

Mediación penal: aspectos teórico-prácticos para su aplicación en Colombia



RED

— Proceso y Justicia —

Eddison David Castrillón García
Sol Leonor Mejía Pulgarín
Nicolás Ortega Tamayo
Gustavo Adolfo Ortiz Cano
María Isabel Ortiz Cano
Catalina Uribe Martínez

Mediación penal: aspectos teórico-prácticos para su aplicación en Colombia



RED

— Proceso y Justicia —

Eddison David Castrillón García
Sol Leonor Mejía Pulgarín
Nicolás Ortega Tamayo
Gustavo Adolfo Ortiz Cano
María Isabel Ortiz Cano
Catalina Uribe Martínez

ISBN (Digital) 978-958-52866-6-5

Primera edición

Noviembre 2024

Editor

Vanessa Franco Ramírez

Revisión de textos

Tomás Vásquez Saldarriaga

Diseño y diagramación

Angela María Pérez Loffsner

Autores

Eddison David Castrillón García

Sol Leonor Mejía Pulgarín

Nicolás Ortega Tamayo

Gustavo Adolfo Ortiz Cano

María Isabel Ortiz Cano

Catalina Uribe Martínez

Escuela

Derecho y Ciencias Políticas

Facultad

Derecho

© **Universidad Pontificia Bolivariana**
Medellín



FONDO EDITORIAL

de la Fundación Reiz para el Estudio
del Proceso y la Justicia

Tabla de contenido

Presentación	7
1. La acción penal	9
2. La justicia restaurativa en materia penal	13
3. Generalidades de la mediación	18
3.1. Diferencia entre la mediación y la conciliación	18
3.2. La mediación como escenario de formación ciudadana	21
3.3. Principios de la mediación	23
3.4. Ventajas de la mediación	25
3.5. Consideraciones éticas de la mediación	26
3.6. El equilibrio de poder en la mediación	28
3.7. Habilidades y técnicas de negociación en la mediación	30
4. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa	35
4.1. Fundamentos legales de la mediación penal	39
4.1.1. Normatividad internacional sobre la mediación penal	39
4.1.2. Normatividad nacional sobre la mediación penal	42
4.2. Asuntos que pueden ser tratados empleando la mediación	45
4.3. Oportunidad procesal de la mediación en todos los tipos de procesos penales en los que es procedente	47
4.4. El procedimiento de mediación penal	49
4.4.1. Solicitud de acudir a la mediación	49
4.4.2. Remisión al centro de mediación	50
4.4.3. Preparación de la mediación penal	51

4.4.4. Desarrollo de la mediación penal	52
4.4.5. Valoración del resultado de la mediación penal y posibles efectos	53
5. Aplicación del principio de oportunidad con ocasión de la mediación como mecanismo de justicia restaurativa	55
Referencias	59
Los autores	65

Presentación

La justicia restaurativa se orienta a establecer un escenario de reparación y reconciliación entre la persona ofendida y el ofensor, así como a reestablecer el vínculo social afectado por la conducta punible. En este sentido, se le da un protagonismo a la víctima con el fin de repararle el daño que le causó el ofensor, quien tiene la oportunidad de restaurar o minimizar los efectos dañinos ocasionados.

La justicia restaurativa es una respuesta al vacío que deja la aplicación de la justicia retributiva, en tanto esta se sustenta en el castigo que debe recibir quien comete un delito; castigo que implica, según la gravedad, una pena de reclusión o privación de la libertad, y que se motiva en que la sociedad recibe una compensación por la transgresión a la ley. No obstante, esta lógica deja como vacío el problema que constituye el daño causado a la víctima, de ahí que en el proceso penal se vinculen los dos modelos de justicia: el retributivo y el restaurativo.

Lo anterior significa que el derecho penal ha evolucionado hacia la materialización de una justicia penal que involucra la reparación del perjuicio causado a la persona ofendida con la conducta punible, la reintegración del ofensor a la comunidad y la asunción de este de la responsabilidad por el daño que causó.

En materia penal, el legislador ha dispuesto tres mecanismos de justicia restaurativa, los cuales han sido incorporados en el Código de Procedimiento Penal: la conciliación preprocesal —para delitos querellables—, la mediación y la conciliación en el incidente de reparación integral. Es necesario avanzar en el conocimiento y la aplicación de dichos mecanismos para materializar una justicia restaurativa que reivindique el protagonismo de la víctima o la persona ofendida.

Teniendo en cuenta esta necesidad, este libro analiza, desde una perspectiva teórico-práctica, temáticas como los mecanismos de justicia restaurativa en materia penal; centrándose en el mecanismo de mediación en materia penal, incluyendo una explicación sobre su procedimiento. En este sentido, es importante tener claridad sobre otros temas necesarios para la comprensión del problema de la justicia restaurativa en materia penal, como la acción penal en los delitos querellables y el principio de oportunidad en el marco de la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa en materia penal.

En este orden de ideas, en esta obra se articulan los mencionados temas con el propósito de presentarle al lector una visión analítica y práctica sobre la mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en materia penal en Colombia, y con el fin de contribuir a promover su aplicación en procura de optimizar sus ventajas y responder a los desafíos que actualmente enfrenta este tipo de justicia en el país.

Resulta relevante, entonces, que los estudiantes de derecho, las abogadas y los abogados, junto con las servidoras y los servidores judiciales, profundicen en la aplicación de la mediación penal. Asimismo, es necesario que la Fiscalía haga mayores esfuerzos para su promoción y operativización, pues si bien la expedición del Manual de Justicia Restaurativa es un avance importante, también es indispensable continuar desarrollando los programas de justicia restaurativa para que cumplan su propósito.



1. La acción penal

La acción penal es el punto de partida del proceso penal, es la ejecución de los mandatos constitucionales que implican la investigación y el juzgamiento de hechos con características delictivas. Este acto es un presupuesto para el funcionamiento de la jurisdicción. Sin embargo, en rigor, la acción penal inicia con la radicación del escrito de acusación en el procedimiento ordinario o con el traslado de dicho escrito en el procedimiento penal abreviado. Siendo ello así, antes de dichos actos procesales nos encontramos con una serie de actuaciones preprocesales que pueden agruparse en audiencias preliminares o requisitos de procedibilidad, como lo es la conciliación en los denominados delitos querellables.

Ahora bien, en la ardua discusión sobre la naturaleza de la acción penal, debemos concluir desde ya es que se trata de una potestad-deber, esto es, de una facultad del Estado como titular de la violencia institucionalizada y, a su turno, de un deber en la medida en que en aquellos casos en los cuales no sea ejercida, debiéndose de ejercer, dicha omisión puede constituir una falta disciplinaria o, incluso, un delito (Solano Vélez et al., 2019).

Por tanto, la acción penal se concreta en la obligación que tiene el Estado de perseguir todos los hechos que revistan las características de un delito. Esa obligación es ejecutoriada mediante la Fiscalía General de la Nación, la cual tiene el deber constitucional de investigar esos hechos delictivos sustentados con suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia y, además, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio.

Este deber encuentra su consagración legal en el artículo 250 de la Constitución Política, al establecer que:

Artículo 250. Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial,

querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, Constitución Política de la República de Colombia).

Es importante resaltar que, mediante el Acto Legislativo 6 (Congreso de la República de Colombia, 2011), se reforma el artículo 250 de la Constitución Política, para que el ejercicio de la acción penal no se radicara únicamente en cabeza de la Fiscalía, y se les diera la posibilidad a las víctimas y a otras autoridades administrativas para ejercer la acción penal.

De otra parte, con la Ley 1826 de 2017 se creó la figura del acusador privado, por la cual se permite que la víctima asuma la acusación a través de un mecanismo denominado conversión de la acción. Al respecto, establece el precepto normativo que:

Artículo 549. Acusador privado. El acusador privado es aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado.

El acusador privado deberá reunir las mismas calidades que el querellante legítimo para ejercer la acción penal.

En ningún caso se podrá ejercer la acción penal privada sin la representación de un abogado de confianza. Los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades debidamente acreditadas podrán fungir como abogados de confianza del acusador privado en los términos de ley.

También podrán ejercer la acusación las autoridades que la ley expresamente faculte para ello y solo con respecto a las conductas específicamente habilitadas (Congreso de la República de Colombia, Ley 1826, 2017).

Y más adelante, agrega que:

Artículo 551. Titulares de la acción penal privada. Podrán solicitar la conversión de la acción pública en acción privada las mismas personas que en los términos del artículo 71 de este código se entienden como querellantes legítimos y las demás autoridades que expresamente la ley faculta para ello.

Cuando se trate de múltiples víctimas, deberá existir acuerdo entre todas ellas sobre la conversión de la acción penal. En caso de desacuerdo, el ejercicio de la acción penal le corresponderá a la Fiscalía. Si una vez iniciado el trámite de conversión aparece un nuevo afectado, este podrá adherir al trámite de acción privada.

El acusador privado hará las veces de fiscal y se seguirán las mismas reglas previstas para el procedimiento abreviado establecido en este libro. En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por este título respecto de las facultades y deberes del acusador privado, se aplicará lo dispuesto por este código en relación con el fiscal.

El desarrollo de la acción penal por parte del acusador privado implica el ejercicio de función pública transitoria, y estará sometido al mismo régimen disciplinario y de responsabilidad penal que se aplica para los fiscales. (Congreso de la República de Colombia, Ley 1826, 2017).

Ahora bien, para que la Fiscalía General de la Nación, como titular primigenia de la acción penal, pueda activar la fuerza institucionalizada, los hechos deben llegar a esta a través de un mecanismo que se conoce como la noticia criminal y esta, a su vez, puede materializarse en diferentes instrumentos: de oficio, con denuncia, con querrela y petición especial. Veamos:

Oficiosamente: se presenta cuando la Fiscalía puede formular la noticia criminal porque el delito cometido es considerado grave. En principio, todas las conductas punibles son investigables de oficio, a menos que se trate de aquellas infracciones respecto de las cuales la propia ley establece la necesidad de la querrela o de la petición especial como presupuestos de procesabilidad.

Denuncia: está establecida como un deber en todo el territorio nacional y, a diferencia de la querrela, no es desistible ni admite la posibilidad de retractación, por la naturaleza pública de los intereses jurídicos que se encuentran comprometidos, lo que excluye la disponibilidad sobre los mismos por parte del denunciante.

El servidor público que tenga conocimiento de una conducta punible debe avocar conocimiento; si no lo hace, incurre en el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia —art. 417. Código Penal (Congreso de la República de Colombia, Ley 599, 2000)—. Adicionalmente, los particulares también tienen el deber de denunciar si tienen conocimiento de unas conductas punibles establecidas en la ley; y si no lo hacen, incurren en el delito de omisión de denuncia del particular (art. 441. Código Penal).

En términos generales, la denuncia se puede hacer verbalmente o por escrito; debe tener una narración detallada de los hechos; quien la recibe le advertirá al denunciante que si comete falsa denuncia, puede incurrir en responsabilidad penal; se inadmiten denuncias sin fundamentos; solo podrá ampliarse una vez por petición del denunciante.

Delitos de petición especial: son aquellos en los que la acción penal se inicia por petición del Procurador General de la Nación, y esto sucede cuando el delito se comete en el extranjero, no hubiere sido juzgado y el sujeto activo se encuentre en Colombia; para ello debemos tener en especial consideración el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal.

Querrela: es una comunicación a la Fiscalía que realiza, por cualquier medio, el afectado de ciertos delitos denominados querellables. Se puede renunciar a la acción penal porque son delitos considerados de menor gravedad y exigen que la persona afectada interponga una querrela para iniciar la investigación, a diferencia de los delitos que mencionamos anteriormente: en los que se actúa de oficio o por denuncia.



2. La justicia restaurativa en materia penal

En materia penal hay que diferenciar cuatro tipos de justicia: la justicia retributiva, la justicia premial, la justicia transicional y la justicia restaurativa.

Justicia retributiva: si la consecuencia jurídica (pena para los imputables o medida de seguridad para los inimputables) tiene un sentido retributivo, el proceso penal buscara este tipo de justicia. El sentido retributivo mira hacia atrás, no se mira a futuro, se impone la pena por lo que se hizo y por ello no es posible la realización de negociaciones. Esta justicia retributiva busca devolver el mismo daño causado y no hay posibilidades de reparación a la víctima.

Acá se busca que la sanción compense el daño ocasionado por la conducta delictiva. Cuando los tipos penales imponen ciertos topes punitivos, lo hacen considerando el daño que se le causa al bien jurídico y la importancia del mismo. Cuando la concepción retributiva se traslada al proceso, la sanción siempre tiene que mirar al daño concreto que se le causó al bien jurídico.

Justicia premial: esta se fundamenta en las finalidades preventivas de la pena, aquellas que entienden la pena como un medio para alcanzar un fin utilitarista, consistente en la prevención de futuros delitos. Estas concepciones de la pena se fundamentan en el utilitarismo, que es una forma de ver el mundo por medio de la utilidad. En la justicia premial, el Estado o el titular del poder punitivo le dan un premio a quien renuncia a defenderse, por las implicaciones que tiene la disminución de la carga estatal. Entre más rápido renuncie a su defensa, mayor será el premio. De conformidad con nuestro actual estamento procesal penal, serán consideradas manifestaciones de justicia restaurativa el allanamiento a cargos, los preacuerdos y las negociaciones y el principio de oportunidad

Justicia transicional: cuando hablamos de los otros tipos de justicia, es porque existe el titular del poder punitivo, el cual actúa como soberano frente a los destinatarios de la acción penal. En la justicia transicional hay dos poderes del mismo nivel, hay uno que formalmente tiene el poder punitivo, pero hay

poderes paralelos. Se da cuando dos poderes están en igualdad, y lo que busca la justicia transicional es establecer un nuevo orden de cosas, mirando hacia adelante, hacia el futuro. La justicia transicional se fundamenta en la teoría preventiva de la pena, buscando que no se cometan más delitos por esos poderes paralelos.

Justicia restaurativa: en este tipo de justicia no se habla de sancionar la conducta delictiva sino de ver cómo se resuelve el conflicto generado por el delito. No importa tanto el nivel de sanción que se debe imponer sino cómo permitir que víctima y victimario se interrelacionen y entre ambos traten de hallar una solución al conflicto. El concepto de esta justicia está orientada a procurar mecanismos que faciliten la solución de ese conflicto a través de un dialogo o una participación adecuada de víctima y victimario, y allí el Estado actúa como un intermediario. Algunos de estos mecanismos tienen como consecuencia ponerle fin al conflicto, evitando la imposición de la sanción; cuando esto ocurre, es el nivel de mayor perfección que alcanza la justicia restaurativa. A lo que realmente se aspira es a que esa interrelación entre víctima y victimario consiga el objetivo de solucionar el conflicto que se ha generado entre ellos.

Ahora bien, el efecto útil que se persigue con la implementación de la justicia restaurativa en el proceso penal no es otro distinto a la terminación del proceso y, con ello, que el sujeto activo —quien cometió el delito— salga adelante sin ningún antecedente.

Pues bien, el alcance de dicho efecto útil no ha sido pacífico en el ordenamiento jurídico colombiano, debido a los recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Veamos lo que sucedió:

Nuestro Código de Procedimiento Penal no contempla de manera explícita una forma de terminación anticipada del proceso penal en lo referente a la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa, en la medida en que la única referencia que encontramos sobre estos mecanismos es la definición de ellos en la parte final del Código, y la declaración de causal de aplicación del principio de oportunidad en el Código Penal.

Siendo ello así, hasta el año 2020 para lograr la terminación del proceso penal se acudía al artículo 332 del Código de Procedimiento Penal que contempla las causales de la preclusión en los siguientes términos:

Artículo 332. CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2006) (Subrayado fuera de texto).

Para determinar cuándo subyace la imposibilidad de iniciar o continuar la acción penal, se debe revisar el artículo 82 del Código Penal que establece que:

Artículo 82. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Son causales de extinción de la acción penal:

1. La muerte del procesado.
2. El desistimiento.
3. La amnistía propia.
4. La prescripción.
5. La oblación.
6. El pago en los casos previstos en la ley.
7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.
8. La retractación en los casos previstos en la ley (Congreso de la República de Colombia, Ley 599, 2000).

Para poder armonizar estos dos artículos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció que se debía acudir al artículo 42 de la Ley 600 de 2000, norma que “fue producto de un proyecto de ley que la Fiscalía presentó

al Senado de la República por medio del cual se pretendía establecer en Colombia un procedimiento penal mixto con tendencia acusatoria” (Castrillón García, 2024, p. 164). Esta norma continúa vigente en nuestro ordenamiento jurídico y establece que:

Artículo 42. INDEMNIZACION INTEGRAL. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado.

Se exceptúan los delitos de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección.

La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo.

La reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado (Congreso de la República de Colombia, Ley 600, 2000).

Hasta dicho momento el trámite era relativamente sencillo porque bastaba con que se diera la indemnización integral a través de cualquiera de los mecanismos establecidos y que el fiscal encargado del proceso acudiera ante el juez penal de conocimiento con la finalidad de solicitarle la preclusión de la acción penal por indemnización integral.

Sin embargo, dicho panorama varió a partir de la providencia de la Sala de Casación Penal del Corte Suprema de Justicia del 14 de octubre de 2020, radicado 53293, mediante la cual se creó un nuevo precedente para el tratamiento procesal de la justicia restaurativa y se señalaron las diferencias en lo referente a la indemnización integral regulada en la Ley 600 de 2000 y en la Ley 906 de 2004 (Corte Suprema de Justicia de Colombia, AP2671-2020, Rad. 53293, 2020).

Dicha decisión parte de señalar que el sistema penal acusatorio contempla mecanismos que constituyen un adecuado desarrollo normativo para evitar acudir a Ley 600 de 2000, en la medida en que en nuestra legislación procesal penal actual la reparación integral “es vita como un principio constitucional” (Guerra, Pabón y Ramírez, 2020)

Este cambio jurisprudencial llevó a la inaplicación de la preclusión de la acción penal, estableciendo la obligación de implementar el principio de oportunidad en dichos casos. Sin embargo, esto conllevó que la justicia restaurativa como mecanismo para la terminación anticipada del proceso penal en Colombia se convirtiera en un mecanismo ineficaz.

Dicha ineficacia obedece a tres aspectos. El primero, a que la aplicación del principio de oportunidad supone cumplir ciertos trámites al interior de la Fiscalía General de la Nación, ya que para llevarse a cabo requiere una autorización por parte la Unidad de Mecanismos de Resolución de Conflictos de dicha entidad. El segundo, que depende de la voluntad del fiscal encargado del proceso iniciar el trámite del principio de oportunidad. El tercero, que la aplicación de dicho principio solo está permitida hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, según se desprende de la Resolución 2370 del 11 de julio de 2016 (Fiscalía General de la Nación, 2016).



3. Generalidades de la mediación

La mediación es “un tipo de negociación asistida por un tercero neutral e imparcial, a quien las partes le han reconocido poder para conducir el encuentro de mediación facilitando, restableciendo o fortaleciendo la comunicación entre ellas” (Castrillón García, 2017, p. 471).

Esta definición presupone una serie de características y alcances de la mediación que merecen ser profundizados, pues así configurada representa un espacio de formación de competencias ciudadanas para la vida pacífica en comunidad, y esto sucede porque se rige por unos principios que permiten que, además de constituirse como un mecanismo de gestión pacífica de conflictos, los ciudadanos se ejerciten en capacidades y competencias negociales para gestionar por ellos mismos sus conflictos, lo cual representa ventajas frente a la otra posibilidad que implica que sea un tercero quien resuelva dichos conflictos.

Es necesario, entonces, conocer a fondo los aspectos generales de la mediación antes de abordar de manera más específica este mecanismo en materia penal.

3.1. Diferencia entre la mediación y la conciliación

En Colombia, a diferencia de otros países, se hacen distinciones respecto a la conciliación y la mediación, entendidas como figuras independientes y no como sinónimos. Antes de la Ley 906 de 2004 se tenía claro el concepto de la conciliación, pero no sucedía lo mismo con la mediación, que es una figura que nació entonces para el derecho penal nacional.

La primera distinción que tenemos de ellas es en virtud de la Sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, del 15 de diciembre de 1948, para quien de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación (2015):

La mediación [...] persigue una composición contractual cualquiera, con intervención de un mediador que aproxima a los litigantes pero que no tiende a procurar una solución de justicia, y

la conciliación que también requiere la intervención de un tercero, conciliador, que sí aspira a una composición justa (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1948, citada en Departamento Nacional de Planeación, 2015, p. 25).

En materia penal, encontramos como principales diferencias que la conciliación es un requisito de procedibilidad para los delitos querellables, mientras que la mediación es un mero acto de la liberalidad de una o de las dos partes. En lo atinente a las calidades del facilitador, se tiene que el conciliador debe ser un abogado titulado, salvo las excepciones contenidas en la Ley 640 de 2001 (estudiante de consultorios jurídicos, personeros municipales y notarios no titulados), mientras que de los mediadores no se precisa ningún título profesional específico, siempre y cuando tengan el entrenamiento y la formación adecuados. Sin embargo, tratándose de la mediación penal es relevante que el mediador conozca de las particularidades de este mecanismo a la luz del Manual de Justicia Restaurativa expedido por la Fiscalía General de la Nación (2022a, 2022b).

En cuanto a las sesiones en que estas deben surtirse, la conciliación, por regla general, ocurre en una sola, previa citación a las partes; la mediación podrá realizarse en varias sesiones, incluso independientes, con la víctima y el ofensor, mientras se consiguen las condiciones necesarias o propicias para un encuentro cara a cara.

En materia penal coexisten la conciliación y la mediación, por lo que también se pueden establecer diferencias entre estos dos mecanismos de justicia restaurativa, concretamente entre la conciliación preprocesal para delitos querellables y la mediación, lo cual se explicita en la Tabla 1.

Tabla 1. Diferencias entre la conciliación preprocesal y la mediación

Conciliación penal (preprocesal)	Mediación penal
<p>Efectos frente a la extinción de la acción penal. La conciliación preprocesal constituye un requisito de procedibilidad para ejercer la acción penal en los delitos querellables, su desarrollo es una condición para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía. Así, una conciliación extraprocesal exitosa tiene como efecto la extinción de la acción penal, ya sea por el archivo en el proceso ordinario o por la preclusión en el proceso especial abreviado (Fiscalía General de la Nación, 2022a y 2022b).</p>	<p>La mediación como figura procesal opera tanto para delitos querellables, como para los perseguibles oficiosamente (artículo 524 de la Ley 906 de 2004), a diferencia de la conciliación y fundamentalmente de la conciliación preprocesal.</p>
<p>La conciliación preprocesal es obligatoria para los delitos querellables.</p>	<p>La mediación busca mejorar la vida de las personas y, al ser voluntaria, genera algunas ventajas que la conciliación preprocesal no tiene</p>
<p>Desistimiento de querrela. Aunque la conciliación es un requisito de procedencia de la acción penal, puede desarrollarse en cualquier momento del proceso. En estos casos, el acuerdo conciliatorio debe incluir el compromiso del querellante de desistir de la querrela para que se pueda extinguir la acción penal, de conformidad con los arts. 76 y 77 de la Ley 906 de 2004 (Fiscalía General de la Nación, 2022a y 2022b)</p>	<p>La mediación puede solicitarse desde la formulación de la imputación hasta antes del inicio del juicio oral. Procede para los delitos perseguibles de oficio, cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, o cuando la conciliación preprocesal haya fracasado.</p>
<p>La conciliación es pre procesal tiene en esencia mostrar que en materia penal se hace como un requisito de procedibilidad, para llegar a aplicarse en los delitos querellables para no continuar con la actuación procesal</p>	<p>Es simplemente otra figura, que no es preprocesal y al estar en el proceso, marca una diferencia grande con la conciliación</p>
<p>El conciliador puede ser una persona vestida con una autoridad oficial y va a tener por ejemplo la construcción de un acta, o el desarrollo de una acción y por tanto tendría incluso la legitimidad para hacerlo</p>	<p>Un mediador no es per se una persona de ese tipo formal sino una que ayuda a interpretar algunos problemas relacionados con el conflicto que causó un delito</p>
<p>El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada. Es necesario establecer los efectos del incumplimiento de lo pactado en el acta de conciliación respecto de la reparación del daño. El acta de conciliación presta mérito ejecutivo. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el restablecimiento del derecho es un principio rector del procedimiento penal que "no está supeditado a la declaratoria de responsabilidad penal" (Fiscalía General de la Nación, 2022a y 2022b).</p>	<p>Su objetivo no es detener el proceso penal, sin embargo, el acta de mediación presta mérito ejecutivo</p>

Fuente: Peña Andrade y Valencia Casallas (2024, pp.75-76).

3.2. La mediación como escenario de formación ciudadana

En sociedades democráticas como la nuestra, la libertad y la igualdad son atributos puntuales de la ciudadanía; de hecho, esta idea se refuerza desde el punto de vista normativo cuando se hace referencia a que todos los seres humanos nacen libres e iguales ante la ley. Desde esta perspectiva, la igualdad y la libertad están sujetas al desarrollo normativo, y a que en el proceso de creación de las normas de un Estado no haya lugar a discriminaciones o desigualdades en su ámbito de aplicación, por lo que cualquier restricción en este sentido puede tener efectos sobre la calidad de ciudadano en términos de igualdad.

No obstante lo anterior, no es suficiente la configuración de la ciudadanía desde lo normativo, sino que es necesario dotar al ciudadano de competencias ciudadanas y formación política, para que sea operante su papel como sujeto libre e igual ante la ley en una sociedad democrática; esto, para que haga uso del empoderamiento que las normas le dan en términos de libertad e igualdad; de hecho, “para los antiguos era obvio que un sujeto no podía ser llamado libre cuando carecía de la capacidad de hacer” (Arendt, 1996, p. 254).

En cuanto al papel que juega el ciudadano frente a la gestión pacífica de conflictos, también es posible afirmar que sin formación política no hay empoderamiento para la gestión de conflictos, y más tratándose de la mediación. Se debe tener como presupuesto que a todo individuo se le han de respetar los derechos humanos en cualquier circunstancia, toda vez que “los derechos humanos universales trascienden los derechos de la ciudadanía e incluyen a todas las personas consideradas como seres morales” (Benhabib, 2006, p. 246).

Conforme a lo anterior, no es suficiente con estructurar a la sociedad formalmente en un Estado social de derecho para garantizar la coexistencia real de los derechos de igualdad y libertad de los ciudadanos, sino que es indispensable que se forme a los ciudadanos para que hagan uso de sus derechos como sujetos políticos.

Así, en una sociedad democrática, la igualdad y la libertad de los ciudadanos va más allá de configurarse como garantía, pues debe articularse a mecanismos de formación política que promuevan en los ciudadanos la corresponsabilidad en sus decisiones y en la construcción de consensos.

Sobre este punto es que los mecanismos autocompositivos de gestión de conflictos tienen un gran potencial como escenarios para la formación política de los ciudadanos. La premisa de este mecanismo es que si las partes — como ciudadanos que son— deciden gestionar ellas mismas su conflicto, no le entregarían a un tercero la decisión del asunto; sino que en corresponsabilidad mutua lo resolverían de manera pacífica con la ayuda de un tercero que no decide, pero vela por que las partes se empoderen en la toma de decisiones y en la construcción y el cumplimiento de los consensos. De ahí que se pueda afirmar que la mediación se constituye como un escenario de formación ciudadana (Castrillón García, 2017, p. 488).

La mediación como mecanismo pacífico de gestión de conflictos genera un escenario en el cual se “amplía la capacidad y la disposición de las partes, sobre una base dinámica, para relacionarse con otras con más comprensión y consideración” (Baruch Bush & Folger, 1996, p. 147); lo que implica, a su vez, que las partes del conflicto se vean mutuamente como ciudadanos iguales, con los mismos derechos y libertades, lo cual es un presupuesto del ejercicio de la competencia ciudadana, la cual precisamente “se enmarca en la perspectiva de derechos y brinda herramientas básicas para que cada persona pueda respetar, defender y promover los derechos fundamentales” (Pimienta Betancur, 2008, p. 5).

En la última década, el legislador ha puesto especial interés en promover la mediación en diferentes escenarios. Hoy, en Colombia hablamos de mediación comunitaria, familiar, organizacional o empresarial, escolar (Congreso de la República de Colombia, Ley 1620, 2013; Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1965, 2013), penal (artículos 523 y siguientes del C. P.), policial (Congreso de la República de Colombia, Ley 1801, 2016), en justicia penal para adolescentes (Congreso de la República de Colombia, Ley 1098, 2006), en acoso laboral (Congreso de la República de Colombia, Ley 1010, 2006)¹ y en la solución de controversias para convenir acuerdos colectivos con las organizaciones de empleados públicos el artículo 11 del Decreto 160 (Presidencia de la República de Colombia, 2014) (Castrillón García, 2017, p. 472).

Este desarrollo normativo encierra un mensaje claro y es que un aspecto relevante de la actual política de administración de justicia es acercar la justicia al ciudadano y empoderarlo para la gestión pacífica de conflictos en diferentes

¹ La ley 1010 de 2006 se refiere a la mediación en su artículo 9, al indicar que los reglamentos de trabajo de las empresas e instituciones deberán “establecer un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo”.

escenarios, por lo que actualmente el llamado para los abogados y operadores jurídicos es a promover y aportar a la generalización del uso de mecanismos de gestión pacífica de conflictos como la mediación, pues cada vez cobra mayor importancia al lado de la conciliación como herramienta autocompositiva de gestión pacífica de conflictos.

3.3. Principios de la mediación

El trámite de la mediación se estructura sobre unos principios bien definidos. Conocerlos es de suma importancia para el mediador, toda vez que su rol y sus herramientas y estrategias de negociación deben estar en consonancia con ellos.

La mediación es el proceso de comunicación en el cual actúa un tercero “imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado el conflicto” (Vinyamata, 2002).

De acuerdo con este concepto, la mediación se estructura desde el principio de la imparcialidad, pues en ella interviene un tercero que no toma partido entre una y otra parte interviniente, de ahí que no debe actuar de modo que beneficie a una u otra específicamente (Castrillón García, 2017, p. 480); todo lo contrario, debe velar por mantener un equilibrio de poder valiéndose de técnicas y herramientas propias de la mediación.

Sin embargo, la imparcialidad no es el único principio orientador de la mediación, pues existen otros principios de suma importancia, que se detallan a continuación:

La confidencialidad. Todas las intervenciones, ideas y expresiones que se den a conocer al interior del procedimiento de mediación no se pueden ventilar en otros escenarios diferentes. De hecho, en la fase preliminar de la mediación y antes de que las partes empiecen a intervenir, el mediador hace un compromiso de confidencialidad con las partes, un compromiso ético entre los intervinientes y el mediador, pues incluso lo dicho en la mediación no puede ser usado como testimonio en un eventual proceso judicial.

La informalidad. La mediación, en sus diferentes etapas, es informal. La solicitud, la invitación y los demás aspectos propios de su trámite pueden

darse desde la oralidad y no requiere la formalidad de llevarse por escrito. Si en algunos escenarios se lleva algún recurso escrito, debe ser por la voluntad de las partes, lo cual en algunas ocasiones se hace en aras de que quede evidencia del trámite y para dejar clara constancia de aspectos relevantes del conflicto y su correspondiente gestión por las partes. La mediación no tiene requisitos de forma; no obstante, atendiendo a sus diferentes enfoques, puede adoptarse un determinado procedimiento para el trámite como recurso pedagógico de gestión del conflicto.

La interdisciplinariedad. “La mediación como forma de gestión del conflicto se nutre de aportes provenientes de diferentes disciplinas tales como: la psicología, el derecho, la ciencia política, el trabajo social, la sociología y la comunicación social” (Castrillón García, 2017, p. 481). Todas estas disciplinas aportan a la mediación, ya sea enriqueciendo la comprensión del conflicto para su óptimo abordaje y gestión, o ya sea apoyando el trámite de la mediación desde el punto de vista de cada disciplina. Esto implica que el trámite de mediación puede llevarse a cabo con intervención de uno o varios co-mediadores, de la misma o de diferentes disciplinas.

La oralidad. La mediación es un trámite en el que la palabra juega un papel trascendental, de ahí que el papel del mediador gire en torno a facilitar la comunicación y los canales de comunicación entre los intervinientes. La oralidad del procedimiento permite que salgan a la luz otros aspectos de la comunicación que se encuentran por fuera del lenguaje hablado, tales como los sentimientos, malestares, gestos y demás aspectos del metalenguaje, frente a los cuales el mediador debe estar atento.

La neutralidad. Va de la mano de la imparcialidad; sin embargo, está más asociada a no dejarse afectar emocionalmente por situaciones del curso de la mediación, de modo que se puede definir como “la habilidad de evitar que nuestros sentimientos nos puedan influenciar en el proceso” (Boldú et al., 2003, p. 91).

Todos estos principios no solo configuran el trámite de la mediación, sino también el rol del mediador, pues es su deber velar por que su papel se desarrolle con decoro y en consonancia con dichos principios para que la mediación logre sus fines, independientemente del tipo de conflicto al cual se aplique.

3.4. Ventajas de la mediación

La mediación como mecanismo de gestión pacífica de conflictos está revestida de unas características propias, que a su vez configuran sus ventajas frente al proceso judicial.

En primer lugar, la mediación es eminentemente voluntaria, lo que implica que las partes del conflicto no solo ingresan al proceso por voluntad propia, sino que también pueden abandonarlo libremente en el momento que lo consideren. De la misma manera, son los mismos actores involucrados quienes definen qué información presentan o se reservan, como también si llegan o no a un acuerdo en condiciones de tiempo, modo y lugar.

En segundo lugar, la mediación es un mecanismo “ágil y flexible” (Castrillón García, 2017, p. 479), no está sometida a términos específicos o etapas preclusivas. Así como las partes son quienes deciden iniciar el proceso de mediación, también son quienes le dan celeridad. Dicho mecanismo se constituye en una buena alternativa frente a la congestión judicial que hace que los procesos ventilados en la jurisdicción tengan la particularidad de ser muy morosos o lentos.

En tercer lugar, la mediación es un trámite informal. En caso de establecerse alguna formalidad en el procedimiento a seguir, como lo sería el llevar registro escrito de la mediación, debe estar orientada a procurar el logro de los objetivos trazados, y en tal caso siempre se debe contar con el consentimiento informado de las partes o los actores involucrados.

En cuarto lugar, “la mediación permite el restablecimiento de relaciones, toda vez que se orienta a evitar que se generen en los acuerdos perdedores y ganadores, de ahí que se persigan soluciones mutuamente satisfactorias para las partes implicadas” (Castrillón García, 2017, págs. 478-479), las cuales con dicha solución quedan con la convicción de haber logrado un consenso en el que ambas se constituyen indistintamente como ganadoras.

En quinto lugar, la mediación “permite abordar el conflicto de manera integral, dado que las partes mismas pueden explorar el problema de tal manera que pueden abordar otras áreas de interés mutuo y que tienen que ver con los puntos en discusión” (Castrillón García, 2017, p. 479), toda vez que es un mecanismo en el cual interviene un enfoque multidisciplinario de tratamiento del conflicto.

De las características propias de la mediación se desprenden unas ventajas muy puntuales frente a los procesos judiciales:

La mediación posibilita que las partes se acerquen, y a partir de allí, "afianza la comunicación, reconstruye el tejido relacional entre los actores involucrados, permite cerrar adecuadamente los conflictos, resolviendo aspectos que van más allá de la comunicación mutua sobre la visión de los hechos concretos que originan el conflicto" (Castrillón García, 2017, p. 488); tales aspectos serían, por ejemplo, aquellos vinculados a las percepciones, las emociones o los sentimientos entre las partes.

Se pueden citar otras ventajas genéricas de la mediación. Por un lado, el uso de la mediación permite la descongestión judicial, es un mecanismo que le ahorra tiempo y dinero a las partes en comparación con un proceso judicial, es un proceso que le delega mayor protagonismo a las partes, lo cual a la vez implica una mayor responsabilidad a las mismas en torno a la resolución adecuada de su conflicto. Por otro lado, se resalta que de acuerdo a investigaciones efectuadas al respecto en EEUU "los acuerdos son más duraderos, la responsabilidad que proporciona ser coautor de estos acuerdos facilita que las partes se esfuercen para mantenerlos en el tiempo y llevarlos a cabo correctamente" (Boldú et al., 2003, p. 90).

Por último, la mediación como mecanismo de justicia restaurativa en el ámbito penal propicia una oportunidad para que la víctima pueda expresar sus percepciones y sentimientos frente al daño recibido con ocasión del delito; ofrece la posibilidad de que la víctima reciba un ofrecimiento de disculpas de parte del ofensor; permite la configuración de un espacio en el cual el ofensor se responsabilice por el daño ocasionado y así mismo proponga compromisos restaurativos, y en última instancia, la mediación tiene el potencial de permitirle a la víctima su reparación o restauración frente al daño con ocasión del hecho punible, además de que se le puede concretar su derecho a la verdad y a la garantía de no repetición.

3.5. Consideraciones éticas de la mediación

Al desempeñar su rol, el mediador de conflictos no solo debe ser neutral e imparcial, sino que también debe parecer serlo, es decir, tanto en su fuero interno como externo debe procurar por no inclinarse a favor de alguno de

los intervinientes, como tampoco debe dejarse afectar en sus emociones por ninguna de las partes. Este es uno de los principales rasgos, pero no el único, que demarca la consideración ética de sus funciones.

El papel del mediador de conflictos está vinculado con la facilitación del diálogo entre las partes, para lo cual debe estar atento a brindar todo el apoyo posible para garantizar entre ellas el equilibrio, la comunicación, la empatía, la voluntariedad y la horizontalidad, de modo que sean las mismas partes quienes diriman sus conflictos llegando incluso a la satisfacción de las dimensiones emocionales y/o afectivas incorporadas implícitamente en toda relación intersubjetiva.

El quehacer del mediador está estructurado sobre la esencia de lo que significa ser un tercero neutral e imparcial. Esto implica considerar dos aspectos. Por un lado, en cuanto a la imparcialidad del tercero neutral, se puede afirmar que es posible que, en las interacciones en la mesa de negociación, las partes perciban en qué momento un mediador está o no inclinándose a favor de una u otra. Por otro lado, en cuanto a la neutralidad, si se considera que consiste en que el mediador no debe dejarse afectar en sus emociones por cualquiera de las partes, es posible afirmar que en primera instancia tiene implicaciones sobre su fuero interno, por lo que quien de entrada debe percibir si se está viendo afectado o no por una de las partes es él, el mediador.

De acuerdo con lo anterior se resalta que, en la mediación, las partes son las protagonistas de la negociación, pues son quienes gestionan el conflicto con la ayuda del mediador; de ahí que exista una carga ética y teleológica para el tercero neutral con respecto al mecanismo de la mediación, la cual exige que el mediador asuma un compromiso con él mismo de no desbordar su rol en la mediación, por lo que debe procurar no dejarse afectar en sus emociones por cualquiera de las partes e igualmente no permitirse manifestar actitudes o argumentos que lo inclinen a favor de una de ellas. Así, aunque se vea en algún momento afectado por las versiones, debe hacer el esfuerzo por parecer ser imparcial; esto se afirma considerando que la neutralidad y la imparcialidad se erigen como exigencia bajo la hipotética presunción de que “los mediadores pueden dejar de lado su propia perspectiva e interactuar con las partes sin favorecer a una parte sobre otra” (Garrido Soler y Munuera Gómez, 2014, p. 159).

Como se puede apreciar hasta aquí, el papel del mediador encierra un compromiso con respecto a las partes, el cual va más allá de ocupar el lugar de un tercero ajeno al conflicto, por lo que no basta con indicar que el tercero debe ser neutral e imparcial. A continuación se traen a colación otros aspectos éticos a considerar en el papel del mediador, a saber:

Primero, la ética del tiempo. El mediador debe tomarse el tiempo apropiado de acuerdo con el caso concreto: ni demasiado ni muy poco.

Segundo, la ética del espacio. El mediador debe guardar distancia entre las partes y no tomar partido o no parcializarse.

Tercero, la ética de la relación. El papel del mediador es generar una reconciliación o una nueva relación entre las partes (Six, 1997, pp. 63-64).

Cuarto, la confidencialidad de la mediación. El mediador no solo debe guardar reserva de todo lo actuado en la mesa de negociación, sino que también, antes de iniciar el encuentro de mediación, debe pedirles autorización a las partes para tomar notas con el compromiso de que si no llegan a un acuerdo, se compromete a romper sus apuntes; de igual manera, el mediador no debe grabar el encuentro de mediación, lo que a su vez genera confianza para las partes, pues, en principio, nada de lo que se diga allí puede ser usado como declaración o confesión. Tampoco las partes ni el mediador –salvo algunas excepciones sustentadas en el deber de denuncia– pueden rendir testimonio acerca de lo que se ha escuchado en el encuentro de mediación.

3.6. El equilibrio de poder en la mediación

La mediación es un mecanismo que tiene como presupuesto que entre las partes se establezca una “relación horizontal que les permita un intercambio como interlocutores válidos, lo cual presupone el reconocimiento de la condición de humanos, iguales en dignidad, el respeto por el otro y la optimización de la diversidad” (Montoya Sánchez & Puerta Lopera, 2012, p. 170). Por este motivo, cualquier situación de asimetría en el poder que ponga en riesgo dicha relación horizontal debe ser identificada convenientemente, para redistribuir el poder entre los actores o las partes empoderándolos en “la toma consciente y razonada de decisiones que, desde el fluir dinámico del proceso incorporan, en muchos casos, elementos de formación política y transformación en las relaciones sociales” (Montoya Sánchez y Puerta Lopera, 2012, p. 170).

Es relevante indicar que en la mesa de negociación en el desarrollo de una mediación “existen relaciones de poder entre los actores del conflicto, frente a las cuales el mediador debe procurar mantener un equilibrio entre ellos como

un presupuesto fundamental para el satisfactorio trámite de la mediación” (Castrillón García, 2017, p. 470). No hacerlo, es decir, no poder identificar un desbalance existente entre las partes y, por tanto, no poder intervenir equilibrando la mesa de negociación, puede dar lugar a que no se llegue a un acuerdo entre los actores en conflicto o que llegándose a un acuerdo, este no perviva en el tiempo o no sea respetado por las partes, lo cual se puede dar porque dicho acuerdo no resulta equitativo o mutuamente beneficioso, y esto puede tener a su vez un agravante, y es que finalmente en dichas condiciones se puede generar un escalamiento mayor del conflicto.

Los desbalances de poder en la mediación se determinan no solo observando el lenguaje hablado, sino también analizando los demás mecanismos adicionales del lenguaje (Luhmann, 2005, p. 10), los cuales interfieren en la esfera decisoria de la contraparte motivando alguna elección que resulta funcional a quien tiene más poder en la relación o influyendo en la aceptación o asentimiento de la oferta argumentativa por parte del menos poderoso, quien tiene una expectativa ligada a un proceso de selección del mensaje efectuado por el más poderoso de la relación (Castrillón García, 2017, p. 476).

De acuerdo con lo anterior, la asimetría de poder en la mediación de conflictos pueden tener expresión en la comunicación entre los intervinientes; por lo tanto, en dichas situaciones las manifestaciones de presión se encuentran insertas en el lenguaje existente entre las partes en la mesa de negociación. Sin embargo, dicha asimetría también puede vincularse a circunstancias que originariamente no comprometen la comunicación entre las partes y que pueden ser consideradas como circunstancias objetivas (Castrillón García, 2017, p.478).

En este orden de ideas, en los encuentros de mediación los desbalances en las relaciones de poder entre las partes se pueden agrupar en dos grupos: un grupo o categoría que comprende las circunstancias o aspectos vinculados a la comunicación y otro grupo o categoría que se conforma por aspectos o circunstancias que no están vinculados a la comunicación entre las partes. En el primer grupo se encuentran eventos relacionados con la comunicación entre los actores involucrados en el conflicto, como por ejemplo: el empleo de gestos intimidantes o de expresiones peyorativas u ofensivas frente al otro, “por ejemplo, ciertos gestos o expresiones corporales con significancia desde el punto de vista sexual, económico o emocional” (Castrillón García, 2017, p. 477); mientras que en el segundo grupo se encuentran eventos no relacionados con la comunicación entre las partes; por ejemplo, cuando un actor involucrado depende del otro económicamente (pues el que tiene más dinero puede en

un momento dado directa o indirectamente imponer condiciones sobre la otra parte); o cuando un actor representa autoridad sobre el otro o cuando una parte es jefe del otro (pues la subordinación puede en un momento dado salir a la luz en la mesa de negociación y causar asimetría en la relación y el diálogo entre las partes del conflicto).

Considerando lo anterior, una vez el mediador es consciente de un desequilibrio en la mesa de mediación debe tener el propósito de equilibrar la negociación, ya sea empoderando a las partes o redistribuyendo el poder (Castrillón García, 2017, p. 477). Esto es posible gracias al empleo de herramientas de mediación como las preguntas, el parafraseo, el resumen, la connotación positiva e incentivando la escucha activa, de modo que las partes puedan hablar hasta entenderse, reconociéndose mutuamente como interlocutores válidos e iguales en dignidad.

3.7. Habilidades y técnicas de negociación en la mediación

El hecho de que los ciudadanos gestionen sus propios conflictos por medio de mecanismos autocompositivos como la mediación no solo evita acudir ante el aparato jurisdiccional, el cual es costoso, lento y congestionado, sino que también conlleva otros efectos positivos sobre la convivencia pacífica, como incentivar escenarios de consenso y de construcción de paz en la sociedad.

Si se desea que estos efectos de la mediación sean una realidad, es necesario que el mediador desarrolle e implemente una serie de habilidades en el uso de las herramientas de negociación, las cuales deben ser consideradas desde la fase previa al encuentro de mediación, en la cual se hace un análisis del conflicto, y también en el desarrollo del trámite.

En este sentido, cabe mencionar que si bien la mayoría de los conflictos pueden vincular aspectos patrimoniales, también la mayoría de las veces encierran problemas relacionales con un alto contenido emocional. Esto hace que los mediadores deban entrenarse en el reconocimiento y la identificación de tales situaciones por medio de un análisis y abordaje psicosocial del conflicto, el cual implica considerar que este no se reduce a un asunto meramente patrimonial,

toda vez que en el conflicto se conjugan aspectos comunicacionales, emocionales, sentimentales, relaciones de poder, entre otros; los cuales no se deben desconocer para evitar agudizar el conflicto.

En cuanto al componente relacional y al grado de afectación emocional generado en un conflicto, se resaltan dos aspectos:

Por un lado, el mediador no puede intervenir en una situación de violencia, pues en tales casos no se cumplen presupuestos fundamentales como la comunicación horizontal y la voluntariedad entre las partes. En esos eventos de violencia debe darse paso a que otro profesional diferente, ya sea psicólogo o trabajador social, les brinde apoyo a las partes para llevarlos a superar dicha situación (Salazar Villarroel & Vinet Reichhardt, 2011).

Por otro lado, es necesario resaltar que desde el aspecto relacional, en la mediación, la comunicación entre las partes es fundamental, y en dicho proceso comunicacional se conjugan elementos del lenguaje verbal y del metalenguaje como “lo explícito, lo analítico, y lo que se comunica a través de la actitud, de los silencios, de las posturas, de los tonos y que dicen relación con el tipo de interacción comunicativa no verbal entre las partes” (Montoya Sánchez, 2009a).

De acuerdo a lo anterior, el papel del tercero neutral es muy exigente, razón por la cual debe desarrollar habilidades de escucha, sensibilidad, motivación, creatividad, discernimiento, debe saber preguntar, debe tener buena dosis de inteligencia emocional que lo mantenga neutral y tener una buena habilidad para equilibrar a las partes de modo que estas encuentren una relación horizontal, en la que se relacionen con igualdad de condiciones para definir alternativas de solución al conflicto con la misma libertad decisoria (Montoya, 2009b, p. 243).

Adicionalmente, el mediador debe ser un generador de confianza en la mesa de negociación, es decir, debe transmitirles a las partes no solo confianza en sí mismo y entre ellos, sino también con respecto al mecanismo de la mediación; para ello debe ilustrar acerca del mecanismo y “conectarse con las partes y estas deben sentirse escuchadas y comprendidas” (Boldú et al., 2003, p. 94).

El mediador también debe conjugar dichas habilidades con técnicas de negociación usadas en la mediación:

En primer lugar, implementando la escucha activa e incentivándola entre las partes.

En segundo lugar, centrando a las partes con respecto a los puntos en común y a los asuntos más relevantes mediante el parafraseo y el resumen.

En tercer lugar, empleando un lenguaje con orientación hacia la connotación positiva de las narraciones de los intervinientes, es decir, resaltando “las características positivas de los relatos de las partes” (Boldú et al., 2003, p. 97).

En cuarto lugar, generándoles preguntas a las partes, ya sean preguntas abiertas para recibir información, preguntas cerradas para confirmar datos, preguntas estratégicas para desentramar el conflicto.

Por último, el mediador —si lo considera necesario— puede hacer entrevistas individuales entre las partes por igual tiempo de duración; dichas entrevistas se pueden emplear cuando

las partes están muy atascadas con un tema en concreto o si el mediador necesita verificar algún trayecto del relato de una de las partes o para facilitarles poder manifestar aquellas cuestiones que no quieren o no pueden expresar delante de la otra parte (Boldú et al., 2003, p. 99).

En este orden de ideas, el balance entre las habilidades del mediador y el empleo de las técnicas de negociación es fundamental, no solo para lograr que las partes construyan acuerdos con la voluntad de respetarlos, sino también para que se transformen sus relaciones positivamente mediante la apertura y el afianzamiento de canales de comunicación directos.

En la mesa de negociación también son relevantes otros aspectos relacionados con lo emocional; de hecho, todos los conflictos interpersonales encierran en mayor o menor medida una carga emocional, toda vez que las más de las veces no solo se conjugan intereses patrimoniales o económicos, sino que también se involucran aspectos relacionales que se manifiestan antes o durante el desarrollo del conflicto, los cuales a su vez pueden generar deterioro en la relación inter-partes.

El tercero neutral no puede desconocer dichos aspectos y debe trabajar en ellos a fin de cumplir satisfactoriamente con su papel en la gestión del conflicto; por esto es necesario que desarrolle habilidades y haga uso de técnicas de negociación, las cuales se pretenden presentar en el desarrollo del presente manual.

La comunicación es un elemento clave en la gestión de conflictos. Lograr una comprensión de la comunicación como proceso, conocer sus reglas, sus técnicas, así como aprender a observar las señales y los mensajes insertos en el lenguaje corporal de las partes al interior de una negociación, son fundamentales para el éxito del abogado negociador.

En principio, los seres humanos “tenemos la capacidad de interactuar con aquellos individuos que son más parecidos a nosotros. Cuanto más tengamos en común en términos de cómo asimilamos la información, la procesamos, y estructuramos el mundo exterior, más fácil será comunicarnos” (Budjac Corvette, 2011, p. 86), de ahí que cuando identificamos que la contraparte es muy diferente a nosotros, es necesario tener especial cuidado de filtrar la información que nos transmite no solo desde el lenguaje, sino también desde el metalenguaje, por lo que es indispensable observar atentamente sus rasgos característicos de la personalidad y del temperamento, lo cual no es otra cosa que una estrategia de comunicación.

En los escenarios de la negociación, sea esta directa o asistida —como la mediación o la conciliación—, una adecuada comunicación permitirá la transformación positiva de las relaciones entre las partes, como punto de partida para configurar ambientes propicios para el consenso. Esto significa que si en la negociación

se llega a una solución del problema que da lugar al conflicto, será ésta una consecuencia de la transformación en las relaciones, de la apertura de los canales de comunicación entre las partes y en última instancia de la transformación del conflicto propiamente dicho (Castrillón García, 2017, p. 483).

De acuerdo con lo anterior, el papel del mediador supone tener en cuenta estrategias de comunicación efectivas como herramientas claves y rutas para una óptima negociación.

En este orden de ideas, existen variadas estrategias básicas de comunicación, las cuales se pueden clasificar en cuatro grupos:

Estrategias relacionadas con la escucha. La escucha activa es fundamental para los buenos negociadores, de ahí que resulta práctico establecer como estrategia ciertas reglas para hacerla efectiva: hablar menos y escuchar más; buscar información nueva; no dejar de escuchar al otro hasta antes de que termine; no suponer lo que va a decir el otro; no interrumpir al otro mientras habla; parafrasear lo que se entendió con respecto a lo que la contraparte dijo; mostrar interés en lo que el otro dice, entre otras (Budjac Corvette, 2011, p. 88).

Estrategias relacionadas con el habla. Hablar efectivamente también requiere un entrenamiento; sin embargo, se pueden establecer algunas reglas para incrementar las habilidades en oralidad de manera efectiva: no dar respuesta a una pregunta si no se siente suficientemente preparado; no responder una

pregunta que no se le ha formulado, a menos que se considere que ayudará a la negociación; no responder a un cuestionamiento si estratégicamente es inconveniente, pero en este caso es apropiado indicar que se responderá luego; no formular una pregunta que genere recíprocamente otra pregunta, cuando no se considera listo para responderla; resumir o parafrasear para asegurarse de que ha quedado claro lo que el otro quiso decir; usar enunciados hipotéticos o condicionales hasta que se considere que se encuentra listo para un consenso, entre otras (Budjac Corvette, 2011, pp. 88-89).

Estrategias relacionadas con la personalidad de las partes. Es necesario considerar que la interacción efectiva con el otro depende de la manera como lo percibamos en la mesa de negociación. Para lograr una adecuada percepción de las partes, se recomiendan dos reglas básicas a seguir: "1. Conozca sus prejuicios, sesgos y tendencias, y tómelos en cuenta. 2. Escuche y hable a los demás en su propio idioma" (Budjac Corvette, 2011, pp. 89). Lograr reconocer en las partes reacciones, prejuicios y tendencias de conducta, e igualmente evaluar constantemente la forma como nos percibe el otro en la mesa de negociación, nos permitirá interactuar con el otro de una manera más consciente, evitando reacciones contrarias a los intereses en juego en la negociación.

Estrategias relacionadas con la observación. Prestar atención al lenguaje corporal, a los gestos y a las emociones que manifiestan las partes, toda vez que esto puede proporcionar información valiosa en el trascurso de la negociación; sin embargo, así como se puede apreciar dicha información por parte del otro, de la misma manera constantemente se transmite hacia la contraparte mensajes inconscientes a través del lenguaje corporal. En ese sentido, la ansiedad, la ira, el placer y la desconfianza, por ejemplo, se pueden materializar en el lenguaje corporal; de ahí que es importante ser consciente de cómo se están exteriorizando las emociones en la mesa de negociación a fin de tener coherencia o advertir correspondencia entre lo que se dice verbalmente y lo que se expresa corporalmente.

La comunicación efectiva no es un proceso fácil, por lo que todas estas estrategias indicadas con antelación y clasificadas en los cuatro grupos mencionados son importantes para el abogado al momento de gestionar un conflicto por fuera de la vía judicial, pues su implementación consciente representa mayores oportunidades de éxito en el ejercicio de su rol como abogado negociador.



4. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa

La mediación, como mecanismo de la justicia restaurativa, es un medio compositivo de suma importancia porque les posibilita a la víctima y el ofensor, entendido este como el indiciado, imputado o acusado (según sea el caso), que se reúnan de manera voluntaria para intercambiar, con la ayuda del mediador, opiniones y fórmulas de arreglo tendientes a la reparación del daño causado con el ilícito. Lo anterior en el entendido de que lo que se pretende es “la reparación, restitución, o resarcimiento de los perjuicios causados, realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimentos de disculpas o perdón” (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2004, artículo 523).

Artículo 523. Concepto. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón (Congreso de la República de Colombia., Ley 906, 2004).

El derecho internacional ha desarrollado a cabalidad los objetivos restauradores de los derechos de las víctimas de los delitos en general, lo que ha tenido eco en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional colombiana y en el respectivo ordenamiento normativo. Es así como en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder (Naciones Unidas, 1985), en su artículo 8, se establece el resarcimiento como la posibilidad que tienen las víctimas, familiares o personas a su cargo, de que sean devueltos los bienes o el pago por los daños o las pérdidas sufridas,

sumado al reembolso de los gastos ocasionados por la conducta criminal, por parte de los terceros que estuvieron comprometidos con la ejecución de la misma y del victimario.

Según lo expuesto, en el ámbito del derecho internacional son cuatro las principales formas de reparación, a saber: la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción y garantía de no repetición. Por esto y en virtud de la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana, estas formas de reparación deben entenderse como complementarias a las preceptuadas por el inciso final del artículo 523 del Código de Procedimiento Penal y no como limitativas de ella.

La mediación resulta de vital importancia para lograr el acuerdo restaurativo, el que procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral, para los delitos que cuenten con una pena que no exceda de 5 años de prisión, que sean perseguibles de oficio y, claro está, que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita de la protección de la víctima o del perjudicado y tanto la víctima como el victimario acuerden someter su caso a este medio de resolución de manera libre y voluntaria. En el evento en que el delito cuente con una pena superior a 5 años, la mediación puede procurar la obtención de los beneficios durante la actuación o la dosificación de la pena o el purgamiento de la respectiva sanción.

Para determinar de manera clara frente a qué delitos procede la causal sub examine, es necesario conocer el monto de la pena y el bien jurídico afectado con la conducta punible. En cuanto a lo primero, el artículo 524 del Código de Procedimiento Penal dispone que la extinción de la acción penal solo podrá darse en delitos cuya pena mínima no exceda de 5 años, pues cuando la pena supere este término el acuerdo restaurativo debe versar sobre la obtención de beneficios durante las actuaciones penales.

Artículo 524. Procedencia. La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento

de la sanción. Art. 525. Solicitud. La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador. En los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2004).

Lo anterior significa que dicha causal procede frente a los delitos de mediana gravedad y se erige como un importante instrumento, en tanto abarca una gran cantidad de infracciones a la ley penal. La mediación requiere como condición que la naturaleza del bien jurídico protegido no sobrepase la órbita de protección personal del perjudicado, lo que focaliza el efecto restaurador de la mediación en la criminalidad que afecta los bienes jurídicos respecto a los cuales la víctima tiene un relativo margen de disponibilidad.

Es importante mencionar que para la implementación de la mediación, se estableció que es responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación la creación de un manual para su debido funcionamiento:

Artículo 527. Directrices. El Fiscal General de la Nación elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de justicia restaurativa (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2004).

No obstante que la anterior prescripción se dio desde la expedición de la Ley 906 de 2004, el manual para el debido funcionamiento de la mediación solo se ha hecho de manera parcial, ya que debería reglamentar también las directrices de funcionamiento, particularmente en la capacitación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán en los procesos de mediación y en general en todos los procesos de justicia restaurativa.

Cuando hablamos de la inclusión en la Ley 906 de los mecanismos de justicia restaurativa, es necesario advertir que se buscan soluciones diferentes a los conflictos penales, más allá del proceso penal; es decir, superamos el concepto de justicia retributiva, reconociendo la importancia del papel de las víctimas y de la comunidad en el proceso. Este, sin duda, es un importante avance en nuestra política criminal. Admite además que, en vez de tener la consecuencia perjudicial y gravosa de la aplicación del derecho, se puede mediante estos procesos buscar una solución terapéutica y sanadora.

Si hablamos desde el plano internacional, es necesario identificar que la mediación fue el primer mecanismo de justicia restaurativo utilizado; en esos casos, los resultados restaurativos van dirigidos a su aplicación antes y después de la sentencia. Antes de la sentencia se busca que los efectos impacten directamente en la decisión del fallo; y después, el efecto directo es sobre la rehabilitación y reinserción social. Se busca el encuentro directo de las partes con el fin de que manifiesten sus sentimientos y redefinan la situación gracias a la intervención de un mediador, que deberá proteger a la víctima mediante encuentros individuales, evitando los procesos de revictimización. Por este motivo, el contacto es directo entre las partes buscando que ellos mismos encuentren las soluciones de su conflicto.

Para la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC- (2006), como prerequisites básicos es necesario que el ofensor acepte o, por lo menos, no niegue su responsabilidad en el delito, que tanto víctima como ofensor quieran participar en la mediación, analizando qué tan seguro es para cada uno la participación en esta, por lo cual se supone que deben ser debidamente informadas sobre el mismo y sus respectivos alcances. El objeto es que la mediación provoque la reparación y compense en cierto grado las pérdidas de la víctima. En Colombia los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) nacieron para descongestionar los despachos judiciales y no por un real cambio de paradigma de la política criminal o una concepción transformadora del concepto de justicia. Al llamarla mecanismo de justicia alternativa, se corre el riesgo de pensar de estas que son formas de resolver conflictos de segunda categoría, dejando la sensación de que es una justicia de segunda, para casos de poca relevancia, y que el único resultado efectivo para los litigios penales importantes es el proceso penal.

La esencia de la mediación radica en el empoderamiento de las partes para que, a través del diálogo, puedan llegar a un acuerdo sobre la manera adecuada de reparación del daño causado con el delito. El reto está en equilibrar las fuerzas entre víctima y victimario, mediante la intervención del mediador, quien debe delimitar el conflicto objeto del debate, lo cual es diferente a asumir que la mediación es un mecanismo mediante el cual se delimita el objeto del proceso penal, pues en realidad lo que esta hace es ofrecer una respuesta frente a la necesidad de concretar un escenario de justicia restaurativa y ofrecer una solución alternativa del conflicto.

Nuestro Código de Procedimiento Penal califica como mediador a un tercero neutral, que puede ser un particular o un servidor público, el cual es designado por la Fiscalía General de la Nación o su delegado. El manual de procedimientos

de esta institución manifiesta que el jefe de unidad de la Fiscalía, de conformidad con las necesidades del servicio, la disponibilidad del recurso humano y la capacitación que se tenga en los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, dispondrá de la lista de mediadores elegibles, lista que debe ser constantemente actualizada.

En los lugares donde exista más de una unidad de fiscalías la lista deberá ser realizada de manera conjunta. La lista debe elaborarse cada 2 años y estar integrada por funcionarios públicos, pero que no ejerzan funciones como fiscales; respecto a los particulares, la labor fue encomendada a consultorios jurídicos, centros de conciliación, colegios de abogados, etc., que deberán vigilar las actuaciones de los mediadores y proponer los procesos disciplinarios necesarios en caso de que los mismos sean necesarios.

De las listas elaboradas saldrá el mediador, quien podrá plantear las inhabilidades y los impedimentos para acoger el encargo; el estudio de estas será realizado por el fiscal de conocimiento. Las partes pueden rechazar al mediador de manera fundada y nombrar a otro según el caso. La designación deberá ser notificada por cualquier medio idóneo, y el mediador tendrá 5 días hábiles para pronunciarse acerca de la aceptación del caso o de su negativa, so pena de ser remplazado o incluso excluido de la lista.

4.1. Fundamentos legales de la mediación penal

Desde el punto de vista jurídico, la mediación penal tiene sustento en normas internacionales y nacionales.

4.1.1. Normatividad internacional sobre la mediación penal

Entre la normatividad internacional es pertinente citar los siguientes instrumentos normativos: la Recomendación R (99)19 del Consejo de Europa, el artículo 33 de la Carta de Derechos Humanos de 26 de junio de 1945, los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para la víctima del crimen y abuso de poder, la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, el Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito)

y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que regula las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD):

4.1.1.1. Recomendación No. R (99)19 del Consejo de Europa

La Comunidad Europea le dio cabida a la mediación penal en su normatividad con posterioridad al reconocimiento que la ONU ya le había dado, por sus ventajas e importancia como mecanismo de justicia restaurativa en el escenario penal. En este orden de ideas, la Unión Europea prescribió que, a partir de 2002, cada país de la Unión empezará a desarrollar el marco normativo para introducir la mediación penal de modo que pueda concretarse en la práctica judicial.

4.1.1.2. Artículo 33 de la Carta de Derechos Humanos de 26 de junio de 1945

En el artículo 33 de la Carta se insta a que se emplee la mediación para solucionar conflictos que afecten la paz y la seguridad internacionales:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.
2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios (Carta de Derechos Humanos, Artículo 33).

4.1.1.3. Artículos 4, 5, 6 y 7 de la Declaración de 1985 sobre los principios básicos de justicia para la víctima del crimen y abuso de poder

Esta normatividad establece los principios fundamentales que se deben observar con respecto a las víctimas de delitos y abuso del poder, resaltando su observación o garantía en los casos en los cuales se emplee la mediación con el fin de lograr la reparación de las víctimas:

Artículo 4: las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de

la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

Artículo 5: se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

Artículo 6: se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

Artículo 7: se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas (Naciones Unidas, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 1985).

4.1.1.4. Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012

Esta directiva tiene por objetivo garantizar la información, protección y el apoyo a las víctimas que participan en procesos penales. Sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Con esto se busca delimitar un marco mínimo de derechos para las víctimas en el desarrollo de los procesos penales.

4.3.1.4. Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito) y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que regula las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD)

Con esta normatividad se busca que la víctima cuente con recursos más expeditos para ser oída en el proceso penal, con un alcance más allá que la sola reparación de los daños y perjuicios, pues no solo implementa la participación de la víctima en la ejecución de la condena sino que establece recursos específicos para participar en el proceso con la finalidad de que “sea oída mediante un recurso específico antes de que la resolución que impone la pena sea firme, dictándose una resolución que afecte a sus derechos y ocasionando eventualmente una victimización secundaria” (Peña Andrade & Valencia Casallas, 2024, p. 42).

4.1.2. Normatividad nacional sobre la mediación penal

Entre la normatividad nacional se destacan las siguientes disposiciones: los artículos 521 al 527 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2004), la Sentencia C-1195 de 2001 de la Corte Constitucional, la Sentencia C-979 de 2005 de la Corte Constitucional, la Ley 1826 de 2017, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y la Resolución 0383 del 11 de mayo del 2022.

4.1.2.1. Los artículos 521 al 527 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)

La Ley 906 de 2004 incluyó la mediación entre los mecanismos de justicia restaurativa, indicando en los artículos 521 a 527 su procedencia y sus efectos, lo cual se profundizará más adelante.

Artículo 521. Mecanismos. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación [...]

Artículo 526. Efectos de la mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación. Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2004).

4.1.2.2. La Sentencia C-1195 de 2001 de la Corte Constitucional

Esta sentencia aborda la figura de la mediación como el mecanismo:

más informal, expedito y económico [...] debido principalmente a que el mediador no decide quién tiene la razón, no dispone de autoridad para imponer una decisión a las partes, tan sólo las asiste para que conjuntamente exploren, reconcilien sus diferencias (Corte Constitucional, Sentencia C-1195, 2001).

Además de esto, brinda una caracterización sobre dicha figura y destaca la importancia del fortalecimiento del acceso a la justicia a través de los mecanismos informales como la mediación.

4.1.2.3. La Sentencia C-979 de 2005 de la Corte Constitucional

Esta sentencia aborda la figura de la mediación como un mecanismo

que genera un espacio institucional para que la víctima y el ofensor (imputado o acusado) intercambien opiniones y confronten sus puntos de vista, para que a través de un mediador, que conforme a la ley debe ser neutral, logren solucionar el conflicto suscitado con ocasión de la conducta punible (Corte Constitucional, Sentencia C-979 de 2005).

Se analiza el mecanismo desde su alcance en el marco de la justicia restaurativa, identificando los presupuestos para su aplicación, sus alcances y los efectos en el ámbito del proceso penal.

4.1.2.4. Ley 1826 de 2017

La Ley 1826 del 2017 incorpora una modificación a la Ley 906 de 2004, al incluir un nuevo artículo en el cual establece un cambio en materia de justicia restaurativa en el marco del procedimiento especial abreviado en el ámbito penal:

Artículo 24. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo Art 547. Justicia restaurativa en el procedimiento especial abreviado. Los mecanismos de justicia restaurativa podrán aplicarse en cualquier momento del procedimiento abreviado en los términos y condiciones establecidos en el Libro VI hasta antes de que se emita fallo de primera instancia y darán lugar a la extinción de la acción penal de conformidad con lo previsto en los términos de los artículos 77 de este Código y 82 del Código Penal (Congreso de la República de Colombia, Ley 1826, 2017).

4.1.2.5. Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

La Ley 1098 de 2006 menciona la justicia restaurativa en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, en el cual el Estado debe garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño privilegiando el interés superior del niño y los principios pedagógicos y de protección integral que rigen dicho sistema:

Artículo 140. Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema (Ley 1098 de 2006, artículo 140).

4.1.2.6. Resolución 383 de 2022 de la Fiscalía General de la Nación

Por medio de esta resolución se adopta el Manual de Justicia Restaurativa y

se dictan disposiciones para el funcionamiento de la mediación penal, con directrices generales respecto a la regulación de los centros de mediación penal que establezcan convenios con la Fiscalía para la prestación del servicio de mediación penal.

Es así como, por un lado, la Fiscalía General de la Nación “por medio del Grupo de Apoyo al Funcionamiento de los Mecanismos de Justicia Restaurativa, promoverá la suscripción de convenios con las entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro interesadas en crear programas de mediación penal” (Fiscalía General de la Nación, Resolución 383, 2022b, artículo 7).

Por otro lado, para la prestación del servicio de mediación penal se debe contar con una lista de mediadores con formación en mecanismos alternativos de solución de conflictos y formación específica en mediación penal. Además, deben cumplir requisitos formales que incluyen “ser abogados titulados, salvo cuando se trate de mediadores de programas de justicia restaurativa de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales” (Fiscalía General de la Nación, Resolución 383, 2022b, artículo 8).

4.2. Asuntos que pueden ser tratados empleando la mediación

De conformidad al art. 523 del Código de Procedimiento Penal, la mediación puede referirse a la reparación del daño, la restitución o el resarcimiento de los perjuicios causados, la realización o abstención de determinadas conductas o pedimentos de perdón, además de la prestación de servicios a la comunidad, lo que significa que en estos casos es necesaria la aceptación de la responsabilidad por parte del procesado, presupuesto necesario para la realización de programas restaurativos de conformidad con las normativas internacionales. El hecho de que en una mediación no se tengan en cuenta los elementos indemnizatorios, no significa que se excluya la acción civil derivada del delito o el incidente de reparación (Ley 906 de 2004, artículo 523).

La mediación, en consonancia con el artículo en cita, busca ser un instrumento para permitir el intercambio de opiniones entre la víctima y el imputado o acusado para la sana confrontación de sus puntos de vista y la solución del conflicto que los enfrenta.

4. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa

Cuando hablamos de delitos cuya pena mínima supera los 5 años, la mediación será considerada para otorgar algunos de los beneficios durante el trámite de la actuación o relacionados con la dosificación penal o el respectivo purgamiento de la sanción penal. Adicionalmente, cuando se hace referencia a que el bien jurídico tutelado no sobrepase la órbita personal del perjudicado, debemos entender que son los bienes jurídicos que pueden ser disponibles por parte de las víctimas, por ser parte de su patrimonio autónomo y no tratarse de intereses de naturaleza estatal o sobre los cuales no se admiten acuerdos privados; estos son, en realidad, una escasa proporción. Se deberán excluir los delitos contra la fe pública, el orden económico social, los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la eficaz y recta administración de justicia, los mecanismos de participación democrática, la existencia y seguridad del Estado y el régimen constitucional y legal.

Teniendo en cuenta que la mediación es posible para aquellos delitos que no sobrepasen la órbita personal de la víctima, y que la voluntariedad que le es inherente implica que tanto la víctima como el imputado o acusado deben manifestar su intención de acudir a ella, es relevante mencionar que, además de los delitos investigados de oficio cuyo mínimo de pena no sea superior a cinco años o los delitos investigados de oficio con pena mínima de prisión superior a cinco años, la mediación también es procedente frente a los delitos a los cuales les es aplicable el procedimiento especial abreviado, de acuerdo con la Ley 1826 de 2017 (Tabla 2).

Tabla 2. Conductas punibles frente a las cuales procede la mediación

Mecanismo de justicia restaurativa	Conductas punibles frente a las que procede	Efectos jurídicos
Mediación en el procedimiento penal ordinario	Delitos perseguibles de oficio sancionados con pena de prisión mínima no superior a cinco (5) años y que afecten bienes jurídicos individuales	Extinción de la acción penal por medio de la aplicación de la preclusión de la investigación o de los artículos 324 y 326 de la Ley 906 de 2004. <ul style="list-style-type: none">• Factor a considerar en lo relativo a la libertad del procesado y su restricción durante el proceso.• Factor a considerar para la imposición de medidas cautelares.• Factor a considerar en la dosificación punitiva.• Factor a considerar en la ejecución de la pena.

Mecanismo de justicia restaurativa	Conductas punibles frente a las que procede	Efectos jurídicos
Mediación en el procedimiento penal ordinario	Delitos perseguibles de oficio sancionados con pena mínima de prisión superior a cinco (5) años	<ul style="list-style-type: none"> • Factor a considerar en lo relativo a la libertad del procesado y su restricción durante el proceso. • Factor a considerar para la imposición de medidas cautelares. • Factor a considerar en la dosificación punitiva. • Factor a considerar en la ejecución de la pena.
Mediación en el procedimiento especial abreviado	Delitos a los cuales les es aplicable el procedimiento especial abreviado (delitos querellables y otros).	<ul style="list-style-type: none"> • Extinción de la acción penal por medio de la de la preclusión de la investigación o de los artículos 324 y 326 de la Ley 906 de 2004. • Factor a considerar en lo relativo a la libertad del procesado y su restricción durante el proceso. • Factor a considerar para la imposición de medidas cautelares. • Factor a considerar en la dosificación punitiva. • Factor a considerar en la ejecución de la pena.

Fuente: Fiscalía General de la Nación (2022a, p. 9).

A lo anterior se le suma que, en el marco de la Ley 1098 de 2006, todos los delitos serían mediables, siempre y cuando el bien jurídicamente protegido no sobrepase la órbita personal de la víctima y que la víctima, el imputado, acusado o procesado acepte de manera voluntaria y expresa llevar su caso a un mecanismo de justicia restaurativa como la mediación.

4.3. Oportunidad procesal de la mediación en todos los tipos de procesos penales en los que es procedente

Como establece la Ley 906 de 2004, es posible que en el trámite ordinario, las víctimas o el imputado o el acusado, según corresponda, soliciten la mediación desde la formulación de imputación hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral, y esta solicitud la pueden elevar ante el fiscal de conocimiento, el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, según la etapa procesal en curso. No obstante, los efectos del cumplimiento del acuerdo restaurativo se darán según la etapa del proceso.

4. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa

En el trámite ordinario de los delitos investigados de oficio cuyo mínimo de pena sea inferior a cinco años también se observa la oportunidad descrita con antelación, es decir que es posible acudir a la mediación desde la formulación de imputación hasta antes de la audiencia de juicio oral; no obstante, “debe entenderse que este límite temporal solo opera cuando la mediación esté encaminada a obtener la extinción de la acción penal, no así cuando se trata de los demás efectos del mecanismo de justicia restaurativa” (Fiscalía General de la Nación, 2022a, p. 19).

En el trámite ordinario de los delitos investigados de oficio cuyo mínimo de pena exceda los cinco años no hay una limitación expresa del inicio de la oportunidad procesal, pues el artículo 524 de la Ley 906 de 2004 nada dijo al respecto, por lo que la mediación sería procedente incluso antes de la formulación de imputación.

En el trámite del procedimiento abreviado la mediación puede aplicarse en cualquier momento, a diferencia de lo indicado para los delitos investigados de oficio dispuesto en la Ley 906 de 2004 respecto al procedimiento ordinario. No obstante, se reitera que una cosa es que proceda en cualquier momento y otra cosa son los efectos procesales que pueda generar el cumplimiento del acuerdo mediado de conformidad con la etapa del proceso.

Por último, también puede afirmarse que la mediación es procedente incluso después de haberse proferido sentencia condenatoria. Esto si se tiene en cuenta que a través de la mediación las víctimas pueden obtener la reparación de los daños causados por la conducta punible, lo cual procede incluso luego de la audiencia de juicio.

Si bien para ello está dispuesto el incidente de reparación integral, de conformidad con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dicho incidente es opcional, es decir, no es obligatorio; de modo que el conflicto de responsabilidad civil derivado del delito también puede ser abordado y resuelto a través de una mediación incluso después de ejecutoriada la sentencia. Esto podría incentivar a la persona condenada para reparar los perjuicios ocasionados, si con ello lograra obtener beneficios como la concesión de libertad condicional o la prisión domiciliaria, estando el juez de ejecución de penas facultado para verificar la reparación integral del daño (Fiscalía General de la Nación, 2022a, p. 21).

4.4. El procedimiento de mediación penal

El procedimiento de mediación penal tiene las siguientes etapas: solicitud de acudir a la mediación, remisión al centro de mediación, preparación de la mediación, desarrollo de la mediación y valoración del resultado de la mediación y de posibles efectos por parte del fiscal.

Figura. 1. Trámite para el desarrollo de la mediación penal



Fuente: Fiscalía General de la Nación (2022a, p. 27).

A continuación se profundizará en cada una de las etapas mencionadas para desarrollar el trámite de la mediación penal.

4.4.1. Solicitud de acudir a la mediación

Consiste en la presentación de la solicitud que hace la víctima, el imputado o acusado de someter el conflicto penal al mecanismo de la mediación. Se presenta ante el fiscal delegado, el juez de conocimiento, el juez de control de garantías o el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, según la etapa el proceso en la cual se haga la solicitud.

Sin embargo, es posible que también el fiscal pueda explorar con las partes si, de manera libre y sin presiones, tienen el interés de solucionar el conflicto a través de

la mediación, lo cual tendría como finalidad promover una solución negociada en el marco de la justicia restaurativa, y en tal caso, la parte interesada o incluso ambas partes pueden presentar la solicitud de mediación correspondiente.

4.4.2. Remisión al centro de mediación

Una vez se recibe la solicitud de parte de la víctima, del imputado o del acusado, se evalúa si para el caso concreto procede la mediación y, en caso afirmativo, se procede a establecer qué posibles efectos podría traer para el proceso penal. Para el caso del fiscal, además de los lineamientos generales que trae el Manual de Justicia Restaurativa de la Fiscalía, debe considerar el nivel de riesgo de llevar a cabo una mediación, pues debe tener presente la no procedencia de la mediación en los casos de riesgo grave o extremo, en los casos de violencia basados en género; asimismo, en todos los casos debe evitar escenarios de revictimización o acción con daño.

Posteriormente, el fiscal de conocimiento procede a comunicarle a la otra parte o a las otras partes, por el medio más adecuado (correo electrónico o tecnologías de la comunicación y de la información), la voluntad del solicitante de acudir a una mediación.

En dicha comunicación, el fiscal debe explicarles a las partes en qué consiste el mecanismo de la mediación y, en especial, la voluntariedad y las facultades de iniciar o retirarse de la mediación en cualquier momento; la confidencialidad del mecanismo que implica no poder tener en cuenta las declaraciones del presunto ofensor como evidencia en su contra en el proceso penal; la posibilidad que tienen las partes de consultar a un abogado en cualquier momento; que el acuerdo restaurativo excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito, así como también el incidente de reparación integral; y que el acta de mediación puede prestar mérito ejecutivo.

Cuando la contraparte acepta expresamente la mediación, ya sea de forma verbal o por escrito, el fiscal de conocimiento remite el proceso a uno de los programas de justicia restaurativa con los cuales se tenga convenio. Dicha remisión se hará por escrito indicando el nombre de las partes del conflicto, la dirección física y electrónica de notificación, los números telefónicos de contacto de las partes, el delito o los delitos imputados al posible ofensor que sean susceptibles de mediación, una breve reseña de los hechos, la etapa procesal en la que se encuentra el proceso y la información de las medidas de aseguramiento en contra del posible ofensor.

4.4.3. Preparación de la mediación penal

Una vez se recibe la remisión que hace el fiscal, la entidad que administra el programa de justicia restaurativa procede a efectuar el reparto del caso a uno de los mediadores de su lista, de conformidad con el convenio respectivo con la Fiscalía General de la Nación.

El mediador debe realizar una verificación que implica analizar el delito, la fecha de ocurrencia de los hechos que configuran el delito, las personas involucradas, las etapas adelantadas en el proceso penal. En caso de tratarse de menores de edad, y por ende del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, se debe contar con el consentimiento del representante legal del ofensor menor de edad.

Después de esta verificación inicial y siempre y cuando el mediador no esté incurso en causales de impedimento, este procederá a entrevistar por separado a las personas que participarán en la mediación, identificando los elementos individuales y relacionales que permitan el desarrollo de la mediación y con el fin de explicar el mecanismo de la mediación y verificar la voluntariedad para acudir a la mediación y la no configuración de factores revictimizantes o estigmatizantes que pudieran recaer sobre la persona ofendida.

En esta fase preparatoria el mediador les reiterará a las partes el propósito de reparar a la víctima y restaurar los vínculos afectados con la comisión del delito. Las entrevistas o reuniones también podrán extenderse a la familia y la comunidad, según corresponda, tratándose de menores de edad en el marco del sistema de responsabilidad penal para adolescentes o según el delito en concreto y las personas afectadas con él.

La entrevista con el ofensor estará encaminada a que este reconozca el hecho y el daño causado, para promover su responsabilidad en la reparación integral a la víctima, así como a propiciar el restablecimiento de los vínculos familiares, sociales o comunitarios del ofensor. Así mismo, se debe reiterar la posibilidad que tiene el ofensor de retirarse en cualquier momento del proceso de mediación.

La entrevista con la víctima estará encaminada a que identifique su afectación individual con ocasión del delito, de modo que se pueda resignificar el hecho punible con el fin de evitar un escenario de revictimización al momento del encuentro con el ofensor. Adicionalmente, con dicha resignificación se busca que la víctima proyecte sus pensamientos hacia la reparación del daño ocasionado o su restauración. Igualmente, se le debe reiterar a la víctima su

posibilidad de retirarse del proceso de mediación en el momento que desee.

En el caso de incluirse entrevistas a los familiares o la comunidad, estas se realizarán por separado. Se les explicará el mecanismo de la mediación y el propósito de su participación con el fin de reconstruir los vínculos sociales y familiares de los afectados, así como elaborar propuestas y propiciar escenarios de contenido restaurativo, entre otros. El alcance de esta participación en la mediación será concertado con el mediador en la etapa preparatoria.

Para esta etapa no se exige un número específico de entrevistas o sesiones preparatorias, pero sí se recomienda valorar el número de sesiones en consideración al logro de los propósitos planteados.

Cabe resaltar la importancia de que el ofensor tenga claridad sobre la obligación que le asiste de reparar íntegramente a la víctima, lo que le puede generar beneficios en el proceso penal; no obstante, dicha reparación no se supedita a las medidas de restitución, indemnización, readaptación o reparación simbólica, sino que también la obligación de contribuir a garantizar el derecho que tiene la víctima a la verdad sobre las circunstancias con ocasión de la comisión de la conducta punible.

De la misma manera, con respecto a la víctima es importante que esta comprenda los derechos que le asisten y, en particular, que el derecho a la justicia implica la reparación del daño y la garantía de no repetición. Debe tener claro, igualmente, que la reparación se concreta en medidas de restitución, indemnización, readaptación o reparación simbólica.

4.4.4. Desarrollo de la mediación penal

Una vez se realicen las entrevistas de acercamiento individual a las partes y validándose la voluntariedad de las mismas, el mediador podrá convocar a las partes en conjunto, obrando siempre en procura de la observación de los principios de acción sin daño y no revictimización.

Ante la comparecencia de las partes, se inicia la mediación presentando el mecanismo, explicando su alcance, indicando las ventajas de un eventual acuerdo, reiterando la voluntariedad de las partes, así como también los objetivos y la importancia de las propuestas y los compromisos para reparar a la víctima.

El mediador dirigirá la mediación propiciando un diálogo entre las partes, indagando por los deseos y necesidades de la víctima para ser reparada, por las

expectativas de las partes y generando reflexiones frente al ofensor y la necesidad del reconocimiento del daño y de la formulación de propuestas de reparación.

En el desarrollo de la mediación, como práctica restaurativa, las partes podrán dialogar sobre los puntos tratados en anteriores sesiones, podrán proponer compromisos o formular propuestas para transformar positivamente el conflicto, reparar a la víctima y reestablecer o fortalecer los vínculos familiares o sociales deteriorados con la comisión de la conducta punible.

Es importante destacar que el ofensor puede proponer una reparación material a través del pago de una suma de dinero, del trabajo comunitario sin subordinación, o mediante la prestación de servicios a la comunidad, entre otros; pero también puede llevar a cabo una reparación simbólica mediante su aceptación de responsabilidad, el ofrecimiento de disculpas y su compromiso de no repetición.

Una vez las partes llegan a un acuerdo restaurativo, el mediador lo plasmará por escrito en un acta de mediación indicando las condiciones de tiempo, modo y lugar para el cumplimiento de lo acordado. Igualmente, se indicará la fecha o la periodicidad para realizar el seguimiento de los acuerdos.

Al culminar la mediación, cuando las partes acepten y suscriban el acta respectiva, el mediador debe elaborar un informe dirigido a la autoridad que remitió el caso, en este caso, el fiscal de conocimiento, para que valore los resultados de la mediación y sus efectos en el proceso penal.

Por último, el mediador verificará el cumplimiento de los compromisos entre las partes, de conformidad con lo consignado en el acta de mediación que recoge el acuerdo.

4.4.5. Valoración del resultado de la mediación penal y posibles efectos

Una vez que el fiscal de conocimiento reciba el informe de mediación, procederá a valorar sus alcances procesales. Si procede la extinción de la acción penal, deberá verificar si la persona procesada cumplió efectivamente con sus compromisos para solicitar la correspondiente preclusión de la investigación; de igual manera, procederá a analizar y valorar si el cumplimiento de los compromisos requiere disponer de más tiempo, y en tal caso podrá suspender el procedimiento a prueba.

4. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa

Cuando la mediación no tenga la posibilidad de extinguir la acción penal, el fiscal de conocimiento establecerá los beneficios que se le pueden otorgar al procesado.

Finalmente, el fiscal de conocimiento hará el correspondiente registro del resultado de mediación en el sistema de información para el sistema penal oral Acusatorio (SPOA) de la Fiscalía y procederá a “remitir el acta al Juez de control de garantías o al Juez de conocimiento, en consideración a la etapa del proceso, para que este determine los efectos de la mediación” (Fiscalía General de la Nación, 2022a, p. 34).



5. Aplicación del principio de oportunidad con ocasión de la mediación como mecanismo de justicia restaurativa

Surge mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, el cual modifica el art. 250 de la Constitución Política, con la intención de servir como herramienta de solución alternativa de los conflictos que se derivan de algunas conductas punibles de poca significancia, para evitar la imposición de sanciones innecesarias, impulsar la justicia restaurativa como mecanismo de reconstrucción social, lograr la efectiva colaboración de las personas involucradas en las conductas constituidas de infracciones penales y la desarticulación de las bandas criminales.

Es de suma importancia resaltar que este principio se venía aplicando de manera oculta en otras figuras procesales tales como la preclusión por conciliación o preclusión por pago, cuando se da el desistimiento. El principio de oportunidad es útil en muchos casos en los que los conflictos sociales no violentan de manera directa los bienes jurídicos tutelados, por lo cual resulta inapropiada la intromisión del Estado, en tanto no hay una lesión real, potencial y antijurídica de los mismos. El principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad, que se convierte en un mecanismo idóneo de selección en el sistema penal, ya que con él se podrá abstener de la persecución de ciertas conductas o suspender los procedimientos a prueba.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se introduce la plurimentada figura, debe entenderse como excepción al principio de legalidad, ya que es obligación de la Fiscalía adelantar la investigación y el posible juzgamiento de las conductas que revistan características de delitos. En este sentido, solo podrá interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal mediante un criterio de oportunidad debidamente fundamentado al juez de control de garantías. Se necesita, entonces, que los criterios de oportunidad sean reglados y adoptados mediante la política criminal, así como los parámetros mediante los cuales se podrán aplicar. El fiscal tendrá, en consecuencia, varias

tareas. La primera de ellas es la identificación de la causal más acorde con el caso concreto. La segunda, promediar las consecuencias de la aplicación del criterio, con la interrupción, suspensión o renuncia a la acción penal. La tercera es la necesidad de la constatación de las garantías del procesado.

Cuando hablamos de suspensión e interrupción, se deberá entender que la Fiscalía excepciona su deber de investigación o lo cesa transitoriamente, con la facultad de la reanudación. Mientras que la renuncia comporta la cesación autorizada legalmente de todo acto investigativo y, consecuentemente, de la facultad de persecución.

El principio de oportunidad es un buen mecanismo para la aplicación directa de la justicia restaurativa, haciendo efectiva la causal séptima del artículo 325 del C.P.P que consagra la suspensión del procedimiento a prueba:

El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, individual o colectiva, el Fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecida en este Código (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2004).

La causal séptima puede ser solicitada por el imputado o acusado cuando, mediante un acuerdo con la víctima, deciden someter su litigio a un mecanismo de justicia restaurativa, con previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales. Será obligación del fiscal del caso la verificación de que la víctima no haya sido coaccionada por su ofensor para la realización de este mecanismo; se podrá estar en el proceso acompañado de un abogado y se deberá garantizar la posibilidad del desistimiento en cualquier fase de la actuación. Del acuerdo al que se llegue deberán salir obligaciones razonables

y proporcionales al daño causado; en cuanto a la participación del imputado o acusado, no se podrá entender posteriormente como prueba de admisión de la culpabilidad, y el incumplimiento del acuerdo no será tenido en cuenta para agravar la pena.

Tal como se ha indicado con antelación, de conformidad con la causal séptima del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, en los casos en los que proceda, la suspensión del procedimiento a prueba (por un tiempo no superior a tres años), se convierte en una prerrogativa que le permite al ofensor cumplir con los compromisos dispuestos en el acta de mediación que recoge el acuerdo restaurativo y que están encaminados a reparar integralmente a la víctima; de modo que, una vez se pruebe dicho cumplimiento, el ofensor pueda recibir los beneficios propios según el tipo de delito y la etapa del proceso.

No obstante, en el artículo 326 de la Ley 906 de 2004 se enumera una serie de condiciones que deberá cumplir la persona procesada y beneficiada con la suspensión del procedimiento a prueba hasta antes de la audiencia de juzgamiento, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Residir en un lugar determinado e informar al Fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
- b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
- c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
- e) No poseer o portar armas de fuego.
- f) No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
- g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
- h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
- i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2o del artículo 324 (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2004).

Adicionalmente, de conformidad con el mismo artículo 326 de la Ley 906 de 2004, durante dicho periodo de suspensión del procedimiento a prueba, la persona procesada debe someterse a la vigilancia del fiscal, y una vez vencido dicho periodo de prueba y luego de que se verifique el cumplimiento de los compromisos, obligaciones o condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación de acuerdo con lo reglamentado en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, el juez de control de garantías realizará el control de legalidad de las respectivas solicitudes individuales o colectivas dentro de los cinco días siguientes a la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad. Dicho control, de acuerdo con el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, será obligatorio y automático y deberá efectuarse en audiencia especial en la cual la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba que aduzca la Fiscalía para sustentar la decisión correspondiente; frente a las mencionadas actuaciones el juez resolverá de plano (Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 2004, artículo 327).



Referencias

- Arendt, H. (1996). *Entre pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política* (Trad. A. Poljak). Ediciones Península.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (20 de julio de 1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Baruch Bush, R. A., & Folger, J. P. (1996). *La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Granica.
- Benhabib, S. (2006). *Las reivindicaciones de la cultura, igualdad y diversidad en la era global* (1a. ed.). Katz.
- Boldú, M., Carrasco, R. M., González, M., Rubí, A., & Valls, I. (2003). Introducción a la mediación. En A. Poyatos García (coord.), *Mediación familiar en diferentes contextos* (pp. 77-112). Nau Llibres.
- Budjac Corvette. B. A. (2011). *Técnicas de negociación y resolución de conflictos*. Pearson.
- Castrillón García, E. D. (2017). Poder y empoderamiento de las partes en la mediación de conflictos familiares como estrategia de formación ciudadana. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47(127), 467-492. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v47n127.a09>
- Castrillón García, E. D. (2024). *Reformas procesales y políticas públicas. La legitimidad de la justicia desde un enfoque contextual*. Tirant Lo Blanch.
- Congreso de la Republica de Colombia. (24 de julio de 2000). *Ley 599 de 2000 [Código Penal]*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr010.html#269
- Congreso de la Republica de Colombia. (24 de julio de 2000). *Ley 600 de 2000*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html

Congreso de la Republica de Colombia. (19 de diciembre de 2002). *Acto Legislativo 03 de 2002*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_03_2002.html

Congreso de la Republica de Colombia. (31 de agosto de 2004). *Ley 906 de 2004* [Código de Procedimiento Penal]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Congreso de la Republica de Colombia. (23 de enero de 2006). *Ley 1010 de 2006*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html

Congreso de la Republica de Colombia. (8 de noviembre de 2006). *Ley 1098 de 2006*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Congreso de la Republica de Colombia. (24 de noviembre de 2011). *Acto Legislativo 6 de 2011*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_06_2011.html

Congreso de la Republica de Colombia. (15 de marzo de 2013). *Ley 1620 de 2013*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1620_2013.html

Congreso de la República de Colombia. (29 de julio de 2016). *Ley 1801 de 2016*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html

Congreso de la Republica de Colombia. (12 de enero de 2017). *Ley 1826 de 2017*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1826_2017.html

Consejo de Europa. (1999). *Recomendación No. R (99)19*. Comité de ministros a los Estados miembros en relación a la mediación en materia penal. 15-16 de septiembre de 1999. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52002IG1008%2801%29>

Corte Constitucional de Colombia. (15 de noviembre de 2001). *Sentencia C-1195 de 2001* [M. P.: Cepeda Espinosa, M. J., & Monroy Cabra, M. G.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (26 de septiembre de 2005). *Sentencia C-979 de 2005* [M. P.: Córdoba Triviño, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-979-05.htm>

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (14 de octubre de 2020). *AP2671-2020, Radicación 53293* [M. P.: Hernández Barbosa, L. A.]. Sala de Casación Penal. <https://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/#/visualizador/aW8gSGVybmfuZGV6L0F1dG9zL0FQMjY3MS0yMDIwKDUzM-jkzKS5kb2M=/Penal/53293>
- Departamento Nacional de Planeación (2015). *Análisis conceptual del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/13%2025%20a%C3%B1os%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Conciliaci%C3%B3n.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (11 de julio de 2016). *Resolución 2370 de 2016*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Resoluci%C3%B3n-2370-2016-Regulaci%C3%B3n-del-tr%C3%A1mite-del-principio-de-oportunidad.pdf>
- Fiscalía General de la Nación (2022a). *Manual de Justicia Restaurativa*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/MANUAL-JUSTICIA-FINAL.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (11 de mayo, 2022b). *Resolución 383 de 2022. Por medio de la cual se adopta el Manual de Justicia Restaurativa y se dictan otras disposiciones para el funcionamiento de la mediación penal*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2022-RES-0-0383-Adopta-Manual-Justicia-Restaurativa.pdf>
- Garrido Soler, S., & Munuera Gómez, P. (2014). Contra la neutralidad. Ética y estética en el modelo circular-narrativo de mediación de conflictos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (17), 139-166. <http://www.rtfed.es/numero17/06-17.pdf>
- Guerra, D., Pabón, L. y Ramírez, D. (2020). *La reparación integral como principio prevalente en la responsabilidad del Estado –una visión a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado colombiano*. *Revista Republicana*. 4450 Num. 28. 59-96. <https://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/608/480>
- Jefatura del Estado de España. (27 de abril 2015). *Ley 4/2015 [Estatuto de la víctima del delito]*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

- Luhmann, N. (2005). *Poder*. Anthropos.
- Ministerio de Justicia de España. (30 de diciembre de 2015). *Real Decreto 1109/2015* [regula las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito]. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-14263
- Montoya Sánchez, M. A. (2009a). Mediación y terapia o de la forma de tratar integralmente el conflicto de familia. *Revista Trabajo Social*, (9), 1-19. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/view/5279>
- Montoya Sánchez, M. A. (2009b). El tratamiento del conflicto a través del proceso de conciliación en el Centro de Conciliación "Luis Fernando Vélez Vélez" de la Universidad de Antioquia. En el foco de la resolución o en la luz de la transformación. *Estudios de Derecho*, 66(147), 229-252. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2415>
- Montoya Sánchez, M. A., & Puerta Lopera, I. (2012). La mediación familiar en un marco transformador. *Estudios de Derecho*, 69(153), 167-186. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/14145>
- Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Naciones Unidas. (29 de noviembre de 1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985*, Asamblea General de Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC - (2006). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Serie de Manuales sobre Justicia Penal. Nueva York: Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf
- Parlamento Europeo. (25 de octubre de 2012). *Directiva 2012/29 de 25 de octubre de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo*. Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32012L0029>
- Peña Andrade, A. O, & Valencia Casallas, O. L. (2024). *Mediación penal: un desafío por enfrentar*. Ministerio de Justicia y del Derecho. <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/MASC/Documents/274AC6DD.pdf>
- Pimienta Betancur, A. (2008). Formación ciudadana en Colombia. *Hacia una*

necesaria re-politización. Uni-Pluriversidad, 8(1), 1-10. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/unip/article/view/1315>

Presidencia de la República de Colombia. (11 de septiembre de 2013). *Decreto 1965 de 2013*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=54537>

Presidencia de la República de Colombia. (5 de febrero de 2014). *Decreto 160 de 2014*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=57218>

Salazar Villarroel, D., & Vinet Reichhardt, E. (2011). Mediación familiar y violencia de pareja. *Revista de Derecho* (Valdivia), 24(1), 9-30. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000100001>

Six, J. F. (1997). *Dinámica de la mediación* (1ª. ed.). Paidós.

Solano Vélez, H. R., Duque Pedroza, A. F., Díez Rugeles, M., Arrieta Burgos, E., Estrada García-Baylles, S., & Monsalve Marín, J. P. (2019). *Temas de derecho penal parte general: Teoría general del derecho penal*. Universidad Pontificia Bolivariana. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/4826>

Vinyamata, E. (2002). *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*. Ariel Social.

Los autores

Eddison David Castrillón García

Politólogo. Especialista en Derecho Administrativo de la UdeA. Abogado. Especialista en Derecho Laboral. Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la UdeM. Magíster en Filosofía de la UPB. Cofundador de la Red de Derecho Procesal. Docente UPB.

Sol Leonor Mejía Pulgarín

Abogada. Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magíster en Derecho de la UPB. Docente UPB.

Nicolas Ortega Tamayo

Abogado. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal. Magíster en Derecho de la UPB. Docente UPB.

Gustavo Adolfo Ortiz Cano

Abogado. Especialista en Derecho Canónico. Magíster en Derechos Humanos y Democracia de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO-México. Docente titular y director del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación Pío XII, Facultad de Derecho.

María Isabel Ortiz Cano

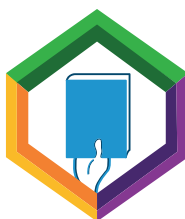
Abogada. Especialista en Derecho Comercial. Magíster en Derecho de la UPB. Docente UPB.

Catalina Uribe Martínez

Abogada UPB. Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la UPB. Docente UPB.

En esta obra titulada ***Mediación penal: aspectos teorico-prácticos para su aplicación en Colombia*** se presenta al lector una visión analítica y práctica sobre la mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en materia penal en Colombia, con el fin de contribuir a promover su aplicación en procura de optimizar sus ventajas y responder a los desafíos que actualmente enfrenta este tipo de justicia en el país.

El Consultorio Jurídico Pío XII y su Centro de Conciliación, con apoyo de la Fundación Red para el Estudio del Proceso y la Justicia, condensan sus conocimientos en esta obra, que sirve como material pedagógico para la implementación de la mediación penal. Los autores presentan reglas y buenas prácticas que permiten entender las etapas de la mediación penal para su práctica acorde a los lineamientos establecidos por parte de la Fiscalía General de la Nación, en procura de una adecuada ejecución de los convenios que actualmente tiene dicha entidad con los Consultorios Jurídicos del País.



FONDO EDITORIAL

de la Fundación Red para el Estudio
del Proceso y la Justicia