

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 77

AÑO VII

FECHA: 1 de SEPTIEMBRE de 2019

ASUNTO: ¿El arbitraje en materia penal es jurídicamente posible? (Segunda parte, y final)

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

Tratándose de esta clase de delitos la querrela es condición de *procedibilidad* para que el sujeto pasivo pueda ejercer la acción penal (o sea, que se descarta la investigación oficiosa), (arts. 70 y 71 C.P.P.), y el derecho de éste a optar por ella caduca a los 6 meses de haberse cometido el hecho (art. 73 *ibídem*). Por consiguiente, el *principio de legalidad* se aplica a toda investigación penal, con la salvedad de aquellos en que prima el *principio de oportunidad*, en los casos y condiciones previstos en la ley penal (arts. 74 y 322 C.P.P.), de ahí que el inciso 2 del artículo 66 del C.P.P. exprese que sólo se puede suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal cuando se aplique el principio de oportunidad;

4). Es, justamente, la consagración del principio de *oportunidad* en la legislación penal lo que permite que escapen del conocimiento oficioso del Estado los delitos que no quedan amarrados al principio de la legalidad, como expresamente lo consagran los artículos 74 y 322 C.P.P. En tal virtud, si el delito es querellable y el ofendido no ha ejercido la acción penal, sin la cual no se abre la investigación, la Fiscalía no puede perseguir a los autores y partícipes de tales delitos, y si ya ha sido formulada está obligada a suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, cuando la víctima ejerce el derecho que emana del principio de oportunidad. [Como puede deducirse el principio de oportunidad es el mecanismo que en la práctica permite desjudicializar el proceso penal]. *Pensamos que, justamente, sobre este tipo de delitos es que podría llegar a convenirse el arbitraje.* Así las cosas, a través de esta precisión se resuelve el supuesto conflicto entre el sistema penal y el arbitraje, de modo que no es incompatible que un asunto de tipo penal, -querellable o de aplicación del principio de oportunidad-, se ventile en la jurisdicción arbitral, siempre y cuando se cumplan los requisitos para que ello se realice en la práctica, entre los que se incluye la disponibilidad del derecho discutido, porque el reconocimiento legal del principio de oportunidad abre paso al árbitro, sin que tenga que observarse su antítesis (el derecho de legalidad). [En esas precisas circunstancias no habría lugar, como lo reconoce la doctrina moderna, a que se produzca una grave incompatibilidad entre la aplicación del principio de legalidad y el de oportunidad].

Pero, cuáles son dichos delitos? Están determinados en la ley procesal penal? La respuesta es afirmativa, porque los artículos 70 y 71 del C.P.P. consagran los delitos querellables, y el 324 *ibídem*, modificado por el artículo 2 de la Ley 1312/2009, y adicionado por el artículo 40 de la Ley 1474/2011, contiene la enumeración taxativa de las situaciones en que es posible ejercer el derecho de *oportunidad*. [Son ejemplos, entre otros de situaciones a las que se aplica el principio de oportunidad, las siguientes: Los delitos con pena privativa menor de 6 años, o pena principal de multa; cuando proceda la suspensión del procedimiento en caso que obre la justicia restaurativa; cuando el sujeto pasivo colabore para que el delito siga ejecutándose o si decide ser testigo; en los delitos sobre el patrimonio económico; cuando la imputación subjetiva sea culposa; cuando se preste el nombre para adquirir o poseer bienes ilícitos, etc. Ver, arty. 324 C.P.P. , modificado por el art. 2 de la Ley 1312/2009]. Expuesto así el punto nos parece que no hay incompatibilidad entre la

aplicación del principio de legalidad y el de oportunidad, y que este último contribuye a un rápido y eficaz logro de la justicia para la víctima;

5). En cualquiera de las dos situaciones en que resultaría viable el arbitraje en materia penal (delitos querellables/situaciones propias del principio de oportunidad) se produce una *desjudicialización* de la acción penal, cuyo efecto precisamos a continuación. Lo que es materia de arbitraje, a nuestro parecer, es aquello que proviniendo de situaciones consagradas en la legislación penal como delito puede ser objeto de un derecho patrimonial disponible. *No se trata, por consiguiente, de que los árbitros se conviertan en jueces penales para adelantar la investigación y llevar a cabo todas las etapas del proceso criminal, sino de ventilar ante ellos las situaciones que afectan su interés particular o privado, susceptible de ser estimado patrimonialmente, cuando ambas partes en controversia son capaces de disponer libremente de lo suyo.* [En el caso particular de los delitos querellables no se ejercita la acción penal ante la jurisdicción del mismo nombre, o si se ha ejercitado se desiste de ella, en las oportunidades previstas en el artículo 76 del C.P.P. En los que corresponden al principio de *oportunidad*, la actuación penal puede ser interrumpida o terminada, en las situaciones legalmente permitidas, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, y en los términos y condiciones previstos en el código de procedimiento penal, con las exclusiones contenidas en la ley penal]. La *extinción* de la acción penal por no haberla ejercitado oportunamente, o cuando está en curso y se desiste de ella, lo mismo que cuando se aplica el principio de oportunidad, trae adicionalmente otro efecto, la cosa juzgada. [Ver, arts 77 y 80 C.P.P.]. Pero, ese efecto *no se extiende a la acción civil derivada del injusto*, por lo que el meollo de la controversia civil puede ser arbitrada. Nos parece que bajo estos términos queda permitida la arbitrabilidad de las controversias privadas disponibles que tienen la categoría de delitos penales, pero únicamente en esos casos;

6). Quizás convenga ahora establecer cuál es el fundamento constitucional y legal para que el arbitraje, en los términos expuestos, resulte procedente en asuntos de origen penal. En primer término debe tenerse en cuenta el artículo 116 de la Constitución Nacional, en cuyo inciso cuarto se habilita a los particulares para administrar justicia, en calidad de árbitros, con carácter transitorio, en los términos determinados por la ley, lo que quiere decir que nuestro ordenamiento superior acepta la función de particulares para resolver de forma definitiva una disputa, de índole fáctica o jurídica, lo que lleva a concluir que los árbitros ejercer una función de tipo constitucional, y que su investidura proviene de la voluntad autónoma de las partes de la relación jurídica controversial, [Ver, Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, ya citada], lo cual ya estaba reconocido por dicha Superioridad al determinar que el arbitramento, que es lo que interesa para el caso de estudio, consiste en un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte [Ver, Sentencia C-242/1997, M.P. Hernando Herrera Vergara].

Por consiguiente, el arbitraje es un acto eminentemente jurisdiccional, en la medida que envuelve una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permite a los particulares -como lo dispone el artículo 116 de la Carta Política-, impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-431/1995, M.P. Hernando Herrera Mercado], de manera que se crea una jurisdicción autónoma y transitoria, para resolver conflictos disponibles, como son los del tipo comentado en esta entrega. Nada impide, por consiguiente, que asuntos particulares o privados de naturaleza disponible sean arbitrales, así se relacionen con hechos tipificantes de delito penal, *en los precisos términos expuestos* y sólo en esos.

Ahora bien, como la Constitución Nacional expresa que los árbitros obran según y conforme lo determine la ley, agregamos que la Ley 1563/2012, conocida como Estatuto Arbitral, creó y reguló el arbitraje para todo tipo de asuntos disponibles, o para los casos que expresamente consagre una norma legal (art. 1). Los dos fundamentos anteriores se encuentran en perfecta consonancia con el espíritu de la norma contenida en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, que en lo pertinente deja claramente establecido que los efectos de la extinción de la obligación penal *no se extiende a la acción civil derivada del injusto*, lo que abre paso a que los asuntos de índole civil involucrados en delitos penales querellables o en aquellos que sea viable aplicar el principio de oportunidad, puedan ser materia de arbitraje, si tienen el carácter de disponibles.

Creemos, por tanto, que no se necesitan más argumentos que justifiquen la posibilidad jurídica que de los asuntos civiles o comunes derivados de los delitos penales a que hemos hecho referencia (querellables y en los que se aplica el principio de oportunidad), puedan ser sometidos a arbitraje, siempre y cuando tales asuntos sean disponibles.

Con todo, hay quienes han dicho que otro fundamento para arbitrar esas materias está constituido por los *mecanismos de la justicia restaurativa*, como son la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación (según el artículo 521 C.P.P.), y conforme a su amplia opinión expresan que tales mecanismos no se refieren sólo a los mencionados, sino que pueden existir otros, y citan a su favor la Sentencia C-979 de 26 de septiembre de 2005, de la Corte Constitucional, Exp. D-5590, M.P. Jaime Córdoba Triviño, y entre esos otros medios adicionales incluyen el arbitraje, de modo que afirman que éste también se sustenta en la justicia restaurativa.

Para nosotros la afirmación no es correcta porque parte de un supuesto jurídico errado, en razón a que los mecanismos de la *justicia restaurativa* se llevan a cabo *personal y directamente entre el supuesto delincuente y la víctima del delito, o por encargo de ellas a personas que obran en su nombre*, aun fuera de juicio (art. 518 y 521 *ibídem*), como es el caso del arreglo directo, la conciliación y la mediación, pero, la definición de la cuestión restaurativa no sale de ellas (no se efectúa fuera de su órbita o campo personal). Ni sale de ellas ni hay un nuevo proceso para ello (puesto que se hace el acuerdo fuera del proceso o dentro de él, en cualquier etapa). Tal cosa es así porque el artículo 518 del C.P.P., sin duda, dispone que el acuerdo se realiza entre la víctima y el supuesto delincuente, y que en ese empeño *deben obrar conjuntamente y de forma activa*. Es sencillo, si se concilia *preprocesalmente* no se alcanza a acudir al arbitraje; si se logra la conciliación en el incidente de reparación integral, la forma que obra es la conciliación, lo que supone que tampoco hay arbitraje; y si se acude a la mediación puede decirse, con mayor razón, que aunque se trate de terceros que *median*, ellos provienen de las partes (delincuente y víctima), que son las que finalmente concertan el acuerdo restaurativo.

Así, como puede apreciarse, ninguno de los mecanismos legales restaurativos son fuente del arbitraje, no sirven de sustento o soporte a éste. Sencillamente, se trata de medios *autocompositivos* (y no heterocompositivos, como el arbitraje). Que la Corte Constitucional dijo en la Sentencia C-979/2005, que había más medios restaurativos?, nadie lo duda, porque, por ejemplo, puede agregarse la amigable composición, que sigue siendo “auto” compositiva (o entre partes), pero, de ahí a sostener que el arbitraje tiene un fundamento autocompositivo hay un error grande, porque en el arbitraje las partes trasladan la definición del conflicto a jueces designados por ellas, de manera que el acuerdo restaurativo no se produce entre delincuente y

víctima, sino por los árbitros como jueces [Además de los argumentos expuestos existen otros, que hacen relación a otros aspectos].

7). Somos, finalmente, de la opinión, que la posibilidad de arbitrar los asuntos de origen penal que hemos determinado, puede ofrecer ventajas tanto al aparato judicial del ente estatal, como a la administración de una pronta y cumplida justicia, y a las partes involucradas en el conflicto que se desplaza al arbitraje. [La postura de los seguidores a ultranza del principio de la legalidad en el campo penal no se justifica cuando la sociedad cambia y requiere mecanismo más expeditos que los que ofrece el ente público]. **NO SON pocas las legislaciones actuales que consagran situaciones y principios de orden penal en que el propio Estado reconoce implícitamente que no existe un interés público en la persecución de ciertos delitos** [como los que citamos en esta crónica].

© D.A.R.