

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EMPLEADO COMO HERRAMIENTA IDÓNEA PARA DAR UNA APLICACIÓN ADECUADA DE LA PSICOLOGÍA JURÍDICA

María Paula Chavarría Arévalo¹

RESUMEN

La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos se presenta como una herramienta sobresaliente en las diferentes sociedades donde ha surgido y donde ha tenido una adecuada aplicación; en Colombia la mediación no tiene una política pública desarrollada, sin embargo, se reconoce su importancia en tanto la misma puede tener surgimiento y éxito en cualquier contexto en el que se requiera la solución de cualquier conflicto, como por ejemplo en contexto de educación, familiar, derecho penal, etcétera.

En países como España el modelo de la mediación tiene una trayectoria más larga y amplia, específicamente en la mediación familiar, donde es alternativa a la vía judicial, propende por resolver el conflicto de manera global teniendo en cuenta aspectos psicológicos como emociones y sentimientos, de esta manera España es ejemplo para que en Colombia se desarrolle una política pública encaminada a la aplicación de la mediación transformativa y/o narrativa en la cual se propenda por la mejora de las relaciones y no solo por llegar a un acuerdo, por esto se recalca la necesidad de que el mediador aplique las técnicas de mediación que reconocen la importancia de las partes al interior del proceso y da relevancia a una adecuada comunicación en la mediación.

Palabras Clave: Mediación, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Técnicas de mediación narrativa.

¹ Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, estudiante de psicología de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia y candidata a especialista en psicología jurídica y forense de la universidad Santo Tomás seccional Tunja. Correo electrónico: maria.chavarria@usantoto.edu.co

ABSTRACT

Mediation as an alternative conflict solution mechanism is presented as an outstanding tool in different societies where it has emerged and has had an appropriate implementation; in Colombia, mediation does not have developed public politics, however, its importance is recognized given that it may be a success in any context where a solution for a conflict is needed, for instance, education, family, criminal law, etc.

In countries like Spain, the mediation model has a wide and long background, specifically as far as familiar mediation is concerned, where it is an alternative to judiciary procedure, its objective is to solve the conflict in a global manner, taking into consideration psychological aspects like emotions and feelings. By doing this, Spain becomes the example for Colombia to follow in order to develop public politics where the goal should be the implementation of transformative or narrative mediation that can improve relationships in general beyond the reach of a specific agreement; this is why it's important to emphasize the need of an adequate mediation technique, able to recognize the importance of the different parts involved in the conflict and can give relevance to an assertive communication through the process.

Key words: Meditation, alternative dispute resolution, narrative mediation techniques.

INTRODUCCIÓN

Colombia se caracteriza por ser un país que se ha desarrollado en escenarios de conflicto a lo largo de los años; si bien se cuenta con normatividad encaminada al buen desarrollo de la armonía en la sociedad, y con un sistema de justicia que propende por el cumplimiento y la protección de los Derechos Humanos y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política Colombiana; en el país sigue resaltando el conflicto en los diferentes contextos a causa de las desigualdades, la pobreza, la corrupción, el limitado acceso a la salud y la educación, y respecto al acceso a la justicia se presentan problemáticas como la congestión y lentitud en los despachos judiciales, los posibles casos de corrupción al interior de los mismos, etcétera.

De esta manera el conflicto está presente permanentemente a lo largo del territorio colombiano; por esto poder abarcar el conflicto desde otro punto de vista, alterno a la vía jurisdiccional sería de gran utilidad para la justicia colombiana y su equilibrio social. En este caso se analizará el mecanismo alternativo de solución de conflictos de la mediación en el país y se hará una comparación generalizada del mecanismo respecto su aplicación entre España y Colombia, igualmente se evidenciarán posibles técnicas que debe tener en cuenta el mediador con el fin de llevar una mediación narrativa en pro de llegar a un acuerdo o mejora de la relación entre las partes y aplicar efectivamente tal herramienta de la psicología jurídica.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) se han convertido en la herramienta más útil para la resolución de conflictos en Colombia, lográndolo de una manera pacífica y celera, dentro de los cuales, los más representativos son la conciliación y el arbitraje; sin embargo en el caso de la mediación, se evidencia que en Colombia se tiene muy poca trayectoria de dicho concepto desde un punto de vista teórico, práctico y jurídico; si bien la Psicología Jurídica acoge la mediación como herramienta para llegar a acuerdos mediante sus técnicas de forma autocompositiva; no se tiene un reconocimiento significativo de la figura al interior de la práctica y así mismo no se tiene una aplicabilidad y entendimiento a profundidad la relación de dicha herramienta con la Psicología Jurídica en Colombia; es por esta razón que surge la necesidad de realizar un estudio detallado de la figura de la mediación en nuestro país, reconociendo sus principales técnicas y analizando la idoneidad de la mediación en otros países analizando desde el derecho comparado la efectividad de dicho mecanismo, además también resulta importante analizar si al interior de la mediación es aplicativa una técnica resolutoria o lineal que esta última hace referencia a que “el conflicto radica en la incompatibilidad de satisfacer simultáneamente los intereses de ambas partes. Se lo concibe como un proceso lineal, es decir, que tiene una causa u origen, temporalmente antecedente, y un efecto, el

estado actual del desacuerdo ” (Montoya, 2008); o por su parte la mediación debe tener otras corrientes:

En el contexto de la mediación existen varias corrientes. Tres de las más conocidas son la mediación facilitativa, la mediación transformativa y la mediación narrativa. En la mediación facilitativa —adaptada del método de negociación de Harvard— el objetivo es producir resultados prudentes en forma eficiente y amistosa (este método es denominado negociación según principios o negociación con base en méritos). El objetivo de la mediación transformativa es el mejoramiento de las propias partes, en comparación con lo que eran antes (en este tipo de mediación se alcanza el éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar a través del crecimiento en las dos dimensiones del desarrollo moral: la capacidad de fortalecer el yo y la capacidad de relacionarse con otros). Por último, en la mediación narrativa se busca ayudar a las personas en conflicto a separarse de la historia conflictiva en la que se encuentran y construir una nueva de respeto, colaboración y reconocimiento mutuo. (Peña, 2015)

De esta manera se analizará el concepto en el país y su aplicación en esencia a la resolución de conflictos, de acuerdo a las técnicas, fines o corrientes que cumplan el objetivo de llegar a acuerdos satisfactorios para las partes, estableciendo su idoneidad en cuanto a la aplicación acertada de la Psicología Jurídica.

Formulación del Problema

¿Es la mediación como MASC la herramienta idónea para dar una adecuada aplicación de la psicología jurídica y obtener la resolución de los conflictos?

JUSTIFICACIÓN

Al determinar el contexto político y social en el cual nos encontramos, surge la necesidad colectiva y académica de obtener un estudio detallado del

mecanismo de la mediación en el país. Como primer acercamiento a dicho termino podemos mencionar que:

La mediación es un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren voluntariamente a una tercera persona imparcial, el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio. Es un proceso extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse a lo que dice la ley. Además, la solución no es impuesta por terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es creada por las partes. (Rozenblum (1998) citado por Armas Hernandez, 2003)

De esta manera analizar la mediación en el país desde la óptica de la normatividad y la jurisprudencia permite al lector establecer el nivel de desarrollo y aplicación del mismo; igualmente el determinar las técnicas adecuadas al interior de la mediación, desde el contexto de la psicología jurídica amplia el desarrollo teórico de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y permite ampliar el pensamiento y conocimiento sobre dicha área, intentando fomentar la aplicabilidad de la herramienta, demostrando las cualidades y utilidades que la mediación puede tener a nivel de resolución de conflictos desde una óptica propia del conflicto y desde un punto de vista de solución y mejora de las relaciones interpersonales, evitando posibles conflictos a futuro en los diferentes contextos.

OBJETIVOS

- Objetivo General

Analizar la idoneidad de la mediación como herramienta para dar aplicación de la psicología jurídica en Colombia.

- Objetivos Específicos

- Identificar los aspectos históricos más relevantes de la mediación a nivel nacional e internacional.

- Examinar las herramientas legales y normativas de la mediación en el contexto colombiano.
- Analizar la jurisprudencia relevante de la mediación en cuanto a la resolución de conflictos en Colombia.
- Realizar estudio de derecho comparado entre España y Colombia respecto al desarrollo de la mediación.

METODOLOGÍA

El presente escrito es un artículo de investigación científica el cual ha tenido un desarrollo en el proceso de investigación analítico-descriptivo, llegando a una conclusión de acuerdo a la formulación y planteamiento del problema; al caracterizarse por la utilización de un método explicativo, en este caso del mecanismo alternativo de solución de conflictos de la mediación, se puede determinar su metodología cualitativa; pues se analiza el contexto de realidad social a partir de un concepto, así mismo tiene estudio sobre los significados que crean los individuos dependiendo del fenómeno de estudio y se realiza el estudio desde una perspectiva holística.

Siglas

MASC *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.*

ADR *alternative dispute resolution.*

CNUDMI *Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional.*

1. Aspectos históricos más relevantes de la mediación a nivel nacional e internacional.

1.1. Revisión histórica del concepto de Mediación

En principio podemos mencionar que la mediación tiene surgimiento en relación con la necesidad de resolver los diferentes conflictos en el contexto en el que la persona se encontraba, advirtiendo siempre que en la evolución histórica de la resolución de conflictos se tenía la necesidad de contar con un tercero neutral y con autoridad reconocida con el fin de llegar a un acuerdo entre las partes, sin la necesidad de que dichos conflictos se resolvieran en un escenario meramente judicial; sin embargo es menester mencionar hechos históricos relevantes que configuran a la mediación como es vista hoy día.

Es importante resaltar el surgimiento de la resolución de conflictos en el Derecho Romano, ya que Vallejo ha indicado:

En la antigua Roma hubo formas de resolver conflictos de manera alternativa. Entre ellas existió el *iudicium domesticum* o *consilium domesticum* que era un órgano consultivo, un instrumento al servicio de la familia, pero de utilización interna, que carecía de las facultades de un tribunal (Bravo Bosch (2013) citado por Vallejo, 2019)

De acuerdo a lo anterior, el *Consilium domesticum* (consejo de familiares o amigos cercanos) actuaba como consejero del Pater familias con el fin de tomar una decisión respecto de los sujetos que estaban sometidos a la potestad paterna y que habían incurrido en alguna conducta contraria a lo aceptado dentro de la familia y lo aceptado por la sociedad de la época.

Lo anterior tiene directa relación con la mediación familiar en la medida en que “existe precisamente por causa de ese legítimo deseo de preservar a la familia de la publicidad negativa externa” (Vallejo P y Morán M 2019), lo que refiere la necesidad de la familia por mantener sus discusiones y/o conflictos al interior de la misma,

para evitar posibles escándalos o murmuraciones fuera del núcleo familiar; siempre se deseaba mantener la intimidad familiar.

A partir de dichas prácticas consuetudinarias en diferentes contextos de la historia, se da la necesidad y se comienza a ver el surgimiento de resolver conflictos fuera de un contexto meramente judicial; por esto encontraremos a continuación sucesos históricos relevantes caracterizados por una conformación de dichas herramientas de una manera mucho más formal.

Desde un principio la mediación se presenta como un mecanismo alterno a la justicia y su reconocimiento empieza con auge a partir de la Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907 sobre solución de controversias internacionales puesto que según Miranzo S, señala:

Con esta normativa se inicia el reconocimiento del arbitraje y de la mediación jurídica como medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos. Este texto recoge el reconocimiento de la mediación jurídica como institución distinta tanto de la jurisdicción como de otros medios alternativos de solución de conflictos, tales como el arbitraje y la conciliación (Miranzo S, 2010,)

Así mismo se comienza a dar reconocimiento a los ADR (alternative dispute resolution) siglas en ingles que en español significan métodos de solución alternativa; los ADR tienen su surgimiento en Estados Unidos y así mismo estos son empleados en la mediación laboral durante su surgimiento, realizando con el tiempo una expansión progresiva y representativa en otras áreas, esto a mediados de los años sesenta; los ADR fueron tan representativos que con el tiempo fueron reconocidos en diferentes leyes de Estados Unidos.

De acuerdo a lo anterior es importante mencionar que, según Macho C (2014), la gran depresión de los 30 (crisis económica mundial) desencadenó desprotección de los trabajadores de la empresa, pues los mismos no contaban con derechos laborales mínimos en la medida en que las empresas podían tomar cualquier decisión respecto a sus empleados; lo anterior desencadena huelgas que generan violencia y

conflictividad laboral; a partir de este suceso llega la mediación laboral gracias a la llegada a la presidencia de Franklin Roosevelt para el año 1932 con sus política *New deal*.

Así mismo, aunado a lo anterior es importante mencionar que la mediación tuvo un reconocimiento significativo con la consolidación del realismo jurídico, donde sus juristas más representativos eran Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound, pues ambos propendían por una aplicación del derecho menos taxativa y rígida y más social que se adaptara a condiciones sociales; esta línea de pensamiento sigue la misma línea de Franklin Roosevelt con su política *New Deal*; en esta medida la mediación se reconoce doctrinalmente con la conferencia de Pound en 1976: *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, como punto de partida.

De esta manera se fortalece la mediación, ya que otorga nuevas posibilidades de resolución de conflicto fuera de un escenario judicial y así mismo genera un impacto, ya que la resolución del conflicto está en cabeza de las partes, de esta manera puede hablarse de cambios representativos en el contexto social y jurídico con la aplicación de esta nueva herramienta; la mediación no solo se destacó en ámbitos laborales sino también en ámbitos familiares, especialmente con la reconciliación de los matrimonios, asignación de cuota alimentaria, custodia de hijos, entre otras; es importante mencionar igualmente que la mediación empieza a ser vista y estudiada desde un punto de vista académico en las universidades, especialmente en los posgrados.

Continuando con los hechos relevantes históricos del concepto de mediación Global Acces, indica:

En 1975, Mauro Cappelletti, James Gordley y Earl Johnson Jr. publicaron una importante investigación, destinada a documentar y explicar lo que rápidamente se estaba convirtiendo en un fenómeno internacional generalizado: un movimiento acelerado para tornar el sistema de justicia accesible a todos, independientemente de sus ingresos. Esa histórica relación entre los tres autores dio como resultado la publicación del libro “*Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*” (1975), considerado un marco epistemológico en el estudio comparativo de los modelos jurídico asistenciales. (Global Access To Justice, 2021)

El suceso anterior es de relevancia en la medida en que dicha conferencia tenía por objetivo construir distintas herramientas que en efecto fuesen eficaces para mejorar la administración de justicia, por esto se deseaba incluir los ADR con el fin de que la sociedad pudiese resolver sus conflictos de manera autónoma y que así mismo dichas herramientas estuviesen al alcance de la sociedad.

Se resalta igualmente la aplicación de los ADR en los países europeos, resaltando que en los países del Common Law la aplicación de los mismos se da de una manera más fluida y abundante que aquellos países cobijados por el Civil Law, puesto que en estos países se mantiene la importancia de la ley como fuente principal del derecho.

Igualmente, a comienzos del año 1999 se expiden las Civile Procedure Rules, las cuales contenían diferentes estímulos para que los ciudadanos y en sí las sociedades pudiesen acceder a los ADR con el fin de que la resolución de los conflictos estuviese en cabeza de las partes que se encuentran en conflicto.

En sí los sucesos marcados en la historia de la mediación y la aplicación de los ADR en los países europeos y en estados unidos han propendido por mejorar la percepción del acceso a la administración de justicia y fortalecer la mediación en materia laboral y familiar; en el ámbito penal, señalando Machado que:

En 1999, el Consejo de Europa adoptó la Recomendación n.º 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre mediación en cuestiones penales. Aunque algunos Estados europeos ya habían experimentado y regulado la mediación penal, esta recomendación animaba a la utilización y regulación legal de la mediación penal en aquellos otros países, que aún no la habían puesto en marcha. Con tal fin, aunque este documento advierta que debe ser cada ordenamiento jurídico el que establezca las debidas garantías legales a la mediación, dispone una serie de directrices que deben regir su funcionamiento. (Macho C, 2014)

Por su parte la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) trae consigo los mecanismos alternos a la solución de conflictos, indicado el doctrinante Macho, que:



Desde un principio, la CNUDMI, –Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional–, focalizó su atención en el arbitraje comercial internacional. Incluso antes de la creación de dicho órgano en 1966, la Organización de las Naciones Unidas elaboró el exitoso Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. (Macho C, 2014)

Es importante tener conocimiento de dicha comisión con el fin entrar en contexto respecto al surgimiento de los mecanismos alternos de solución de conflictos en materia internacional, ya que con dicha comisión se crean diferentes modelos de conciliación en comercio internacional; dicho suceso es de resaltar ya que en este caso se toma a la conciliación como concepto similar o equivalente de la mediación (como ocurre en el caso colombiano).

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano subsidiario de la Asamblea General. La CNUDMI desempeña una función importante en la mejora del marco jurídico del comercio internacional, al encargarse de preparar textos legislativos internacionales destinados a ayudar a los Estados en la modernización del derecho mercantil internacional y textos no legislativos destinados a facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales. Los textos legislativos de la CNUDMI versan sobre los siguientes temas: venta internacional de mercancías; solución de controversias comerciales internacionales, incluso por vía arbitral y por conciliación; comercio electrónico; insolvencia, incluida la insolvencia transfronteriza; transporte internacional de mercancías; pagos internacionales; contratación pública y desarrollo de infraestructuras; y garantías reales. Entre los textos no legislativos cabe citar el reglamento de arbitraje y el reglamento de conciliación; las notas sobre la organización y sustanciación de los procedimientos arbitrales; y las guías jurídicas sobre los contratos de obras industriales y el comercio compensatorio. (Naciones Unidas, 1958)

Es posible afirmar que el surgimiento de los ADR o los Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos, en los diferentes países, fueron de gran utilidad en la medida en que las personas podían acceder a la justicia de una manera más pronta, teniendo la posibilidad de llegar a un acuerdo con la otra parte igualmente de manera celera, pues la resolución del conflicto recaía en las partes y la posibilidad de acercarse a estos mecanismos se caracteriza por ser autónoma; así mismo su impacto fue tan representativo que fue incorporado en movimientos mucho más grandes como el mencionado con anterioridad: La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a la par daba la posibilidad de llegar a acuerdos en diferentes áreas del derecho como laboral y familia.

1.2. Origen de la mediación en Colombia

Latinoamérica no fue la excepción para que llegaran los ADR; en Colombia específicamente tienen su auge a finales de los años 80 y los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos más representativos en el país fueron y siguen siendo la Conciliación y el Arbitraje; por su parte la Conciliación tiene su entrada en vigencia al país con la ley 23 de 1991.

Es menester mencionar que en nuestro país la conciliación y la mediación son conceptos totalmente distintos a diferencia de otros países que los toman como semejantes o iguales, por esto es importante también resaltar que la conciliación ha tenido mayor surgimiento en Colombia y por su parte la mediación no ha alcanzado dicho lugar y las referencias del concepto en el país son limitadas o escasas por no existir una política pública frente a la temática; en este sentido es importante mencionar algunas diferencias entre estas dos figuras en Colombia, la conciliación por su parte cuenta con un tercero neutral que tiene la capacidad y posibilidad de proponer fórmulas de arreglo, tiene un papel mucho más representativo; este tercero neutral debe estar debidamente capacitado para realizar una conciliación en Derecho, por su parte el mediador no puede realizar fórmulas de arreglo ya que esta responsabilidad recae únicamente en las partes y la mediación puede darse en diferentes campos como educativo, laboral, social, etc.

Si bien como ya se mencionó la trayectoria de la mediación en Colombia es corta; sin embargo, la mediación tiene sus esbozos en el Código de procedimiento Penal (ley 906 de 2004), en su artículo 523, el cual menciona:

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 Colombia, 2004)

De acuerdo a lo anterior es posible ver la aplicación de la Mediación desde un punto de vista jurídico en específico desde el Derecho penal, en donde se tiene como objetivo la reparación y resarcir los perjuicios causados; dicho fin se desea lograr mediante el intercambio de ideas y la comunicación entre víctima y victimario; se debe resaltar que dicha práctica debe realizarse con técnicas adecuadas; con el fin de que la víctima no sea revictimizada; en este caso la mediación puede actuar como herramienta de una justicia restaurativa.

Las ventajas de la mediación en materia penal –justicia restaurativa- es que el acuerdo autocompuesto conforme a la ley, incluyendo la reparación y el perdón, dan resultados más eficientes que la tradicional respuesta punitiva que hasta la actualidad solo demostró el fracaso de las instituciones carcelarias como espacio de rehabilitación social [...] en definitiva, la mediación es un proceso de justicia restaurativa, que tiene en cuenta la prevención del delito desde la mediación. (Del Val (2006) citado por Mazo H, 2013)

Sin embargo, la mediación no solo tiene aplicabilidad en un área del derecho penal, pues la herramienta es fundamental y eficaz para resolver los

diferentes conflictos también en otras áreas jurídicas y en diferentes contextos como educativo y laboral, pero se recalca la falta de políticas públicas en el país y en sí podría afirmarse que dicho concepto se encuentra en desarrollo aún.

Por su parte, desde una óptica académica, el autor colombiano Harvey Peña (2015), resalta la mediación narrativa dentro de los tipos de mediación, en la posibilidad en que le da importancia a la oralidad y la comunicación, conociendo a fondo los factores y elementos del conflicto, por lo tanto, es importante mencionar las técnicas al interior de la mediación narrativa que permiten la resolución del conflicto y que tienen cabida en la psicología jurídica, con la posibilidad de que su participación sea más activa en el país; como primer técnica de la mediación está:

La Doble escucha: Esta técnica permite al mediador identificar elementos de la narrativa alternativa que subyace en la narrativa del conflicto. Cuando las personas cuentan lo que les está pasando con el conflicto (narrativa del conflicto), usualmente ellas lo dicen en términos negativos hacia la contraparte. Esta información puede ser anotada por el mediador con el fin de consignar literalmente lo que las partes afirman. Si se toma esa información y se transcribe en términos positivos, es posible extraer lo que las personas tal vez desean que pase, pero no expresan (narrativa alternativa). (Peña, 2015)

La aplicación de esta técnica permite a las partes reconocer una mejor manera para expresar la historia del conflicto (narrativa alternativa), reduciendo posibles tensiones entre las partes y mejorando el desarrollo de la mediación, teniendo la intención constante de mantener una adecuada comunicación, manteniendo la posibilidad de llegar a un acuerdo en términos amistosos.

El parafraseo le permite al mediador resumir la narrativa del conflicto que cuentan las partes y validar la comprensión de esta. Además, le facilita generar empatía al ejercitar una escucha activa. Al inicio de la mediación, cuando cada uno de los participantes comparte sus historias, el mediador

requiere sintetizar los elementos claves de los hechos del conflicto. (Peña, 2015)

El parafraseo es un reporte de lo dicho por alguna de las partes por parte del mediador o tercero neutral, pues este último recoge los aspectos de relevancia de lo narrado por la parte, generando así empatía por la permanente escucha al relato; el mediador debe comenzar con frases como “entiendo que”, “lo que escuche fue” o “lo que ha dicho hasta este momento es” y terminando con la pregunta si es acertado o incorrecto lo que se acaba de mencionar, de esta manera se recalcan los supuestos fácticos más importantes del conflicto a tratar y se da importancia a las partes y a lo narrado por ellas.

El replanteo es una técnica que le permite al mediador facilitar la comunicación apreciativa entre las partes en conflicto. Es común que los involucrados utilicen un lenguaje agresivo para manifestar sus puntos de vista. El conflicto hace que las partes asignen significados negativos a los comportamientos y palabras del otro, de manera que estas se ofenden, reclaman y se comunican perdiendo de vista lo que realmente quieren que suceda (tal vez un cambio en la situación o en el otro). Las palabras pueden ser utilizadas como armas en la batalla que libran las partes y, en ese momento, es cuando el mediador interviene para “atrapar” esos “disparos” y llevarlos al otro con un enfoque que transmita lo que la persona quiere decir, pero desprovisto de ofensas. (Peña, 2015)

Dicha técnica es apropiada con el fin de disminuir o eliminar algún tipo de comentario agresivo y/o negativo que se produce a causa del conflicto, en esta medida el mediador propende por una mejor comunicación, modificando lo dicho agresivamente por la parte a algo mucho más amigable en el entendido de la necesidad de quien lo narró.

La externalización es una técnica que le permite al mediador facilitar en las partes la separación de las personas del conflicto, ya que este se identifica generalmente con la persona contraria. Desde la teoría narrativa, el conflicto es un agente que produce en las partes un cambio en la manera como se



percibe una frente a otra. El conflicto se asocia con el ser de la contraparte: el otro es el causante y responsable de las consecuencias negativas del conflicto y no el conflicto en sí, las personas se atacan mutuamente en lugar de unirse y contrarrestar así el conflicto. En la externalización, el mediador buscará en la narrativa del conflicto identificar un elemento de este (usualmente una emoción o sentimiento), con el cual la persona se relaciona mucho (podría ser la descripción de cómo se siente frente al conflicto) (Peña, 2015)

El enfoque de la externalización son las emociones o sentimientos que generalmente no sobresalen en la narrativa del conflicto de las partes, de esta manera esta técnica puede centrarse en dichas emociones con el fin de mantener un trabajo sobre tal sentimiento, emoción o sensación y no sobre la parte en sí, el fin último de esta técnica recae en lograr que las partes puedan trabajar conjuntamente en pro de la resolución del conflicto, de la mejora de las relaciones o ambas.

Evitar generalizaciones es una técnica que le permite al mediador matizar las generalidades que una parte hace de la otra a fin de acercarlas. El conflicto, como fenómeno totalizante en las partes, propicia que estas se vean mutuamente como extremos irreconciliables y tiendan a totalizarse la una a la otra. (Peña, 2015)

Las partes suelen totalizar y generalizar las situaciones de modo y tiempo como manera de defensa al afrontamiento del conflicto; se suelen pronunciar frases como “el nunca”, “ella siempre” dependiendo del conflicto; de esta manera el mediador tiene la labor de determinar el contexto espacio temporal para reducir o evitar a totalidad las generalidades y así poder cambiar dichas frases por palabras como. “él a veces”, “ella en ocasiones”, etc; manteniendo una buena comunicación en el desarrollo de la mediación y dando veracidad a los hechos narrados por las partes.

Incluir otras narrativas: Esta técnica permite al mediador posicionar o ubicar a las partes en el lugar de otros a fin de ampliar sus perspectivas sobre el conflicto y propiciar su reflexión. El conflicto hace que las partes se aferren a sus puntos de vista, razones, argumentos y valores. En la medida en

que alguien contradice esas premisas, las partes tienden a fortalecerse y a acrecentar el conflicto. Cuando los involucrados parecen estar anclados en sus narrativas y estar convencidos de que la razón los asiste, el mediado puede hacer preguntas circulares con el fin de llevar a las partes a hablar como otros. (Peña, 2015)

El mediador tiene la labor de poner a la parte en la posición de la otra parte o de alguien más que conozca en conflicto y pudiese tener diferenciación en cuanto al tratamiento del conflicto, es posible realizar el ejercicio de pedir que una de las partes intente pensar, hablar como la otra parte, generado un entendimiento en las partes sobre cómo puede sentirse la otra persona.

Aunque la mediación en Colombia es limitada desde los parámetros normativos y como mecanismo alternativo de solución de conflictos tiene desventaja frente a otros como la conciliación y el arbitraje; es posible proyectar e incentivar la aplicación de la misma en la distintas organizaciones y entidades, teniendo como fin no solo la resolución del conflicto sino la unión de las partes y la mejora de relación o percepción entre las mismas; dicho objetivo es posible a través de mediadores capacitados que logren aplicar en cada encuentro las técnicas de la mediación narrativa, generando una comunicación y dialogo asertivo, mejorando la convivencia entre las partes si así corresponde y como consecuencia acercándose a un posible acuerdo, dejando de lado el conflicto.

2. Herramientas legales y normativas de la mediación en el contexto colombiano.

Como ya lo pudimos visualizar en la parte histórica de la mediación, en Colombia, no existen grandes referentes jurídicos y/o normativos en el campo de la mediación como en otros países, la política pública en la mediación es inexistente; sin embargo, el país tiene algunos esbozos de esta figura que se referenciarán a continuación:

La mediación en el ámbito escolar o educativo tiene quizá más fuerza que lo que es la mediación en el ámbito jurídico, pues al interior de las instituciones educativas se intenta fomentar una adecuada convivencia escolar basada en

habilidades para resolver conflictos y adquirir responsabilidades; por lo anterior la ley 115 de 1994, conocida como la Ley general de Educación, en el artículo 92 se indica lo siguiente:

ARTICULO 92. Formación del educando. La educación debe favorecer el pleno desarrollo de la personalidad del educando, dar acceso a la cultura, al logro del conocimiento científico y técnico y a la formación de valores éticos, estéticos, morales, ciudadanos y religiosos, que le faciliten la realización de una actividad útil para el desarrollo socioeconómico del país. Los establecimientos educativos incorporarán en el Proyecto Educativo Institucional acciones pedagógicas para favorecer el **desarrollo equilibrado y armónico de las habilidades de los educandos, en especial las capacidades para la toma de decisiones, la adquisición de criterios, el trabajo en equipo, la administración eficiente del tiempo, la asunción de responsabilidades, la solución de conflictos y problemas** y las habilidades para la comunicación, la negociación y la participación (Congreso de la República Colombia, 1994). (Resaltado fuera del texto).

De esta manera se desea establecer una educación en Colombia donde se promueva la formación de los estudiantes basada en la toma de decisiones y el forjar criterios; así mismo fomentar un adecuado trabajo en equipo, un uso eficiente y adecuado del tiempo y por supuesto propender porque el estudiante tenga la capacidad de llegar a acuerdos y solucionar los diferentes conflictos y problemáticas que puedan surgir en su diario vivir, en diferentes aspectos de su vida; igualmente es posible afirmar que la figura de mediador al interior de las instituciones educativas la realizan los docentes de las áreas o coordinadores de convivencia, propendiendo porque el acuerdo esté en manos de los estudiantes y porque el escenario de la mediación se base en el respeto y una adecuada comunicación; de esta manera la ley resalta la importancia de la resolución de conflictos y la posibilidad de educar a los estudiantes bajo este contexto con el fin de formar excelentes profesionales y mantener un adecuado ambiente de bienestar en la sociedad.

Por su parte la mediación también tiene cabida en el código de policía y convivencia, ley 1801 del 2016, pues en su artículo 154 especifica lo siguiente:

“Artículo 154. Mediación Policial. Es el instrumento que nace de la naturaleza de la función policial, cuyas principales cualidades son la comunitariedad y la proximidad, a través del cual la autoridad es el canal para que las personas en conflicto decidan voluntariamente resolver sus desacuerdos armónicamente.” (Congreso de la República Colombia, 2016)

De esta manera tenemos un acercamiento al concepto de mediación en cuanto a que una de sus características principales es la voluntad de las personas en cuanto a la resolución de los conflictos y que esto esté enmarcado en la armonía y el respeto.

A su vez en el artículo 233 del Código de Policía y Convivencia establece:

ARTÍCULO 233. MEDIACIÓN. La mediación permite que el mediador escuche a las personas que se encuentran en situación de conflicto de convivencia y facilite un camino para encontrar una solución equitativa. De realizarse el acuerdo, se suscribirá el acta de mediación, donde se consignarán las obligaciones a cargo de cada uno de los interesados, la cual hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo.

PARÁGRAFO. En los procedimientos a que hace referencia el Título VII del Libro II, será obligatorio la invitación a conciliar. (Congreso de la República Colombia, 2016)

De acuerdo a lo anterior se logra evidenciar la obligatoriedad de la mediación en este campo jurídico, específicamente en cuanto a que el acta de mediación hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo; podríamos advertir en primer lugar que tiene una relación directa o análoga con la aplicación y desarrollo de la conciliación en centros de conciliación a nivel nacional; sin embargo analizando dicho supuesto desde una óptica de avance, se le da un nivel de seguridad jurídica y una relevancia importante en cuanto a la resolución de los conflictos.

Así mismo como ya se evidenció anteriormente la mediación tiene un espacio importante en el Derecho Penal, el Código de procedimiento Penal (ley 906 de 2004), en su artículo 523 menciona:

“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 Colombia, 2004)

La mediación en el procedimiento penal colombiano podrá solicitarse desde la formulación de la imputación hasta antes de efectuarse el juicio oral. Es importante recalcar que la mediación opera solo en determinados delitos, aquellos que sean perseguibles de oficio y el mínimo de la pena no exceda cinco (5) años de prisión, igualmente procede cuando la conciliación pre procesal haya fracasado; de la misma manera para que se efectúe la mediación deberá haber expresa voluntad de ambas partes (víctima y victimario) y podrá ser solicitada por alguna de estas partes, para así poder designar un mediador por parte de la Fiscalía General de la Nación o sus delegados, caracterizándose siempre este por la neutralidad en la negociación o acuerdo de las partes; en este caso se considera que la mediación actúa en justicia restaurativa.

Se presenta entonces la posibilidad de crear nueva cultura frente a la resolución de conflictos; una cultura que les confiera un papel más activo a los actores de los conflictos y que les permita, desde una nueva perspectiva, comprender la complejidad de lo humano y el compromiso que se tiene frente al reconocimiento de dicha complejidad. (Mazo, 2013)

De esta manera se puede evidenciar que la mediación desde un punto de vista de la justicia restaurativa genera un espacio de armonía entre las partes,

para que las mismas expongan sus opiniones y se confronten desde el respeto todos los puntos de vista; así mismo se logre entender más allá de la conducta punible cometida y se logre llegar a un escenario de dialogo, paz donde se entiendan las percepciones de las partes y se logre llegar a acuerdos donde la victima sienta una adecuada reparación y la persona que comete la conducta punible tenga la posibilidad, mediante actos adecuados tener una reivindicación con la víctimas y la sociedad, sin necesariamente que esto signifique una privación de la libertad.

El mediador en estos casos debe ser una persona neutral que conozca a cabalidad su rol al interior del dialogo, que propenda por la presencia de los elementos característicos de la justicia restaurativa como lo son: la reparación, la restitución, la rehabilitación, la indemnización, garantías de no repetición y absoluta veracidad en el testimonio, e igualmente propenderá por llegar a acuerdos basados en una resolución del conflicto donde se dé una mediación transformativa, pues en este caso las partes mejorarán desde una perspectiva individual y de moralidad y también en cuanto a la relación con el otro; es decir se considera se debe evitar una resolución del conflicto lineal donde se tenga como fin único llegar al acuerdo sin repercusión subjetiva y cambios de mejora en las partes; por esto al querer un trato donde se reconozcan y validen las opiniones de las partes, esencia de lo humano se lograrán cambios significativos en las partes y en la sociedad a través de la relación y aplicación adecuada y precisa de la mediación y la justicia restaurativa.

De acuerdo a lo anterior, la mediación incorporada en el proceso penal, es una herramienta válida y acertada dentro del sistema penal acusatorio, que igualmente se enmarca como ya se mencionó en la justicia restaurativa, así mismo el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal, establece:

ART. 518. **Se entenderá por programa de justicia restaurativa** todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.



Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.(Subrayados fuera del texto) (Congreso de la República Colombia, 2004)

En la situación en la que al interior de la investigación la pena supere 5 años de prisión de su mínimo y las partes puedan obtener un acuerdo a raíz de la mediación, el fiscal encargado podrá determinar la aplicación del principio de oportunidad de acuerdo a lo estipulado en el artículo 324 del código de procedimiento penal colombiano.

En la legislación colombiana específicamente en el ámbito penal y de acuerdos de paz se tiene a la mediación relacionada con la justicia restaurativa, enfocada al resarcimiento de daños desde un enfoque humano e interpersonal, así mismo reconociendo la responsabilidad de los actos o conductas punibles enmarcada en la recuperación social y en los actos justos según corresponda, lo último enmarcado en valores como el dialogo, el respeto, la honestidad, la confianza y la reciprocidad; intentando la prevalencia de la verdad y el perdón.

3. Jurisprudencia de mediación en Colombia

Al tener de precedente el poco desarrollo normativo en el tema de mediación del país, es posible afirmar que la jurisprudencia establecida en las altas cortes no sea tan extensa y/o profunda en el tema; sin embargo, se puede esbozar la posición jurídica de las cortes; de esta manera es procedente mencionar la sentencia C –598 de 2011, por ser la más reciente en cuanto a este tema, en la cual se menciona que la conciliación, es una forma de mediación y de esta manera se puede hacer referencia a lo mencionado igualmente por la Corte Constitucional en su sentencia C-1195 de 2001:

“En la autocomposición las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente -y en este

caso estamos ante una negociación-, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas –y en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades-. Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad” (Corte Constitucional, C-1195- 2001)

De acuerdo a lo anterior la Corte mantiene su postura por considerar la mediación como parte del concepto de Conciliación, puesto que introduce a la conciliación como una especie de mediación, entonces la mediación no tendría una identidad propia ya que se relaciona con la conciliación, sin embargo, los esbozos de normas jurídicas sobre el término nos indican que la mediación tiene su propia esencia en relación con la conciliación en el contexto colombiano.

Otras sentencias como la C- 893 de 2001 establece la mediación desde un punto histórico y su importancia dependiendo el lugar de referenciación, pues menciona que:

la mediación ha sido uno de los mecanismos de resolución de conflictos más importantes en culturas como la China, (Brown, 1982, Taylor, 1992), donde todavía se practica; en el Japón, (Henderson, 1965), donde fueron aprobadas antes de la segunda guerra mundial; en el África, donde es potestativo de cualquier persona convocar una asamblea para que actúe como conciliadora cooperativa de conflictos (Taylor, 1992); que ha sido aplicada por las iglesias en las diferentes religiones (Yaffe, 1972), etc. (Corte Constitucional, C 893- 2001)

De esta manera establece la importancia del mecanismo alternativo de solución de conflictos desde los antecedentes históricos a nivel global, teniendo de presente que es un mecanismo autocompositivo, donde las partes propenden

por la solución del conflicto, sin embargo, no se ha una mención a profundidad de la aplicación de dicho mecanismo en nuestro país; por su parte la sentencia C-222/2013 recalca y retoma aspectos importantes de la sentencia C-1195 de 2001, la cual menciona:

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos. (Corte Constitucional, C 222 -2013)

De esta manera la Corte Constitucional Colombiana reconoce que dichos mecanismos de solución de conflictos propenden continuamente por la descongestión de los despachos judiciales, reconoce la celeridad en la resolución de conflictos y el acceso a la justicia, generando seguridad jurídica en las partes e igualmente mejorando relaciones interpersonales, ya que al buscar la solución pacífica de los conflictos mediante estos mecanismos, no solo se propende por llegar a un acuerdo sino por la mejora continua en la comunicación, el acercamiento de las partes y el vínculo personal, específicamente aplicado en la mediación familiar; de acuerdo a lo anterior la sentencia C – 1195/01 igualmente menciona: “La mediación forma parte de políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia y que los resultados observados indican que realmente pueden llegar a cumplir, en mayor o menor grado, dicha finalidad.” (Corte Constitucional/01) lo que supone la necesidad de seguir avanzando en la implementación de la mediación en contextos jurídicos, familiares, escolares entre otros por las diferentes ventajas que el mismo trae entre ellas el acceso adecuado a la administración de justicia y la celeridad en la resolución de conflictos.

La Corte se ha referido a la justicia restaurativa como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos. En la sentencia C-979 de 2005 examinó las facultades conferidas al Fiscal General para expedir un reglamento que garantice el procedimiento interno para asegurar la aplicación del principio

de oportunidad y para elaborar un manual que fije las directrices de funcionamiento de la mediación en materia de justicia restaurativa. Luego de mencionar las múltiples disfunciones que plantea el sistema penal tradicionalmente justificado en fines principalmente retributivos y punitivos, explica la decisión que en la actualidad se presenta un significativo auge de nuevos enfoques que se fundamentan en la introducción de una perspectiva restauradora como paradigma alternativo. Así la justicia restaurativa busca rescatar la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario en relación con el daño inferido. (Corte Constitucional, C 387- 2014)

De tal forma la corte reafirma la relación directa entre la justicia restaurativa y los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en tanto la posibilidad de reparar un daño, garantizar la no repetición, la restitución, indemnización de perjuicios morales y materiales y la búsqueda de la verdad; factores de la justicia restaurativa que pueden ser alcanzados mediante el mecanismo alternativo de solución de conflictos, la mediación; al enfocarse en un contexto penal, las partes (víctima y victimario) consiguen tener un acercamiento mediante la comunicación con el acompañamiento de un mediador calificado, buscando y facilitando la posibilidad de perdón e intentando reestablecer los equilibrios en la sociedad luego de cometerse la conducta penal tipificada.

4. Derecho comparado: Mediación en España.

Al querer centrarnos en un tópico al interior de un país es importante conocer la organización territorial y política del mismo, por lo tanto, España se caracteriza por ser un estado unitario regional, el cual se encuentra estipulado en la Constitución de 1978 en su artículo segundo, el cual menciona que: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.” Así mismo España se caracteriza tras los pactos autonómicos de los años 1981 y 1992, por dividirse en 16 Comunidades autónomas (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla la

Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad valenciana, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, La Rioja, Comunidad de Madrid, Región de Murcia, País Vasco), una comunidad foral (Navarra) y dos ciudades autónomas (Ceuta y Melilla), así mismo cada comunidad autónoma es una entidad territorial que cuenta con autonomía e instituciones propias; así mismo cuentan con competencias legislativas, ejecutivas y administrativas.

España no ha sido excepción para buscar maneras alternas a la solución de los diferentes conflictos, de esta manera la mediación se ha convertido en una herramienta de éxito para alcanzar diferentes acuerdos en ámbitos locales y comunitarios, lo que la convierte en una vía acertada e igualmente viable en comparación con la vía judicial.

Para Galván, Gutiérrez, y Yáñez (2012) se afirma que la mediación puede desarrollarse en cualquier ámbito donde se generen conflictos como ámbito penal, familiar, intercultural entre otros; así mismo la mediación en su desarrollo debe tener los principios de confidencialidad, neutralidad, voluntariedad e imparcialidad; dentro de los campos más trabajados en España se encuentra el ámbito familiar, pues en España se tramitan alrededor de 150.000 casos de familia ante juzgados, en los cuales se ha evidenciado la insatisfacción de una o ambas partes ante la sentencia en cada uno de los procesos, lo que generó la potenciación de la mediación familiar con el fin de evitar posibles nuevos conflictos en la vía judicial. (Galván, Gutiérrez y Yáñez, 2012)

En España se reconoce la mediación como un espacio de comunicación y dialogo con el objetivo de solucionar conflictos y que ambas partes logren llegar a estar beneficiadas y satisfechas con el posible acuerdo. La mediación familiar surge con la ley del divorcio (ley 30 de 1981), de esta manera en 1984 se presta el primer servicio de mediación familiar en el país; por lo tanto, para los años 90 se comienzan a aprobar las diferentes leyes de mediación familiar en las comunidades autónomas, dentro de las cuales encontramos: Ley de mediación de Cataluña: ley 1 de 2001, Ley de mediación de Valencia: Ley 7 de 2001, Ley de mediación de Galicia: Ley 4 de 2001, Ley de mediación de

Canarias: Ley 15 de 2003, Ley de mediación de Castilla de a Mancha: Ley 4/2005, Ley de mediación de Castilla y León: Ley 1 de 2006, Ley de mediación de Islas Baleares: Ley 18/2006, Ley de mediación de Madrid: Ley 1 de 2007, Ley de mediación de Austrias: Ley 3 de 2007, Ley de mediación de Euskadi: Ley 1 de 2008 y Ley de mediación de Andalucía: Ley 1 de 2009.

4.1 Mediación Familiar en España

Según Galván, Gutiérrez, y Yáñez (2012) la mediación familiar presenta ventajas frente al proceso judicial en la medida en que mediante la mediación se construyen relaciones, se fortalece la comunicación, se asumen diferentes responsabilidades, se evita someter a los hijos a las elecciones, mejor y mayor nivel de satisfacción psicológica y los acuerdos se ajustan a las necesidades reales de las partes, dejando de lado la necesidad de ganar en juicio; en esta medida algunos juzgados de familia tienen servicio de mediación familiar como en el municipio de Málaga Ubicado en Andalucía, pues dicho servicio surge en pro de mejorar la respuesta que da la vía judicial de la resolución de conflictos familiares; en este contexto el servicio de mediación familiar tiene en cuenta una perspectiva psicológica y emocional y observa al conflicto familiar en toda su amplitud, en el caso de la vía judicial contenciosa, no tiene cabida dicho enfoque psicológico y emocional. (Galván, Gutiérrez y Yáñez, 2012)

Los asuntos familiares llegan a los diferentes juzgados y son evaluados con el fin de enviarlos a mediación familiar según corresponda su viabilidad, se realiza una primera sesión informativa donde se menciona el funcionamiento de la mediación, papel de los abogados durante el proceso de la mediación, se resalta el aún estar inmersos en proceso judicial y se mencionan las características de la mediación dentro de las cuales se encuentra estar en un espacio de confidencialidad. En cuanto al perfil del mediador en la mediación española se tiene que la ley especifica la formación del mismo mediante la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones acreditadas; algunas comunidades autónomas resaltan profesionales como abogado, psicólogo, trabajador social entre otras y demás requisitos mínimos para impartir el rol; dentro de las

características del mismo se resalta la neutralidad e imparcialidad; se ha evidenciado que las partes manifiestan experiencias positivas con el proceso de mediación independientemente si se logra o no la resolución del conflicto; de acuerdo a lo anterior el proceso judicial puede pasar de contencioso a mutuo acuerdo.

De manera general en cuanto a la mediación se menciona la posibilidad de la obligatoriedad de su acuerdo por lo tanto se afirma que:

Es posible formalizar el acuerdo de mediación como título ejecutivo. Para ello deberá ser elevado a escritura pública ante un notario, aplicándose los aranceles de “documentos sin cuantía” asegurando regulación sobre los costos. Esto coincide con varias legislaciones sobre mediación en las comunidades autónomas, pero en otras legislaciones basta la firma del mediador y de las partes para que el convenio sea ejecutable. Las disposiciones del Decreto Ley español permiten dar fecha cierta al documento y certificar la identidad de las partes y, de corresponder, las facultades de representación que ostenten. No obstante investigadores versados en el tema, consideran que esto más que ser el “oro molido” de la mediación, contradice sus postulados, toda vez que, al regirse por el principio de voluntariedad, con el compromiso de las partes de cumplir lo acordado debería bastar. (Instituto de investigaciones jurídicas e Instituto de formación profesional de la procuraduría General de Justicia de Distrito Federal, 2013)

Aunque la posibilidad de formalizar el acuerdo que derive de la mediación mediante un título ejecutivo que pueda ser exigible genera seguridad jurídica en las partes es menester recalcar que la esencia de la mediación en el marco ya expuesto, es la voluntariedad de las partes y no la imposición del acuerdo, en esta medida se podría considerar el acuerdo como cumplido sin necesidad de su obligatoriedad o exigibilidad pues dicho acuerdo se logró gracias a las partes, en este sentido el poder llegar a obtener un título ejecutivo del acuerdo a partir de la mediación puede llegar a degenerar su esencia.

De acuerdo a lo anterior es posible afirmar que España tiene mucha más trayectoria en el desarrollo de la mediación que Colombia; pues como ya se mencionó España tiene diferentes leyes sancionadas acerca del tema dependiendo cada comunidad autónoma y así mismo la mediación es un servicio que se ofrece alternamente a la instauración de un proceso por la vía judicial, sus alcances llegan a la interpretación de la necesidad de tratar de manera global el conflicto, teniendo en cuenta aspectos emocionales y psicológicos; y teniendo como objetivo la mejora continua de las relaciones interpersonales, independientemente si se llegase a un acuerdo o no; por su parte Colombia no tiene una política pública establecida y mucho menos la posibilidad de acceder a un servicio de mediación de manera pública, como ya se mencionó, nuestro país cuenta con algunas normas jurídicas que son relevantes al tema, dejando la necesidad al país de la ampliación normativa de la mediación y el efectivo desarrollo y aplicación de la misma.

4.2 Mediación Penal en España

“La mediación en el derecho español se focaliza entre el culpable y la víctima, con la finalidad de conseguir la reparación, dentro del proceso penal cuyo curso o conclusión puede depender de la satisfacción de responsabilidades civiles causadas por el delito.” (Instituto de investigaciones jurídicas e Instituto de formación profesional de la procuraduría General de Justicia de Distrito Federal, 2013)

De acuerdo a lo anterior el Código Penal Español tiene establecida la reparación en el ámbito penal en un sentido amplio, lo que significa el nivel de satisfacción entre las partes (delincuente y víctima), donde se tenga en cuenta todos los factores de la reparación como lo son la reparación del daño, la restitución y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

En relación con los delitos perseguibles a instancia de parte, sea mediante querrela o por simple denuncia, en España hay una lista amplia que puede derivar en arreglo extrajudicial que bien puede pasar por la mediación de terceros. En la querrela, el acto de conciliación como requisito previo es en



realidad la mediación de un juez y no excluye otras modalidades conforme al concepto de mediación que aquí se utiliza. Cuando la víctima ofrece el perdón los efectos que se derivan sobre la acción penal o sobre la responsabilidad criminal, pueden ser determinantes para una mediación cuando el transcurso del tiempo ha contribuido a disipar el inicial enfrentamiento entre víctima y el autor del ilícito penal. En estos delitos conocidos como privados, el perdón exime de responsabilidad criminal. (Instituto de investigaciones jurídicas e Instituto de formación profesional de la procuraduría General de Justicia de Distrito Federal, 2013)

En la dinámica del sistema judicial español se entiende que la mediación es óptima cuando se llega a un acuerdo, dicho acuerdo puede llevar al archivo de los asuntos penales o por su parte tener efectos después de la sentencia; sin embargo, según el art 21 del Código Penal Español menciona que la reparación del daño debe realizarse antes del juicio oral para poder aplicar la respectiva atenuante.

En el ordenamiento jurídico español la imposibilidad para reparar el daño ocasionado a la víctima a disminuir sus efectos, excluye la posibilidad de mediación puesto que es necesario que deba existir la satisfacción jurídica de la reparación y sus factores de la reparación del daño, la restitución y la indemnización de perjuicios materiales y morales, por la comisión del hecho injusto por parte del victimario, en esta medida la reparación simbólica no tiene cabida para el respectivo atenuante hacia el procesado.

Respecto a la mediación en responsabilidad penal de los menores en España, la ley reconoce la posibilidad de llegar a acuerdos de manera informal, lo que indica que sea por fuera del proceso penal, con el fin de descongestionar los despachos judiciales; e intenta otorgarle protagonismo a la víctima del conflicto que en la mayoría de las ocasiones se ve relegada del proceso penal.

La reparación al interior de la mediación, sirve de soporte a la regulación del conflicto con la ayuda de la instancia mediadora, cuya función consiste en

posibilitar la comunicación entre ambas partes. Se cuestiona al interior del sistema penal la posibilidad de llegar a una reparación por medio de la mediación en la medida en que se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia en la medida en que se parte del supuesto que el menor cometió la conducta que se tipifica al interior de la ley; sin embargo la posibilidad de aplicar la mediación dependerá de la voluntad de las partes, en el entendido que la misma se caracteriza en la alternancia al sistema judicial penal, por esto se requiere una comunicación fluida el interior de los sujetos del proceso penal (las partes, el fiscal de menores y equipo de mediación) con el fin de tener máximo aprovechamiento de la conciliación y reparación.

Posterior a unos primeros encuentros entre víctima e infractor, comienza el procedimiento de la mediación, como tal: Menor y víctima se reúnen en presencia del mediador; cada uno de los mediados narra los hechos producidos, tal como los vivió, sus causas y consecuencias. Ambos se escuchan activamente y el mediador es el encargado de dirigir y reconducir el dialogo; se plantean las posibilidades de conciliación o reparación, equitativa y proporcional a los hechos discutidos y el contexto en que cada una de las partes los vivió. (Instituto de investigaciones jurídicas e Instituto de formación profesional de la procuraduría General de Justicia de Distrito Federal, 2013)

El desarrollo de España en temas de mediación en contraposición con Colombia es mucho más amplio; igualmente depende de los alcances que cada comunidad autónoma realice, como es el caso de Cataluña y país Vasco que tienen mucha más fuerza en la mediación penal gracias a sus programas de gobiernos y al ser Cataluña el primer ejemplo de desarrollo de mediación en España en el tema de mediación penal en adultos, aunque los dos países contemplan la relación análoga entre mediación penal y reparación en cuanto a la búsqueda del equilibrio social luego de cometido el acto injusto y buscando reparar daños; es menester mencionar que se evidencia en España un desarrollo mucho más práctico, que aunque en ocasiones no hubiese tenido un adecuado desarrollo legal, la aplicación en la realidad y la satisfacción de las partes hace

que haya tenido un éxito notorio en la resolución de conflictos y mejora de relaciones (mediación familiar).

CONCLUSIONES

Al establecer el papel de la mediación en el contexto colombiano se pudo identificar los siguientes factores: respecto a su relevancia histórica el surgimiento de los ADR o los Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos, fueron de gran beneficio, ya que las personas podían acceder a la justicia de una manera más pronta, teniendo la posibilidad de llegar a un acuerdo con la otra parte, de forma más rápida a comparación del proceso judicial, pues la resolución del conflicto recaía en las partes y la posibilidad de acercarse a estos mecanismos se caracteriza por ser autónoma; así mismo su impacto fue tan representativo que fue incorporado en movimientos mucho más grandes como: La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a la par daba la posibilidad de llegar a acuerdos en diferentes áreas del derecho como laboral y de familia.

Así mismo en nuestro país, la conciliación y la mediación son conceptos totalmente distintos a diferencia de otros países que los toman como iguales, por esto es importante también resaltar que la conciliación ha tenido mayor surgimiento en Colombia y por su parte el mecanismo de la mediación no ha alcanzado dicho lugar, las referencias del concepto en el país son limitadas o escasas por no existir una política pública frente a la temática; la normativa existente de la mediación únicamente tiene referencia hacia la mediación educativa, mediación policial y mediación penal en relación directa esta última con la justicia restaurativa; en este sentido es importante mencionar algunas diferencias entre la conciliación y la mediación; la conciliación por su parte cuenta con un tercero neutral calificado, que tiene la capacidad y posibilidad de proponer fórmulas de arreglo, tiene un papel mucho más representativo; este tercero neutral debe estar debidamente capacitado para realizar una conciliación en Derecho, por su parte el mediador no puede realizar fórmulas de arreglo ya que esta responsabilidad recae únicamente en las partes y la mediación puede darse en diferentes campos como educativo, laboral, social, etc.

Igualmente es posible mencionar que España tiene mucha más trayectoria en el desarrollo de la mediación que Colombia; pues como ya se refirió España tiene diferentes leyes sancionadas acerca del tema dependiendo cada comunidad autónoma y así mismo la mediación es un servicio que se ofrece alternamente a la instauración de un proceso por la vía judicial, sus alcances llegan a la interpretación de la necesidad de tratar de manera global el conflicto, teniendo en cuenta aspectos emocionales y psicológicos; y teniendo como objetivo la mejora continua de las relaciones interpersonales, independientemente si se llegase a un acuerdo o no.

Por su parte Colombia no tiene una política pública establecida y mucho menos la posibilidad de acceder a un servicio de mediación de manera pública, como ya se mencionó, nuestro país cuenta con algunas normas jurídicas que son relevantes al tema, dejando la necesidad al país de la ampliación normativa de la mediación y el efectivo desarrollo y aplicación de la misma, se desea entonces que la mediación pueda tener un papel activo y sobresaliente en el territorio colombiano, para esto se requieren mediadores capacitados y calificados que conozcan la teoría del conflicto y sus elementos dentro de los cuales encontramos las circunstancias de tiempo y lugar; el contexto en el cual ocurre el conflicto; las partes en cuanto al protagonismo que las mismas tienen al interior del conflicto, su voluntad de querer llegar a un acuerdo y que actores secundarios intervienen en el conflicto generando la gravedad del mismo; el manejo que se le ha dado con anterioridad al conflicto; relación tiempo e intensidad del conflicto; los antecedentes de la relación en las partes (necesidades, intereses, deseos, expectativas y emociones); causas y detonantes del conflicto y las pretensiones a raíz del mismo en relación con el ánimo de arreglar el problema.

Los mediadores también deben tener la capacidad de aplicar las diferentes técnicas de la mediación narrativa con el propósito de generar un eficiente y adecuado dialogo, proporcionando estabilidad emocional en las partes, propendiendo por una mejora relacional y buscando la participación activa de las partes para que trabajen en conjunto en pro de la solución del conflicto o de llegar al acuerdo.

De esta manera se puede evidenciar la idoneidad del mecanismo de la mediación en pro de la resolución de conflictos, si bien como se ha

mencionado a lo largo del texto, Colombia no cuenta con una normatividad desarrollada y aplicable a nuestro contexto, sin embargo, las referencias históricas ya mencionadas y las relacionadas en el apartado de derecho comparado con España nos demuestran la efectividad y necesidad de la mediación, así mismo el éxito en cuanto a la mejora de las relaciones según el contexto, dejando así a la mediación como un mecanismo exitoso, demostrando únicamente ventajas en la resolución de conflictos desde un punto de vista jurídico y psicológico.

En definitiva, Colombia merece una política pública enfocada en la aplicación de la mediación para la resolución de conflictos de una manera alternativa a la vía judicial, desde, claramente, un punto de vista jurídico y desde una óptica de la resolución del conflicto de la psicología jurídica, donde se propenda por la mejora de las relaciones en la sociedad, independientemente de si se puede llegar a un acuerdo o no, la mediación transformativa o narrativa permite a las partes tener una adecuada comunicación y propende no solo por llegar al fin del conflicto, sino abarcar el mismo de una manera general donde se tengan en cuenta aspectos psicológicos para mejorar o mantener en equilibrio las relaciones interpersonales, en lo que respecta a cualquier mediación fuera de lo penal; y en el ámbito penal como tal, buscar el cumplimiento de los factores y/o elementos de la justicia restaurativa, buscando el perdón, la veracidad de los hechos, la garantía de no repetición y la reparación de los daños materiales y morales. La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, solo ha demostrado ventajas y éxito; pues permite un adecuado acceso a la justicia, permite la descongestión de los despachos judiciales, mejora las relaciones entre las partes, es celera en cuanto a llegar a un posible acuerdo y mantiene un equilibrio de armonía en la sociedad dejando de lado cualquier posible adversidad. entonces la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos es herramienta idónea para dar aplicación a la psicología jurídica y mantener un equilibrio social.

REFERENCIAS

- Peña Sandoval Harvey (2015) Mediación narrativa: técnicas y métodos para resolver conflictos en las organizaciones. Recuperado de:
<https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1234>
- de Armas Hernández, M. (2003). La mediación en la resolución de conflictos. *Educación*, 125-136. Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/Educación/article/download/20783/20623>
- Montoya M (2008) 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. Recuperado de:
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/download/2415/1968>
- Vallejo P y Morán M (2019) Derecho Romano: comparación con el derecho actual en los métodos positivos para gestionar conflictos, (minúscula) *International Journal of Developmental and Educational Psychology* 58 INFAD Revista de Psicología, N°1 - Monográfico 3 https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/11627/1/0214-9877_4_1_57.pdf
- Miranzo S (2010) Quiénes somos, a dónde vamos... origen y evolución del concepto mediación revista de mediación recuperado de: <http://www.ammediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2014/12/5.1-QUI%C3%89NES-SOMOS-A-D%C3%93NDE-VAMOS%E2%80%A6.pdf>
- Macho C (2014) Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4824884.pdf>
- (s.f) contexto histórico Global Access To Justice, consultado el 13/10/2021,
<https://globalaccesstojustice.com/historical-background/?lang=es>
- Naciones Unidas (1958) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, recuperado de:
<https://www.cortearbitrajeymediacionvalencia.com/wp-content/uploads/2018/10/Convencion-Nueva-York-sobre-Reconocimiento-y-Ejecucion-de-las-Sentencias-Arbitrales-Extranjeras.pdf>



Congreso de la Republica (1 de septiembre de 2004) Ley 906/04 Código de procedimiento penal.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Mazo H, (2013) La mediación como herramienta de la justicia restaurativa. Recuperado de:

<http://www.lexbasecolombia.net/revistauniversitaria/umedellin/opinion%20juridica%2023/1a%20mediacion.htm>

Congreso de la República De Colombia (1994) ley 115 de 1994, ley general de educación.

Recuperado de: https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85906_archivo_pdf.pdf

Congreso de la República de Colombia (2016) ley 1801 de 2016, Código de policía y

convivencia. Recuperado de: <https://www.policia.gov.co/sites/default/files/ley-1801-codigo-nacional-policia-convivencia.pdf>

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-1195/01 (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P)

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

Corte Constitucional (2001). Sentencia C- 893/01 (Clara Inés Vargas Hernandez, M.P)

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm>

Corte Constitucional (2013) Sentencia C-222/2013 (María Victoria Valle Correa, M.S)

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-222-13.htm>

Corte Constitucional (2104) Sentencia C-387/14 (Jorge Ivan Palacio Palacio, M.P) Recuperado

de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-387-14.htm>

Galván, M. E. S., Gutiérrez, J. L. U., & Yáñez, M. Á. P. (2012). La mediación. Un instrumento de conciliación. Recuperado de:

<http://contenidosdigitales.uned.es/fez/view/intecca:VideoCMAV-5a6f299cb1111fd35f8b45e6>

Instituto de investigaciones jurídicas e Instituto de formación profesional de la procuraduría

General de Justicia de Distrito Federal, (2013) La Mediación en España. Recuperado de:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3392/8.pdf>