

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 76

AÑO VII

FECHA: 1 de AGOSTO de 2019

ASUNTO: ¿El arbitraje en materia penal es jurídicamente posible? (Primera parte)

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

Desde que la sociedad *natural* toma la decisión de organizarse políticamente, crea al Estado para que en su nombre y representación rija los destinos comunitarios, y le asigna al mismo tiempo el cumplimiento de dos cometidos fundamentales, la seguridad y la consecución del interés general y del bien común. Estos objetivos concretos, que, a la vez, son los que justifican la existencia del ente estatal y la conveniencia de que la sociedad natural o primaria se rija por las reglas uniformes que impone la política de la convivencia, -que se encomienda al derecho en todas sus manifestaciones- se cumple a través de *funciones* concretas que abarcan todos los estadios en que se expresa la actividad popular que tiene que ordenar el Estado. Se trata entonces de *funciones* que, a más de ser concretas también se caracterizan por ser fundamentales o esenciales para que la sociedad política no se desintegre y retroceda. Una de las funciones estructurales del ente estatal es impartir de *justicia*, que proviene de la sociedad natural que renuncia al derecho de administrarla por mano propia, para delegarla en el ente político que crea, de lo que se sigue que, en lo sucesivo, sólo el Estado es titular de ella, de conformidad a los principios y reglas que desarrolle la jurisdicción que la organiza, lo que lleva a concluir que la justicia es una función y un servicio, ambos privativos, del ente regulador de la sociedad. Así se tiene que la jurisdicción no es otra cosa que la soberanía estatal ejercida por conducto de los órganos a los cuales se atribuye, para satisfacer intereses generales y lograr la convivencia, y, secundariamente, aplicar el derecho sustancial a un caso concreto. [Con razón ha dicho el profesor Manuel Ibáñez Frocham que la jurisdicción nace de la esencia de todo tipo de organización estatal y señala un monopolio como atributo de su soberanía. Ver, La jurisdicción, pág. 45, Astrea, Buenos Aires, 1972].

Como la función jurisdiccional es *monopolio* del Estado resulta fácil deducir que se caracteriza por ser *general*, en cuanto ninguna materia o asunto escapa a ella; su *ámbito espacial* es todo el territorio de dicho ente; resulta *exclusiva* en la medida en que puede ser ejercida por los funcionarios públicos a quienes se le distribuye (no necesariamente los jueces) y por quienes ella delega su ejercicio en casos especiales o transitorios (como en el caso del arbitraje), y finalmente, tiene la peculiaridad de ser *permanente* (dura lo que dura el Estado), pero puede ser atribuida de manera temporal (por ejemplo, a los árbitros). [En estricto rigor, en este evento se habla de jurisdicción *temporal*, como sucede en el arbitraje, pero ello no es así porque en el fondo es el Estado quien la ejerce, aunque, la delegue por un tiempo en ciertos casos, y quien la aplica obra en su nombre y como agente suyo]. [La profesora Rosa Ventas Sastre sostiene que, en definitiva, hay dos formas de administrar justicia, por el Estado y la que nace del acuerdo de voluntad de los que están envueltos en un conflicto de intereses (arbitraje), Ver, ¿Sería posible reducir al arbitraje determinadas materias penales, Universidad Camilo José Cela, Madrid, 2017].

Pero, en esencia, la función jurisdiccional no es simplemente un *monopolio* del Estado, sino que de modo principal es un *atributo* del mismo, eso sí, monopolístico, porque proviene de su poder de mando, supremo, último (inapelable, inderogable) e incuestionable (porque ningún súbdito puede provocar su suspensión o derogación). En conclusión, el Estado es quien administra justicia, sea

que obre por sí mismo o de manera delegada, [Para el caso particular de Colombia, la Constitución Política consagra el derecho del ente estatal a juzgar ante juez o tribunal competente, bajo las formas propias de cada juicio (art. 29), y claramente establece que la administración de justicia es una función pública (art. 228 *ibídem*), y cuando tal cosa sucede (esto es, obrar directamente a través de sus agentes o por delegación), el agente jurisdiccional ejerce los poderes necesarios para brindar una pronta y cumplida justicia: Poder de *decisión* (para pronunciarse de fondo); poder de *ejecución* (entendido como la posibilidad de hacer cumplir una obligación jurídica); poder de *coerción* (que proporciona el normal desarrollo del proceso), y poder de *documentación* (que equivale a la facultad de registrar las actuaciones procesales).

Cabe ahora formularnos una pregunta previa para definir luego si los asuntos penales pueden ser decididos por árbitros: ¿La facultad de administrar justicia puede ser delegada por el ente estatal a particulares? Sea lo primero manifestar que en el trasegar histórico de la humanidad no sólo se ha acudido al Estado para que administre justicia sino que también ha sido aceptado y practicado el arbitraje (como en Roma antigua, el imperio carolingio, la legislación española medieval, etc.). En el primero, el ente público ejerce directamente la jurisdicción, y en el segundo es la voluntad de las partes en controversia la que lleva a que sean jueces nombrados por ellas los que definan el conflicto. [Algunos cronistas sostienen que el arbitraje es socialmente más antiguo que el proceso]. Modernamente, se habla de “métodos *alternativos* de solución de *controversias*”, paralelos a la justicia estatal, entre los que se reconoce al arbitraje.

No cabe duda que, en nuestro país, el inciso 4 del artículo 116 de la Constitución Nacional define positivamente el asunto, al expresar que “*los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia ... a través de árbitros habilitados por las partes*”, lo cual ha quedado suficientemente explicado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda, lo que desplaza la intervención de la jurisdicción estatal ordinaria y abre paso a la arbitral, en razón del acuerdo de las partes en conflicto a este respecto [Ver, Corte Constitucional, Sentencias C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía; C-163 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; y C-098 de 2001, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez], siempre y cuando las partes tengan derecho de disposición sobre su interés sustancial [por lo que se excluyen casos como: las controversias en que está involucrado el orden público, el estado civil de las personas, los atentatorios de las buenas costumbres, los derechos mínimos, los derechos de incapaces, los derechos mínimos o el mínimo vital, etc.]. [Ver, a este respecto, Corte Constitucional, Sentencias C-242 de 1997, C-294 de 1999, y C-330 de 2000, M.P.]. Pero, aun en este caso, resulta evidente que el *sustento* jurídico del arbitraje está consagrado en el inciso 4 del citado artículo, y que es la expresa autorización o permiso de carácter constitucional lo que permite que los particulares puedan administrar justicia transitoriamente, cuando su voluntad excluye ventilar el juicio ante jueces ordinarios, lo que trae por consecuencia que dichos jueces, llamados “particulares o privados”, obren como delegatarios del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, a la cual no renuncia éste por la sola delegación, entendiéndose, antes bien, que *la delegación resulta un acto confirmatorio y de prolongación de la jurisdicción pública* [Esto es tan evidente que los árbitros administran justicia en nombre del Estado, y en no pocas legislaciones se somete a revisión por vía judicial la decisión laudatoria, bien consagrando su apelación, o estableciendo el recurso extraordinario de anulación (como en Colombia)]. [En el caso de nuestro país ver artículos 1 y 40 de la Ley 1563/2012].

Expuesto lo anterior pasamos a formular la pregunta de fondo de la presente entrega de GACETA ARBITRAL: ¿Es legalmente procedente el arbitraje de asuntos penales? La respuesta amerita las siguientes consideraciones:

1). El impacto inicial que causa el interrogante nos lleva a tener en cuenta, en primer término, la *naturaleza* del derecho penal y el procedimiento de las causas criminales. Para el caso no debe

perderse de vista que, como lo anotamos arriba, la función de administrar justicia es *atributo* exclusivo del poder público (art. 116 C.N.), porque constituye una *función pública*, descentralizada y autónoma (art. 228 C.N.), que se manifiesta a partir de la creación de los órganos que asumen la competencia para su materialización. Entre dichas jurisdicciones está expresamente reconocida y desarrollada la *jurisdicción penal* (arts. 113, 116 C.N. y 28 y 29 C.P.), tanto en su función material (código penal) como adjetiva (código de procedimiento penal), [Ley 599/2000, para el código penal, y Ley 604/2004, para el proceso penal]. Esta jurisdicción sólo se pone en movimiento por motivos previamente definidos en la ley, a virtud de intervención de autoridad competente, con el lleno de las formalidades que correspondan (art. 28 C.N.), y siempre y cuando se observe la garantía del debido proceso (art. 29 *ibidem*). Es, por ello, que el Estado es el titular de la *acción* penal, y conforme a ella está obligado a investigar los hechos que revistan las características de delito, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, bien de oficio o en razón de denuncia o querrela (o por cualquier otro medio), y fruto del carácter de la acción no puede suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal (salvo los casos en que se admite legalmente el principio de oportunidad), (art. 66 C.N.);

2). Ello nos lleva a concluir que dada la calidad *privativa* en la titularidad de la jurisdicción penal, ostentada por el ente público, la naturaleza de la acción del mismo nombre, y el deber de llevar a cabo la persecución penal, el Estado se obliga, como regla general, a *iniciar de oficio* la investigación de los reatos, *con salvedad de los que requieran formulación de querrela* (art. 66 C.N.), y cuando debe abrirse paso a la aplicación del principio de oportunidad (art. 322 C.P.P.). Siendo así, la jurisdicción penal se rige por los principios de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (arts. 10, 11 y 12 C.P.), la garantía fundamental de la presunción de inocencia (art. 7 C.P.P.), y el *principio de legalidad*, que obra como instrumento de garantía del debido proceso, y cuyo reconocimiento expreso está contenido tanto en el código penal como en el procesal penal [Ver, art. 6, de cada uno]. Es, por ello, que conforme a la doctrina del *principio de legalidad* (en su contenido sustantivo y adjetivo), toda la actividad penal supone la ley preexistente con relación al hecho imputado, la competencia del agente judicial, y la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio (art. 6 C.P./C.P.P.). Sin más, el carácter *público* de la jurisdicción penal (privativa y excluyente), la titularidad de la acción, y la naturaleza pública de la investigación y del proceso, cuando campea el principio de legalidad, *excluyen la posibilidad de que los indiciados, imputados, acusados o condenados, de una parte, y las víctimas de otra, puedan resolver la situación delictual penal por sí mismas o mediante alguna figura autocompositiva permitida de la justicia restaurativa, o ante la jurisdicción arbitral*;

3). Sin embargo, el *rigorismo* del *principio de legalidad* sustancial y procesal (art. 322 C.P.P.) se hace flexible, por disposición de la propia ley, tratándose de delitos cuya investigación exige formular *querrela de parte, porque en tales casos la ley permite que la supuesta víctima decida denunciar o no los hechos correspondientes*, en atención a que la lesión causada al bien jurídicamente tutelado no afecta a la comunidad en general sino apenas al interés particular [Lo que en el fondo equivale a decir que la ley penal establece dos categorías de delitos, según su gravedad, aquellos que investiga oficiosamente y que comportan una lesión jurídica socialmente grave, y otros menos dañinos en que el ejercicio de la acción penal queda al arbitrio del afectado]. [Pueden citarse, a vía enunciativa, los siguientes delitos querellables y su ubicación normativa: Los que no tienen pena privativa de la libertad (74); las lesiones personales en los términos del artículo 74; la calumnia y la injuria (220 y 221); malversación y dilapidación de bienes familiares (236); emisión y transferencia ilegal de cheques (248); alzamiento de bienes (253); usurpación de tierras (261); perturbación y posesión de inmuebles (264); daño en bien ajeno (265); etc.]. [Ver, art. 74 C.P.P., modificado por el art. 100 de la Ley 1453/2011]. En esta última categoría de delitos penales prima el principio de oportunidad sobre el de legalidad. [FIN DE LA PRIMERA PARTE]. © D.R.A.

