 2001, artículo 13: Conciliación extrajudicial en los procesos de repetición.
- _ Ley 288 de 1996: Proceso para el pago de indemnizaciones por violación de derechos humanos.
- _ Ley 80 de 1993, artículo 73: Legitimación para sujetos diferentes, en relación con las controversias contractuales del estado, a los agentes del Ministerio Público.
- _ Directiva Presidencial 02 de 2003: imparte órdenes para que las entidades públicas aplique los métodos alternativos de solución de conflictos entre ellas.
- _ Decreto 2511 de 1998 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 2º y siguientes: normas relativas a la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa.

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 improvisión. El auto aprobatorio no será consultable.

Conc:

- _ Ley 446 de 1998, artículo 73: competencia para la aprobación judicial de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativo.

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.

Artículo 26. Pruebas en la conciliación judicial. En desarrollo de la audiencia de conciliación judicial en asuntos de lo contencioso administrativo, el juez o magistrado, de oficio, o a petición del Ministerio Público, podrá decretar las pruebas necesarias para establecer los presupuestos de hecho y de derecho del acuerdo conciliatorio. Las pruebas se practicarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de conciliación.

CAPÍTULO VI DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CIVIL

Artículo 27. Conciliación extrajudicial en materia civil. La conciliación extrajudicial en derecho en materias que sean de competencia de los jueces civiles 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.

Conc:

_ Ley 550 de 1999, artículo 7º: facultad a los promotores de los acuerdos de reestructuración a efectos de actuar como conciliadores.

_ Ley 510 de 1999, artículo 68: facultad a las bolsas de valores para actuar como conciliadoras.

_ Ley 222 de 1995, artículo 229: facultad a las entidades de inspección, vigilancia o control de las sociedades para actuar como conciliadoras.

_ Decreto 2303 de 1989, artículo 36: conciliación antes del juicio en materia agraria.

_ Decreto 2303 de 1989, artículo 37: trámite de la conciliación prejudicial en la jurisdicción agraria.

CAPÍTULO VII DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA LABORAL

Artículo 28. Conciliación extrajudicial en materia laboral. La conciliación extrajudicial en derecho en materia laboral podrá ser adelantada, ante los inspectores de trabajo, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del Ministerio Público en materia laboral. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia

C-893 de 2001

Las expresiones “ante conciliadores de los centros de conciliación” “y ante los notarios” de este artículo, fueron declaradas inexecutable.

Conc:

_ Decreto 2511 de 1998 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 20: solicitud y trámite de la conciliación prejudicial en materia laboral.

_ Decreto 2511 de 1998 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 30: mérito ejecutivo de la acta de conciliación.

_ Ley 222 de 1995, artículo 229: facultad a las entidades de inspección, vigilancia o control de las sociedades para actuar como conciliadoras.

- _ Ley 23 de 1991, artículo 35: acuerdo parcial.
- _ Decreto 2158 de 1948, Código Procesal Laboral, artículo 19: oportunidad para la conciliación.

Artículo 29. Inexequible sentencia C-204 de 2003, Corte Constitucional.

Artículo 30. Inexequible sentencia C-893 de 2001, Corte Constitucional.

CAPÍTULO VIII CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE FAMILIA

Artículo 31. Conciliación extrajudicial en materia de familia. La conciliación extrajudicial en derecho en materia 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.

Estos podrán conciliar en 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.

Conc:

- _ Ley 23 de 1991, artículo 47: asuntos conciliables ante el defensor de familia.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 49: acta de conciliación y efectos.
- _ Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, artículo 277: competencia del defensor de familia.
- _ Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, artículo 136 y siguientes: conciliación en materia alimentaria

Artículo 32. Medidas provisionales en la conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de familia. Si fuere urgente los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.

Los conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales y los notarios podrán solicitar al juez competente la toma de las medidas señaladas en el presente artículo.

El incumplimiento de estas medidas acarreará multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del sujeto pasivo de la medida a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Conc:

_ Ley 575 de 2002, artículo 1º: facultades del juez de paz y conciliador para hacer cesar la violencia intrafamiliar.

_ Ley 575 de 2002, artículo 8º: conciliación antes de la audiencia adelantada ante el comisario de familia o el juez de la misma área.

_ Ley 23 de 1991, artículo 50 y 51: medidas cautelares para procesos alimentarios.

_ Ley 23 de 1991, artículo 49: acta de conciliación y efectos.

_ Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, artículo 277: competencia del defensor de familia.

CAPÍTULO IX

DE LA CONCILIACION EN MATERIAS DE COMPETENCIA Y DE CONSUMO

Artículo 33. Conciliación en procesos de competencia. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados.

La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Sin que se altere la naturaleza del procedimiento, en la audiencia de conciliación, el superintendente podrá imponer las sanciones que por inasistencia se prevén en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 34. Conciliación en materia de consumo. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá citar, de oficio o a petición de parte, a una audiencia de conciliación dentro del proceso que se adelante por presentación de una petición, queja o reclamo en materia de protección al consumidor. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y prestarán mérito ejecutivo.

CAPÍTULO X

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

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, 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 del 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 encuentra 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 en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia

C-893 de 2001

Las expresiones “es requisito de procedibilidad” y “laboral” de este artículo, fueron declaradas inexecutable.

Sentencia

C-1195 de 2001

La expresión familia de este artículo, fue declarada executable de manera condicionada, en relación con el acceso a la administración de justicia.

“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.

[Resuelve...] Tercero.- Declarar executable 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.”

Conc:

_ Ley 640 de 2001, Capítulo X: requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en derecho.

_ Ley 640 de 2001, artículo 42: Vigencia gradual del requisito de procedibilidad.

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.

Conc:

_ Ley 640 de 2001, Capítulo X: requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en derecho.

Artículo 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 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.

Conc:

_ Ley 768 de 2001, artículo 13: posibilidad de adelantar la conciliación extrajudicial en los procesos de repetición.

_ Ley 768 de 2001, artículo 13: mérito ejecutivo de la conciliación en los procesos de repetición.

_ Ley 640 de 2001, artículo 21: suspensión de la prescripción o de la caducidad

_ Ley 446 de 1998, artículo 70: asuntos susceptibles de conciliación contencioso administrativa.

_ Ley 446 de 1998, artículo 71: revocatoria directa.

_ Ley 446 de 1998, artículo 81: procedibilidad de la conciliación administrativa extrajudicial.

_ Ley 446 de 1998, artículo 81: efectos de la conciliación administrativa.

_ Decreto 2511 de 1998 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 2°: personas facultadas para conciliar.

_ Decreto 2511 de 1998 del Ministerio de Justicia y del Derecho, artículo 13°: mérito ejecutivo y cosa juzgada.

_ Ley 80 de 1993, artículo 68: utilización de mecanismos de resolución directa de las controversias contractuales.

_ Ley 80 de 1993, artículo 69: Improcedencia de los mecanismos de solución directa.

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.

Conc:

_ Ley 446 de 1998, artículo 69: conciliación en los contratos de arrendamiento.

Artículo 39. Inexequible sentencia C-893 de 2001, Corte Constitucional.

Artículo 40. Exequible de manera condicionada sentencia C-1195 de 2001. 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. 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.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia

C-1195 de 2001

La conciliación como requisito de procedibilidad en materia de familia, de este artículo, fue declarada exequible de manera condicionada.

“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.

[Resuelve...] 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.”

Conc:

_ Ley 23 de 1991, artículo 52: la audiencia extrajudicial suple la judicial.

_ Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, artículo 143: conciliación en materia alimentaria.

Artículo 41. Servicio social de centros de conciliación. El Gobierno Nacional expedirá el reglamento en que establezca un porcentaje de conciliaciones que los centros de conciliación y los notarios deberán atender gratuitamente cuando se trate de audiencias sobre asuntos respecto de los cuales esta ley exija el cumplimiento del requisito de procedibilidad y fijará las condiciones que los solicitantes de la conciliación deberán acreditar para que se les conceda este beneficio. Atender estas audiencias de conciliación será de forzosa aceptación para los conciliadores.

Conc:

_ Ley 640 de 2001, artículo 4º: gratuidad de la conciliación.

_ Ley 640 de 2001, artículo 9º: tarifas de los conciliadores.

Artículo 42. Artículo transitorio. Las normas previstas en el presente capítulo entrarán en vigencia gradualmente, atendiendo al número de conciliadores existentes en cada distrito judicial para cada área de jurisdicción.

En consecuencia, con base en el último reporte anualizado disponible expedido por el Consejo Superior de la Judicatura sobre número de procesos ingresados a las jurisdicciones civil, laboral, de familia y contencioso administrativa, independientemente, el Ministerio de Justicia y del Derecho determinará la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad para cada distrito judicial y para cada área de la jurisdicción una vez aquél cuente con un número de conciliadores equivalente a por lo menos el dos por ciento (2%) del número total de procesos anuales que por área entren a cada distrito.

Parágrafo. Para la determinación del índice de que trata este artículo, no se tendrá en cuenta el número de estudiantes que actúen como conciliadores en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de facultades de derecho.

Conc:

_ Resolución 841 de 2002, del Ministerio de Justicia y del Derecho: requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de familia.

_ Resolución 198 de 2002, del Ministerio de Justicia y del Derecho: requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción civil y de familia.

_ Decreto 2771 de 2001, del Ministerio de Justicia y del Derecho: reglas para establecer la conciliación como requisito de procedibilidad.

CAPÍTULO XI DE LA CONCILIACION JUDICIAL

Artículo 43. Oportunidad para la audiencia de conciliación judicial. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

En la audiencia el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento. El incumplimiento de este deber constituirá falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación. Si la conciliación recae sobre la totalidad del litigio, el juez dictará un auto declarando terminado el proceso, en caso contrario, el proceso continuará respecto de lo no conciliado.

Conc:

- _ Ley 678 de 2001, artículo 12: Conciliación judicial en los procesos de repetición.
- _ Ley 446 de 1998, artículo 104: Solicitud de audiencia en procesos contencioso administrativos.
- _ Ley 80 de 1993, artículo 75: Conciliación judicial en controversias contractuales del estado.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 35: acuerdo parcial en la conciliación laboral.
- _ Ley 23 de 1991, artículo 81: efectos del acuerdo conciliatorio.
- _ Decreto 2303 de 1989, artículo 35: conciliación parcial en materia agraria.
- _ Decreto 2303 de 1989, artículo 45: obligatoriedad y oportunidad de la conciliación agraria.
- _ Decreto 2303 de 1989, artículo 49: procedencia, contenido y trámite de la audiencia de conciliación judicial agraria.
- _ Ley 6 de 1975, artículo 19: liquidación del contrato de aparcería.
- _ Código de Procedimiento Civil, artículo 101: procedencia, contenido y trámite de la audiencia de conciliación.
- _ Código de Procedimiento Civil, artículo 432: procedencia, contenido y trámite de la audiencia de conciliación en los procesos verbales.
- _ Código de Procedimiento Civil, artículo 439: procedencia, contenido y trámite de la audiencia de conciliación en los procesos abreviados.

Artículo 44. Suspensión de la audiencia de conciliación judicial. La audiencia de conciliación judicial sólo podrá suspenderse cuando las partes por mutuo acuerdo la soliciten y siempre que a juicio del juez haya ánimo conciliatorio.

Parágrafo 1°. En estos casos el juez no podrá suspender de plano la audiencia sin que se haya realizado discusión sobre el conflicto con el fin de determinar el ánimo conciliatorio.

Parágrafo 2°. En la misma audiencia se fijará una nueva fecha y hora para su continuación, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco (5) días.

Artículo 45. Fijación de una nueva fecha para la celebración de la audiencia de conciliación judicial. Si la audiencia, solicitada de común acuerdo, no se celebrare por alguna de las causales previstas en el parágrafo del artículo 103 de la Ley 446 de 1998, el juez fijará una nueva fecha para la celebración de la audiencia de conciliación. La nueva fecha deberá fijarse dentro de un plazo que no exceda de diez (10) días hábiles.

Si la audiencia no se celebrare por la inasistencia injustificada de alguna de las partes, no se podrá fijar nueva fecha para su realización, salvo que las partes nuevamente lo soliciten de común acuerdo.

Conc:

Ley 446 de 1998, artículo 103: Sanciones por la inasistencia a la audiencia de conciliación.

CAPÍTULO XII CONSEJO NACIONAL DE CONCILIACION Y ACCESO A LA JUSTICIA

Artículo 46. Consejo nacional de conciliación y acceso a la justicia. Créase el consejo nacional de conciliación y acceso a la justicia como un organismo asesor del Gobierno Nacional en materias de acceso a la justicia y fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el cual estará adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho. El consejo nacional de conciliación y acceso a la justicia comenzará a operar dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, en los términos que señale el reglamento expedido por el Gobierno Nacional, y estará integrado por:

1. El Ministro de Justicia y del Derecho o el Viceministro, quien lo presidirá.
2. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado.
3. El Ministro de Educación o su delegado.
4. El Procurador General de la Nación o su delegado.
5. El Fiscal General de la Nación o su delegado.
6. El Defensor del Pueblo o su delegado.
7. El Presidente del Consejo Superior de la Judicatura o su delegado.
8. El Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o su delegado.
9. Dos (2) representantes de los centros de conciliación y/o arbitraje.
10. Un (1) representante de los consultorios jurídicos de las universidades.
11. Un (1) representante de las casas de justicia.
12. Un (1) representante de los notarios.

Los representantes indicados en los numerales 9º, 10, 11 y 12 serán escogidos por el Presidente de la República de quienes postulen los grupos interesados para períodos de dos (2) años.

Parágrafo. Este consejo contará con una secretaría técnica a cargo de la dirección de acceso y fortalecimiento a los medios alternativos de solución de conflictos del Ministerio de Justicia y del Derecho.

CAPÍTULO XIII CONCILIACION ANTE EL DEFENSOR DEL CLIENTE

Artículo 47. Inexequible sentencia C-500 de 2001, Corte Constitucional.

CAPÍTULO XIV COMPILACION, VIGENCIA Y DEROGATORIAS

Artículo 48. Compilación. Se faculta al Gobierno Nacional para que, dentro de los (3) meses siguientes a la expedición de esta ley, compile las normas aplicables a la conciliación, que se encuentren vigentes, en esta ley, en la Ley 446 de 1998, en la Ley 23 de 1991 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción ni su contenido.

Conc:

_ Ley 446 de 1998, artículo 166: estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Artículo 49. Derogatorias. Deróganse los artículos 67, 74, 76, 78, 79, 88, 89, 93, 95, 97, 98 y 101 de la Ley 446 de 1998 y los artículos 28, 29, 34, 42, 60, 65, 65-A parágrafo, 72, 73, 75 y 80 de la Ley 23 de 1991.

Conc:

_ Ley 446 de 1998, artículo 162: legislación permanente adoptada del Decreto 2651 de 1991.

_ Ley 446 de 1998, artículo 164: vigencia en materia contencioso administrativa.

_ Ley 446 de 1998, artículo 167: derogatorias.

_ Decreto 2651 de 1991, artículo 1º: temporalidad de las normas adoptadas.

Artículo 50. Vigencia. Esta ley empezará a regir un (1) año después de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencias

C-500 de 2001

La expresión “Salvo el artículo 47, que regirá inmediatamente” de este artículo, fue declarada inexequible

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.C., a 5 de enero de 2001.