



**PERFIL DEL MEDIADOR PENAL EN COLOMBIA EN EL MARCO DE LA
JUSTICIA RESTAURATIVA DE LA LEY 906 DE 2004**

Juan Camilo Camargo Ramírez

Artículo desarrollado en el marco de las actividades investigativas del Semillero de
Transformación de Conflictos para optar al título de Abogado

Tutora

Paula Andrea Pérez Reyes, Abogada, Magister en Filosofía

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Pregrado de Derecho
Medellín
2021

Cita	(Camargo Ramírez, 2021)
Referencia Estilo APA 7 (2020)	Camargo Ramírez, J. C. (2021). <i>Archivo pdf de la Universidad de Antioquia: Perfil del mediador penal en Colombia en el marco de la justicia restaurativa de la Ley 906 de 2004</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Grupo de Investigación: Semillero de transformación de conflictos

Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes

Decano/Director: Luquegi Gil Neira

Jefe departamento: Ana Victoria Vásquez Cárdenas

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexo.

PERFIL DEL MEDIADOR PENAL EN COLOMBIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA DE LA LEY 906 DE 2004

“Quizás sea más factible un futuro en el cual la justicia restaurativa sea la norma, pero que siempre cuente con alguna variante del sistema legal o penal como respaldo o alternativa”.

(Zehr, 2010, p.73)

Resumen

La mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa, tiene como objetivo buscar la solución pacífica de un conflicto que es materia de controversia en un proceso penal entre la víctima y procesado, la cual requiere de la ayuda de un tercero neutral denominado mediador, quien tiene el gran reto de colaborar en este proceso para evitar que el conflicto siga su curso en los despachos judiciales y en este sentido, se pueda llegar a un acuerdo entre las partes, el cual debe tener como referente las necesidades de las víctimas, la responsabilización del ofensor y así mismo, debe propender por la reconstrucción del tejido social.

Así las cosas, el mediador en estos procesos penales juega un rol protagónico, por lo tanto, se requiere que este profesional tenga un perfil con una serie de características personales (psicológicas) y una formación profesional (jurídico – penal) que le permitan desarrollar de manera adecuada su función.

Por lo anterior, en este artículo se evidenciarán los aspectos personales y profesionales que conforman el perfil que debe tener el mediador penal en Colombia.

Palabras clave: Conflicto, justicia restaurativa, mediación penal, mediador, perfil.

Abstract

Criminal mediation as a restorative justice mechanism, aims to seek the peaceful solution of a conflict that is the subject of controversy in a criminal process between the victim and the defendant, which requires the help of a neutral third party called a mediator, who has the It is a great challenge to collaborate in this process to prevent the conflict from running its course in the judicial offices and in this sense, an agreement can be reached between the parties, which must

have as a reference the needs of the victims, the accountability of the offender and likewise, it must strive for the reconstruction of the social fabric.

Thus, the mediator in these criminal proceedings plays a leading role, therefore, this professional is required to have a profile with a series of personal (psychological) characteristics and a professional (legal - criminal) training that allows him to develop in its function properly.

Therefore, this Article will show the personal and professional aspects that make up the profile that the criminal mediator must have in Colombia.

Keywords: Conflict, restorative justice, criminal mediation, mediator, profile.

Introducción

El presente artículo pretende formular una propuesta de un perfil del mediador penal en el contexto de la justicia restaurativa inmersa en la Ley 906 del 2004, logrando evidenciar las principales competencias y habilidades tanto personales como profesionales que debe desarrollar el mediador en el escenario del Derecho Penal, con la finalidad de poder ejercer un rol además de ético, profesional, colaborando en la transformación del conflicto suscitado entre las partes.

La metodología utilizada en la actividad de investigación que generó como resultado este artículo, se enmarcó en una investigación de tipo cualitativo con un enfoque hermenéutico desde un paradigma jurídico, la cual se centra en el perfil del mediador penal a partir del año 2004 y hasta la actualidad.

Para lograr este objetivo, en primer lugar se identificaron los principios y los aportes de la Justicia Restaurativa en los procesos penales, identificando los límites y los alcances de este modelo de Justicia en el marco de la Ley 906 de 2004.

En segundo lugar, se definió la mediación penal y su regulación normativa, entendiendo aquella como un proceso que hace parte de la Justicia Restaurativa, la cual permite solucionar de manera pacífica el conflicto suscitado entre el ofendido y el procesado con la ayuda del tercero neutral llamado mediador.

En este sentido, la Ley 906 del 2004, en su artículo 523, facultó al Fiscal General de la Nación o su delegado, para regular lo pertinente a los procesos de mediación y los mediadores en materia penal, así mismo, este artículo refiere que se debe expedir un manual para esta materia.

Por tal razón, la Fiscalía General de la Nación crea el Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, en donde, en la sección 12 (Justicia restaurativa), realiza una breve descripción del proceso de la mediación por mandato del Código Procesal Penal, no obstante, este manual, no es propiamente un manual específico que regule la mediación penal, en el sentido que no logra definir o establecer los aspectos específicos de la formación profesional y las competencias personales que debe tener el tercero neutral llamado “Mediador”.

Finalmente, ante este vacío que se presenta en la normatividad en materia penal y la falta de desarrollo por parte de la Fiscalía General de la Nación, surge la hipótesis de que no existe un perfil definido de los mediadores en materia penal en Colombia y en consecuencia, esta situación puede generar que los sujetos que sean designados como mediadores en estos procesos, no sean los más idóneos desde sus características personales y profesionales, generando un obstáculo para conseguir los fines esperados de la justicia restaurativa y específicamente de los objetivos de la mediación penal.

Por lo anterior, para el presente artículo se plantea la siguiente pregunta: ¿Cuál es el perfil que debe tener el mediador penal en Colombia?

Desarrollo temático.

Justicia restaurativa y sus fines en el contexto del proceso penal colombiano

El conflicto es una condición inherente al ser humano, en este sentido, se convierte en una experiencia vital que se encuentra presente en todas las dimensiones de la vida y en sus principales áreas, como lo son: la personal, familiar, educativa, laboral, y social, por lo tanto, para efectos de trabajo, se parte de la idea que el conflicto no debe ser visto como una situación negativa que debe ser eliminada, sino, como una situación cotidiana que atraviesa la vida de las personas y que en consecuencia debe ser transformado.

Muchos de estos conflictos que se presentan en la vida cotidiana de las personas no logran ser manejados y, en consecuencia, lo que se genera es un escalamiento del conflicto que puede llegar a trascender a la esfera del Derecho Penal (Bernal, 2007, pp. 563- 564).

Tradicionalmente en los procesos judiciales de tipo penal a nivel internacional, se ha tenido como referente el modelo de justicia retributiva, el cual ha sido justificado por la influencia que ha tenido el derecho penal liberal con su tesis de que el monopolio de la administración de la justicia es potestad exclusiva del Estado y qué, por lo tanto, no es admisible la negociación de las penas entre las partes (Galain, 2011, p.37).

Para efectos del caso colombiano, es la Fiscalía General de la Nación, quien por mandato del Artículo 250 constitucional tiene la facultad de investigar y acusar las conductas que revistan características de delitos, situación que constituye a la Fiscalía como una de las partes del proceso penal, en este sentido, es quien tiene la responsabilidad de ejercer la respectiva acción penal; ahora bien, en los casos en los que se logra probar la culpabilidad del ofensor, se le asigna una pena, la cual, puede llegar a ser una pena de prisión en un centro penitenciario, esta situación, claramente se constituye como un castigo severo que debe sufrir el ofensor como consecuencia de haber vulnerado un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, pues según Zehr (2010), el eje central de la justicia penal es “que los infractores reciban su justo merecido” (p.27).

Así las cosas, la justicia retributiva es un modelo centrado más en el castigo del ofensor que en las necesidades y la reparación de los ofendidos, situación que no soluciona el conflicto suscitado entre las partes, sino que por el contrario, termina agravándose aún más, pues según Zehr (2010) “el proceso judicial agudiza aún más las heridas y los conflictos sociales en lugar de ayudar a sanarlos o transformarlos” (p.6), lo anterior evidencia, que en muchas ocasiones los procesos judiciales solo se basan en un modelo de justicia retributiva que muy poco se preocupa por los intereses de las ofendidos y la verdadera resocialización de las personas que resultan siendo condenadas, pues el ofendido en los procesos tradicionales, tiene un rol con un escaso protagonismo que limita la satisfacción de sus necesidades, incluso, en muchos procesos en la fase del incidente de reparación integral, en donde se busca obtener una reparación de carácter patrimonial, no se logra hacer efectivo el proceso de indemnización.

Ante las limitaciones que presenta la justicia retributiva para lograr la satisfacción de los intereses y derechos de las víctimas, así como la transformación del conflicto suscitado, se observa cómo nació la justicia restaurativa como un modelo alternativo que permitiría cortar el cauce de un proceso penal en curso o en otros casos, para evitar precisamente que los conflictos trasciendan a la esfera judicial, Según García (2014), “El enfoque restaurativo arranca de la crítica del modo actual en que tiene lugar la justicia penal, que separa y distancia a transgresor y víctima” (p. 327), en este sentido, se puede afirmar que “la justicia restaurativa tiene un especial interés por aquellas necesidades de las víctimas que no son atendidas adecuadamente por el sistema de justicia penal” (Zehr, 2010, p.19), el cual parece haberlas abandonado, desconociendo sus reales necesidades en el conflicto.

Ahora bien, respecto de la definición del modelo de justicia restaurativa se tiene que, según Galain (como se citó en Tapias, 2016, p.18), es una escuela de pensamiento que pretende modificar la manera como tradicionalmente se reacciona ante las conductas delictivas y que en este sentido, la administración de justicia no esté centralizada en el poder punitivo del Estado, sino que se debe permitir la actuación de particulares que colaboren con los procesos para resolver los conflictos, así las cosas, la justicia restaurativa sería un proceso que busca involucrar a las partes con el objetivo de reparar los daños y atender tanto las necesidades de las víctimas como las obligaciones de los ofensores, con la finalidad de solucionar el conflicto de una manera pacífica y reparadora (Zehr, 2010), en el mismo sentido, según García (2014), “ El enfoque restaurativo propone un modo distinto de desarrollar la justicia penal, en el que la respuesta del transgresor a su víctima constituya el centro del proceso” (p. 327).

En la misma línea de definición de este modelo de justicia, para la autora Tapias (2016), la justicia restaurativa “es una forma diferente de justicia, porque no se centra en la sanción al ofensor, sino que tiene como objetivo prioritario reparar el daño generado a las víctimas, de forma que lo principal es el resultado restaurativo, aunque también da importancia al proceso para arribar a una reparación satisfactoria” (p.18).

La justicia restaurativa está sentada sobre tres pilares básicos, que según Zehr (2010), son los siguientes: los daños y las necesidades asociadas a ellos (primeramente de las víctimas, pero también de las comunidades y los ofensores); las obligaciones que conlleva este daño, así como

las que le dieron origen (obligaciones de los ofensores y también de las comunidades); y la participación de todas aquellas personas que tengan un interés legítimo en la ofensa y su reparación (víctimas, ofensores y otros miembros de la comunidad) (p.31).

Es importante resaltar, que para efectos de la participación en los procesos restaurativos, no solo es necesaria la disposición voluntaria de las partes en el proceso, sino que también, es fundamental que el ofensor acepte su responsabilidad en el acto cometido, toda vez que para estos programas es indispensable la identificación y el reconocimiento del perjuicio causado a la víctima (Zehr, 2010, p.13), así mismo, por que como lo afirma Zehr (2010) Los ofensores “tienen la responsabilidad de enmendar el daño en la medida de lo posible, tanto de manera concreta como simbólica” (p.30).

Teniendo como referente lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que el objetivo central de la justicia restaurativa es el de satisfacer las necesidades de los ofendidos y lograr que el ofensor se responsabilice por sus actos, logrando un proceso de reparación efectivo (Zehr, 2010, p.13).

Por otra parte, Zehr (2010), afirma que “La Justicia Restaurativa surgió como una forma de tratar los delitos considerados como de menor gravedad (valoración que muchas veces es errónea), tales como los robos y otros delitos contra la propiedad. Sin embargo, hoy en día algunas comunidades cuentan con alternativas restauradoras para tratar las formas más graves de violencia criminal” (p.6); en el mismo sentido, en el contexto colombiano, según Lobo (2016) Se observan “falsas concepciones frente a los alcances que se le atribuyen al concepto examinado, por ejemplo, el de considerar que la justicia restaurativa solo se aplica en casos de delitos bagatela” (p.58), teniendo como referente lo anterior, se puede inferir que en algunos sistemas jurídico-penales, la justicia restaurativa, especialmente la mediación en el contexto penal, ha sido relegada solamente para delitos menor gravedad o delitos de bagatela, desconociendo los objetivos y los alcances que puede llegar a tener este mecanismo.

Ahora bien, en sentido normativo, desde la Ley 906 del 2004 en su artículo 518, se define la justicia restaurativa como un “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”, definición que

permite evidenciar que el protagonismo del proceso queda a cargo de la víctima y el procesado, en el mismo sentido, a nivel jurisprudencial, Según la Corte Constitucional en la Sentencia C-979 de 2005, define la justicia restaurativa como “un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario”, en donde realmente se va a propender por satisfacer las necesidades de la víctima y en donde se espera una reflexión que prevenga futuras conductas delictivas en el procesado.

El artículo 519 de la Ley 906, refiere las reglas que se deben surtir para poder realizar los procesos de justicia restaurativa, entre estas reglas se encuentra el consentimiento libre y voluntario de las partes, las obligaciones que emergen del acuerdo, la inadmisibilidad de pruebas que sean extraídas del proceso de la mediación, la imparcialidad que deben tener los facilitadores y el derecho que le asiste a las partes de tener una asesoría jurídica.

Por su parte, el artículo 520 de la Ley 906, describe las condiciones que deben estar presentes para que los conflictos se puedan tratar desde los programas de justicia restaurativa, entre las que se encuentran la debida asesoría que se le debe dar a las partes, respecto de sus derechos, el objetivo del proceso y sus respectivas consecuencias, así como garantizar que la participación de las partes haya sido de manera voluntaria.

Finalmente, al artículo 521 de la Ley 906, establece cuales son los mecanismos de justicia restaurativa que son reconocidos por el ordenamiento jurídico penal colombiano, entre los cuales se encuentran la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación, para efectos del objetivo de este artículo, se desarrollará este último mecanismo referido por la Ley.

Ahora bien, teniendo como referente los fines de la justicia restaurativa en el proceso penal, se considera que este modelo de justicia cobra gran relevancia para este tipo de procesos, toda vez que permite una interacción y un diálogo entre la víctima y el infractor, generando un mayor protagonismo de las partes, logrando satisfacer las necesidades de las víctimas y la responsabilización del ofensor, logrando de esta manera, incorporar la humanización del sistema penal (Larrauri, 1999, p.58).

Este modelo de justicia evidentemente beneficia tanto a la víctima como al ofensor, en el caso de la primera, al tener un mayor protagonismo en el proceso, son escuchadas y se busca su satisfacción y la respectiva reparación, logrando de esta manera superar el impacto del delito; respecto del ofensor, se tiene que el hecho de responsabilizarse en un diálogo ante el mal generado a la víctima, resulta siendo un factor positivo, toda vez que este no solo puede llegar a experimentar la percepción de que el proceso es más justo, sino que también, se puede evitar la reincidencia de conductas delictivas (Larrauri, 1999, p.62).

Ahora bien, respecto del castigo, según Restrepo (2015), el modelo restaurativo es aquel:

en donde no se mira a la imposición de un castigo que compense un hecho delictivo del pasado con una pena a cumplir en el futuro, sino que se trata de mejorar desde el presente la situación remanente del conflicto, de las violencias, de los delitos, para sin renunciar a las enseñanzas del pasado, construir un futuro diferente (p.235).

Así las cosas, la justicia restaurativa, al no centrarse en el castigo, permite la aplicación de penas diferentes a las penas privativas de la libertad en centros penitenciarios (Larrauri, 1999, p.60), lo cual conlleva a una disminución de la población carcelaria, situación que puede colaborar con la reducción del hacinamiento que se presenta en las penitenciarías.

Por lo anterior, se puede afirmar que la justicia restaurativa permite renunciar al castigo y que se concentra en la reparación como la vía para llegar a la justicia (Restrepo, 2015, p.237). en este sentido, se puede lograr que el ofensor no tenga que ser sometido a una pena privativa de la libertad, la cual no solo dificulta la resocialización del condenado sino que lo único que genera es un espíritu de venganza por parte del sistema penal y un sufrimiento en el ofensor, así mismo, se puede lograr que la víctima no termine involucrada en procesos de revictimización y que realmente llegue a ser reparada.

Mediación penal y su regulación normativa en el marco de la Ley 906 del 2004

El conflicto es inherente al ser humano y se encuentra presente en todas las dimensiones de la vida, según Ballen (2016), “nuestra condición humana es inherente a la existencia de conflictos y estos surgen por infinitud de circunstancias: incompatibilidad, pensamientos

diferentes, estado emocional, estrés, frustraciones, entre otros; por lo tanto, corresponde a nuestra propia naturaleza el encontrar alternativas para el manejo y solución de los mismos” (p. 27). Y es que no se puede olvidar que el ser humano está mediado por una serie de diferencias individuales que generan que las personas sientan, piensen y se comporten de maneras diferentes, por tal motivo, el conflicto siempre estará presente en la vida del ser humano, es importante referir que para efectos de la mediación penal, si bien los conflictos pueden tener un carácter prestacional o relacional, será este último el que cobra una mayor relevancia en la gestión de los conflictos, toda vez que se pretende reconstruir las relaciones entre las partes (Bernal 2007, p 572).

Según Bernal (2007), “para que pueda hablarse de conflicto resulta necesario que las partes enfrentadas “perciban” incompatibilidad entre sus objetivos y que la interdependencia entre ellas haga que una parte no pueda conseguir lo que pretende sin contar con la otra” (p. 563). Por tal motivo, se puede afirmar que los procesos perceptivos juegan un papel fundamental en la manera como las partes interpretan y se representan el conflicto de diferentes maneras.

Teniendo como referente que el conflicto puede llegar a su máximo nivel de escalamiento, Según Bernal (2007), “El escalamiento del conflicto se origina cuando la interacción de las partes adquiere una repetición acción – reacción, donde la respuesta de uno sirve de estímulo al otro para volver a comenzar el proceso, generando una espiral de acciones de castigo o defensa, favoreciendo el enfrentamiento y haciendo cada vez más difícil la resolución” (pp. 563 – 564) y en este sentido este conflicto puede llegar a la instancia de un proceso judicial, ante esta situación, surge la necesidad de brindarle un tratamiento diferente al de la justicia penal ordinaria, dándole un mayor valor a mecanismos como la mediación, la cual, de manera inicial, se puede afirmar que es uno de los mecanismos que tiene la justicia restaurativa, según Lin Ching (2010), se puede definir como “ un procedimiento privado en el cual un tercero imparcial facilita la comunicación entre dos o más partes en conflicto” (p. 245), por su parte, autores como Bernal (2007), señalan que “ La mediación es un proceso de interacción que se establece entre las partes en disputa y el mediador” (p. 571).

En la misma línea, autores como Nieto (2011), refieren que la mediación “Consiste en la intervención de un tercero quien, a través del uso de estrategias de comunicación, principalmente ayuda a lograr una mejor comprensión de las situaciones conflictivas” (p.379).

En síntesis, se puede afirmar que la mediación es uno de los mecanismos que tiene la justicia restaurativa, cuyo objetivo principal es lograr un acuerdo pacífico entre las partes, con la ayuda de un tercero neutral capacitado.

En este sentido, el mecanismo de la mediación presenta una serie de criterios o requisitos que deberán estar presentes, según Phear (Como se citó por Ballen, 2016), indica que las características del proceso son las siguientes:

1. Voluntariedad del proceso.
2. Control del proceso por parte del mediador.
3. Ofrece una vía de comunicación que hasta ahora estaba agotada y que sería imposible sin la presencia del mediador.
4. Ninguna de las partes tiene poder suficiente para imponer una solución.
5. No hacer promesas que no se pueden cumplir.
6. El objetivo final no tiene por qué ser la obtención de acuerdos sino una mejor comprensión de los problemas.
7. Separar lo emocional de la lógica y abordarlo de maneras diferentes (p. 33).

Por otra parte, varios autores argumentan que la mediación también se puede catalogar como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales se pueden definir como “mecanismos establecidos por la comunidad o por la ley, para la solución de conflictos, fuera del escenario judicial” (Nieto 2011, p. 373).

Según Lin Ching (2010) “La Resolución Alternativa de conflictos (RAC) es una alternativa viable y práctica que ha tomado un gran auge, fundamentalmente por la calidad de la resolución y secundariamente porque podría descongestionar las Cortes” (p. 247). En el mismo sentido, según Nieto (2011), refiere que “Los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) en América Latina, se han convertido desde hace algún tiempo en una respuesta por agilizar y descongestionar los tribunales, dar mayor celeridad a las soluciones de los conflictos y facilitar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos” (p. 371). Teniendo como referente lo que plantean estos autores, se puede afirmar que los mecanismos como la mediación han sido utilizados de manera excepcional, con el objetivo de descongestionar los despachos judiciales, no obstante, es importante recordar que el

objetivo principal no es la descongestión, sino la búsqueda de una solución pacífica al conflicto que tenga en cuenta los intereses de los ofendidos y que propenda por la conservación del tejido social.

Otros autores, destacan que la mediación es un mecanismo autocompositivo, según San Cristóbal (Como se citó en Blanco, 2016) “los sistemas autocompositivos, se definen porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo. De esta manera, a través del consenso se resuelve el conflicto, lo que, a su vez, permite gestionar de mejor manera los intereses de las partes (...). En este grupo se encuentran la negociación, la conciliación y la mediación” (p. 68).

Es importante aclarar que el término autocompositivo, no excluye que un tercero haga parte del proceso, toda vez que el acuerdo entre las partes, si bien se realiza gracias a la disposición entre éstas, de todas maneras, requiere de la presencia de un tercero neutral que dirija y colabore en el proceso, así las cosas, la intervención de este tercero será fundamental para el desarrollo de la mediación.

Ahora bien, referirse a la mediación también implica hablar de las emociones como función psicológica superior del ser humano, pues los conflictos tienden a generar emociones negativas como la ira hasta el punto de generar conductas agresivas, según Bernal (2007), “las partes experimentan un sentimiento de hostilidad que se intensifica en función del aumento de la implicación emocional, lo que dificulta un tratamiento racional del conflicto ya que el pensamiento se transforma en “desiderativo”, imperando imágenes cargadas de afectividad que lo que hacen es reforzar las propias creencia y legitimarlas” (p. 563), por lo tanto a mayor nivel de emocionalidad más compleja será la comprensión del conflicto en sí mismo, toda vez que la carga emocional tiende a sesgar la racionalidad de los sujetos.

Finalmente, se puede afirmar que el objetivo de la mediación es lograr que la partes se centren en el aquí y el ahora, teniendo como referente los elementos positivos de los hechos y generando un pensamiento abierto al cambio, logrando disminuir la carga emotiva, modificando la percepción subjetiva del conflicto y facilitado los procesos de comunicación (Bernal 2007, p.566).

Mediación penal y Psicología Jurídica.

La mediación tiene un carácter interdisciplinar, partiendo de la idea de que puede ser realizada por varias profesionales, especialmente por psicólogos y abogados, así mismo, es importante resaltar que existen disciplinas como la Psicología, la cual realiza aportes significativos relacionados con la percepción, las emociones, la empatía, las habilidades de comunicación, las cuales son fundamentales en el perfil de un mediador penal, respecto de esta disciplina, existe un área aún más especializada que también ha realizado aportes teóricos respecto de los procesos de mediación, se trata de la Psicología Jurídica, la cual es definida por Tapias y Hernández (2011), como “una subespecialización de la psicología, que como ciencia, describe, explica, predice y controla el comportamiento humano, y cuyo objeto de estudio es el comportamiento humano con consecuencias jurídicas” (p.2).

En este sentido, se puede afirmar que la Psicología jurídica es un campo ocupacional de la Psicología general que se encarga del estudio y la intervención de aquellas conductas humanas que han tenido un alcance en el mundo del Derecho, por lo tanto, se puede inferir, que los aportes realizados por los autores de esta disciplina científica, permiten apoyar el método hermenéutico adoptado en esta investigación, toda vez que por medio de la interpretación de los aportes teóricos es posible interpretar y conocer las características que debe tener tanto la mediación como el mediador penal, así mismo, es importante evidenciar que los aportes de estas teorías permiten comprender como se puede realizar una lectura del comportamiento de las partes, lo cual va a conllevar a conocer sus percepciones, emociones, necesidades y sus motivaciones frente al conflicto.

Así las cosas, se puede evidenciar una estrecha relación entre la Psicología y el Derecho, pues en algunos casos son complementarias, Según Bernal (2007), “Conforme la sociedad va siendo más compleja, los conflictos crecen en número y dificultad y el Derecho necesita de otras Ciencias, como la Psicología, que le ayudan a entender la complejidad creciente del comportamiento humano y que le sirva al Juez para un mejor pronunciamiento de lo “justo” (p. 565).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede inferir que la Psicología Jurídica puede contribuir al proceso formativo de los mediadores y así mismo, puede participar de manera directa en los

procesos de mediación, en este sentido, autores como Tapias (2016), refieren que “la Psicología Jurídica también puede aunarse a estos equipos interdisciplinarios para promover la mediación en centro y sur América” (p.20), según esta autora, la mediación es un mecanismo que permite la intervención del conflicto y en consecuencia su desjudicialización, logrando de esta manera, preservar las relaciones interpersonales y evitando que el conflicto siga escalando.

Respecto de las emociones, la psicología ha formulado una serie de teorías que permiten comprenderlas, clasificarlas y abordarlas, Según Bernal (2007), El conocimiento del funcionamiento de las emociones es fundamental para la gestión de los conflictos, en este sentido, la Psicología es la profesión que más preparada se encuentra en ese conocimiento, toda vez que el tratamiento de los aspectos emocionales son el elemento básico de su trabajo. (p. 568), por lo tanto, se puede afirmar que desde la Psicología se pueden generar capacitaciones a los mediadores sobre el manejo de las emociones.

Regulación normativa de la mediación penal

Luego de comprender en qué consiste el mecanismo de la mediación, se procede con la descripción de la regulación normativa que tiene este proceso en el ordenamiento jurídico colombiano, enfocándose desde la Ley 906 de 2004.

Este código de procedimiento penal, en su artículo 523 define el proceso de la mediación penal como:

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.

Teniendo en cuenta el artículo 523, se puede interpretar que la mediación es un mecanismo que requiere de la presencia de un tercero neutral que debe tener una serie de características específicas para su cargo, las cuales le permitan gestionar de manera pacífica el conflicto suscitado entre las partes, así mismo, se infiere que las características de este mediador debían ser desarrolladas por el Manual que debía expedir la Fiscalía General de la Nación, el cual, luego de ser publicado, presenta una serie de vacíos respecto de las competencias específicas que deben tener estos profesionales.

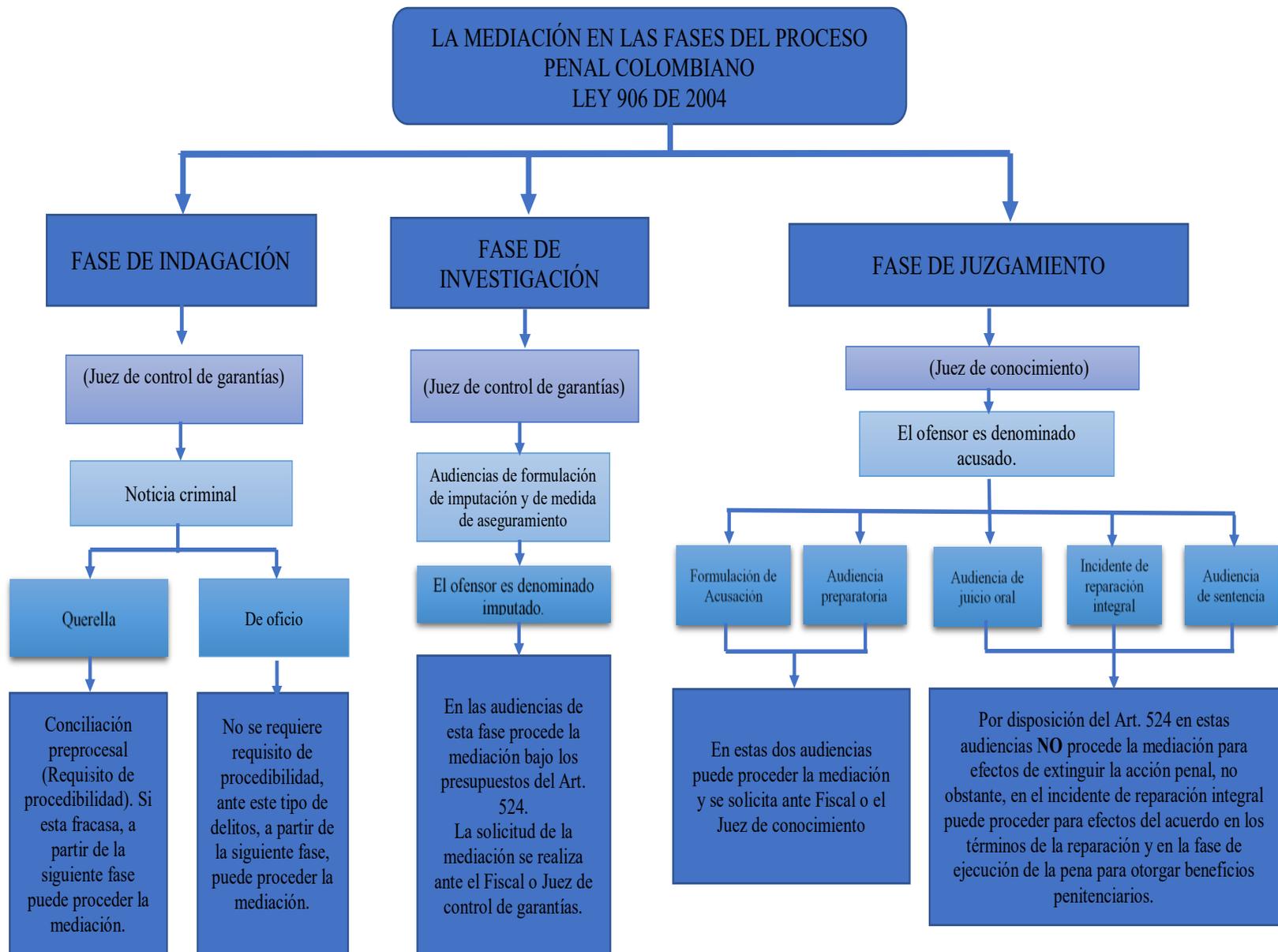
Así mismo, esta Ley refiere que este mecanismo puede referirse a diversos aspectos tales como la reparación, la prestación de servicios y el pedimento de perdón.

Respecto de la procedencia de este modelo de mediación, el artículo 524 de esta Ley, refiere:

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.

Para efectos de contextualizar la procedencia de la mediación desde la Ley 906 del 2004, se presenta la siguiente figura:



Teniendo como referente el cuadro anterior, es importante aclarar que para efectos de la extinción de la acción penal, la mediación solo procede hasta antes del inicio de la etapa de juicio oral, no obstante, como lo indica Restrepo (2015), la mediación también puede proceder después de que el Juez haya declarado la culpabilidad del procesado, por lo tanto, se abre un nuevo espacio en el incidente de reparación integral, en donde el infractor y la víctima pueden acordar como serán los términos de la reparación, toda vez que en la mayoría de los casos el procesado no cuenta con los recursos económicos suficientes para pagar la respectiva indemnización económica fijada por el Juez y en este sentido, la mediación puede versar sobre reparaciones diferentes a las de carácter económicas como por ejemplo la reparación simbólica (pp. 243 - 244).

Así mismo, en la fase de ejecución de la pena, se abre un nuevo escenario para la mediación, según Restrepo (2015), se puede utilizar “como un argumento adicional para solicitar beneficios penitenciarios (prisión domiciliaria, libertad vigilada, permisos de salida de prisión, de trabajo, etc.)” (p. 244).

Por lo anterior, se puede afirmar que estos dos nuevos escenarios del proceso penal en donde también puede proceder la mediación, no se generan efectos en la condena ni en la reparación establecida, en consecuencia, lo que se puede generar es un cambio en el carácter y la forma de reparación así como una serie de beneficios de carácter penitenciario.

Teniendo en cuenta el artículo 524, se puede interpretar que la mediación, necesariamente requiere de la voluntad expresa de las partes (ofendido y ofensor), así mismo, que solo puede operar a partir de la etapa de investigación, específicamente, desde la fase de formulación de imputación y hasta antes del inicio del juicio oral, en este sentido, no es posible realizar la mediación penal en la etapa de indagación ni tampoco a partir de la instalación del juicio oral.

De esta manera, este artículo prescribe que por regla general, la mediación debe proceder para los delitos perseguibles de oficio, no obstante, es importante aclarar que este mecanismo también puede proceder sobre delitos querellables, en los cuales ha fracasado la conciliación preprocesal.

Ahora bien, respecto de los efectos jurídico penales de la mediación, se debe tener en cuenta la pena mínima establecida para los tipos penales de la Ley 599 del 2000, atendiendo a que

en aquellos cuya pena mínima no exceda los 5 años, es posible que se dé por terminada la acción penal y para los delitos cuya pena mínima supere los 5 años, no dará lugar a la extinción de la acción penal, sin embargo, el proceso de la mediación será tenido en cuenta, tanto para efectos de beneficios que pueda adquirir el ofensor relacionados con la dosificación punitiva, como de beneficios relacionados con la ejecución de la pena.

Finalmente, este artículo introduce una excepción que impide que todos los tipos penales establecidos en el Código Penal Colombiano puedan ser objeto de mediación, toda vez que como lo afirma esta norma jurídica, aquellos delitos cuyo bien jurídico tutelado sobrepase o exceda la órbita personal del ofendido no pueden llegar a ser mediados, en este sentido, según Lobo (2016) “se excluyen los delitos contra la fe pública, el orden económico social, los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la salud pública, los que atentan contra los mecanismos de participación democrática, la administración de justicia, la eficaz y recta impartición de justicia, la existencia y seguridad del Estado y el régimen constitucional y legal” (p.63).

Teniendo en cuenta los delitos para los cuales aplica la mediación, se tiene que el total de número de tipos penales se ve sustancialmente reducido, pues solo tendría aplicabilidad para los delitos que no sobrepasen la esfera personal del ofendido y para efectos de la terminación de la acción penal, se tiene como requisito que la pena mínima del delito no exceda los 5 años, lo que refuerza la tesis de que la política criminal pretende que el mecanismo de la mediación solo sea utilizado para delitos de bagatela o delitos insignificantes (Lobo 2016, P.58), demostrando que para los delitos de mayor gravedad en sentido político criminal, el Estado es quien sigue teniendo el monopolio de la persecución penal (Galain 2011, p.37).

Respecto de la solicitud, el artículo 525 afirma lo siguiente: “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”.

Teniendo como referente este artículo 525, se puede interpretar que la solicitud de la mediación puede ser realizada tanto por el ofendido como por el ofensor, bien sea, ante el Fiscal y el Juez de control de garantías en la etapa de investigación o ante el Juez de conocimiento en la etapa de juzgamiento, específicamente en las audiencias de formulación de acusación y audiencia preparatoria, respecto de la presentación ante este último actor jurídico, se plantea una situación que puede ser problemática, toda vez que si el Juez de conocimiento se entera del proceso de la mediación y este mecanismo presupone la responsabilidad del ofensor, es probable que pueda contaminarse respecto de la información que emerge de la mediación, especialmente, con lo atinente de la responsabilidad del procesado.

Luego de presentar esta solicitud, el Fiscal General de la Nación o su delegado, debe realizar la asignación del mediador, esta asignación se debe realizar conforme a las listas de mediadores elegibles establecidas en el Manual de procedimientos de la Fiscalía (p.210).

Ahora bien, los efectos de la mediación fueron regulados en el artículo 526, el cual afirma:

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.

Teniendo como referente el artículo 526, se puede interpretar que el acuerdo realizado entre el ofendido y el ofensor elimina la oportunidad de ejercer la acción civil que se deriva del delito, así como la oportunidad de acceder al incidente de reparación integral, por lo anterior, se puede afirmar que la finalidad de la mediación está enfocada a gestionar conflictos de carácter relacional y no de carácter prestacional.

Así mismo, este artículo refiere que el mediador designado debe elaborar un informe en donde se evidencie los resultados del proceso de la mediación y deberá entregarlos a la autoridad que haya recibido la solicitud con la finalidad de valorarlo y proceder con los respectivos efectos que se deriven de ese proceso.

Finalmente, el artículo 527 de esta Ley, fija las directrices de la mediación: “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”.

Para efectos de esta investigación, este artículo 527 es de gran relevancia, toda vez que la interpretación de esta norma jurídica permite inferir que el Legislador le impuso la carga a la Fiscalía General de la Nación, en cabeza de su director nacional, para que elaboraran un manual que contenga los lineamientos que debe tener este proceso, especialmente, sobre la capacitación y evaluación de los mediadores y es precisamente esta última parte, la que ha quedado incompleta en el momento de expedir el Manual de Procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio en el año 2009.

Ahora bien, en este Manual de Procedimientos, se evidencia de manera descriptiva el procedimiento que se debe tener en cuenta para realizar la mediación penal, no obstante, respecto de la capacitación y formación de los mediadores sólo refiere lo siguiente: “Conformación de listas de mediadores elegibles. El Jefe de Unidad de Fiscalías conformará la lista de mediadores, de acuerdo con las necesidades del servicio, la disponibilidad del recurso humano y la capacitación que tengan en medios alternativos de solución de conflictos; esta lista debe mantenerla actualizada. En los lugares donde existe más de una Unidad de Fiscalías, los jefes de unidad, conjuntamente, elaborarán la correspondiente lista” (p.209).

En este sentido, se evidencia que el Manual solo se limita a decir que los mediadores deben estar entrenados en medios alternativos de solución de conflictos, pero no refiere en qué tipo de medios alternativos y bajo qué tipo de escuelas o teorías se deberían fundamentar, así como tampoco refiere los conocimientos profesionales ni las características individuales que debe tener

el mediador penal, por lo tanto, la información que se brinda en el Manual de la Fiscalía respecto del perfil del mediador resulta ser insuficiente y en este sentido, no se tuvo en cuenta la solicitud que fue formulada en el artículo 527 la Ley 906 del 2004; es por esta razón, que a continuación, se enfatiza en la importancia que tiene el proceso de formación del mediador y se realiza una propuesta de aquellas características personales y profesionales que debe poseer.

Aspectos personales y profesionales del mediador penal en materia penal

El mediador en materia penal debe ser una persona que contenga una serie de cualidades, actitudes, características, competencias, formación profesional y entrenamiento específico en técnicas de resolución de conflictos; Estos criterios mencionados, son los que pueden permitir presentar una propuesta del perfil que debe tener un mediador penal, por tal razón, se procede con la descripción de cada uno de estos aspectos personales y profesionales.

Aspectos personales del mediador penal

Inicialmente, es importante dar cuenta que el perfil del mediador penal depende de unos rasgos característicos de personalidad, los cuales se relacionan con los aspectos personales, es decir, que existen unos rasgos de personalidad que deben estar presentes en los mediadores, en consecuencia, estos rasgos se convierten en un prerrequisito en el perfil del mediador, según Lobo (2016):

Es preciso indicar que los aspirantes al cargo han de contar con unas competencias o cualidades mínimas (del ser), relacionadas con sus recursos personales y características de personalidad, lo que puede constituirse como un ‘perfil de ingreso’ al ciclo de formación. Por tales habilidades se entienden la capacidad de autocrítica y su propia actitud frente a los conflictos, una actitud de vida conciliadora y pacífica, sensibilidad frente a los dilemas humanos y las problemáticas sociales, conducta altruista e interés por las poblaciones vulnerables, pensamiento abierto y flexible (P.75).

Por lo anterior, se puede afirmar que para poder establecer un perfil del mediador penal es importante tener como base una estructura de personalidad con unos rasgos definidos que se asocien con la extroversión, la sociabilidad, la sensibilidad, la empatía, el pensamiento flexible y

el altruismo, siendo las anteriores unas cualidades del “ser” que se convierten en un prerrequisito del perfil del mediador.

El mediador penal es un ser humano que se encuentra mediado por emociones, experiencias, aprendizajes y por una serie de diferencias individuales que lo convierten en un sujeto único, el cual debe ser analizado de manera holística, no solo a nivel profesional sino también a nivel personal.

Así las cosas, la categoría de ser humano que tiene el mediador, será aquella que le permita desarrollar habilidades como la empatía, la cual le permitirá tener un contacto y una comprensión del “otro”, el cual es un ser humano mediado por una serie de emociones, cogniciones, experiencias y comportamientos que definen la forma de percibirse y de conocer el mundo, según (Pérez 2020, p.75) “En este encuentro con el otro y con su realidad es posible identificar eso que le permite a ese sujeto ser, vivir y formarse hasta convertirse en ese personaje de la historia, vivir una serie de emociones y experimentar unos acontecimientos que surgen en su interior, sentimientos que son únicos frente a los del otro que también resulta ser genuino”. Por lo anterior, la categoría del “ser”, le permitirá al mediador aproximarse a las partes y colaborar en la gestión de los conflictos.

Como se dijo anteriormente, la función de mediador no solo requiere de una serie de capacitaciones y formación a nivel profesional, sino que también, requiere que se cumplan unos requisitos que son propios del “ser”, es decir, de los aspectos personales del mediador, los cuales algunos deben hacer parte del tipo o estilo de personalidad del sujeto y otros deben institucionalizarse o potencializarse en el mediador.

Estas características se asocian a unos rasgos de personalidad que son propios de algunas estructuras de personalidad, entre estos rasgos, se encuentra la extroversión, ser abierto al diálogo, la empatía, el control de los impulsos, el altruismo, el pensamiento flexible, adicionalmente, se requiere que este profesional tenga un adecuado nivel de inteligencia emocional y de asertividad, en este sentido, autores como Arboleda y Acosta (2019) refieren que “ En la actualidad el mediador deberá propender por desarrollar habilidades que se revisten de cierta especialidad, por ejemplo, deberá tener una mentalidad preparada, abierta y responsable, además de formar destrezas para manejar todo tipo de problemas” (p.71).

Inicialmente es importante definir el concepto de personalidad, como el conjunto de cogniciones, emociones y comportamientos que tiene una persona de manera estable y definida.

Respecto del trastorno de personalidad, se puede definir según el DSM 5 como:

“un patrón permanente de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto, se trata de un fenómeno generalizado y poco flexible, estable en el tiempo, que tiene su inicio en la adolescencia o en la edad adulta temprana y que da lugar a un malestar o deterioro (p.645).

De lo anterior, se puede afirmar que todas las personas tienen un tipo o estilo de personalidad, lo que no todos presentan son trastornos de la personalidad, toda vez que estos últimos, se constituyen como una exacerbación de los rasgos de personalidad de carácter patológica.

Ahora bien, desde el campo de la Psicología como disciplina científica encargada del estudio del comportamiento humano y sus procesos mentales, específicamente, desde el ámbito de la Psicología Clínica y Jurídica, se han desarrollado una serie de test psicológicos que permite medir y evaluar este constructo de la “personalidad” y de los “trastornos de personalidad”, teniendo en cuenta que el objetivo de este trabajo es formular un perfil del mediador penal y que a su vez este perfil requiere de unas características personales como prerrequisito del perfil general, por lo tanto, a continuación se describen las principales pruebas psicológicas que gozan de mayor aceptación en la comunidad internacional de la Psicología Clínica y la Psicología Jurídica y que al mismo tiempo, se encuentran validadas en el contexto colombiano y por estas razones se sugiere sean tenidas en cuenta para efectos de evaluar los rasgos de personalidad que debe poseer el mediador penal.

Inventario Multifásico de Minnesota-II (MMPI II). Este test psicométrico, es uno de los más completos en el ámbito de aplicación clínica y forense, principalmente, permite evaluar la personalidad normal y la patológica, su aplicación puede individual o grupal con un tiempo variable alrededor de 1 hora y la población a la cual se aplica es en personas adultas.

Así las cosas, se puede afirmar que el MMPI- II es uno de los instrumentos más importantes y utilizados en la evaluación de psicopatología en personas adultas en los contextos clínicos,

médicos, forenses y de selección de personal (Gómez, Ivonne y Guzmán, 2003). Recogiendo la experiencia de más de medio siglo de investigaciones, aportando una gran riqueza de información sobre la estructura de la personalidad y sus posibles patologías, proporcionando de esta manera, 3 escalas de validez, 10 escalas básicas, 15 escalas de contenido, 18 escalas suplementarias y 31 subescalas (Hathaway y McKinley, 2002, p.51).

Cuestionario de Personalidad de Eysenk (1991). El nombre original de la prueba es “Eysenck Personality Questionnaire-Revised EPQ-R and Short Scale EPQ-RS”. Esta prueba tiene una aplicación individual y colectiva, su población son mayores de 16 años, con un tiempo de aplicación entre 15 y 30 minutos. Su objetivo principal es evaluar las tres dimensiones de la personalidad (extraversión, emotividad y dureza), por medio de las escalas que se diseñaron sobre la base de la teoría de la personalidad de Eysenck.

Se tiene entonces, que este inventario consta de 57 ítems que analizan factores con dos polos, tales como la Extroversión versus la Introversión y el Neuroticismo versus el Control y adicionalmente, contiene una escala de sinceridad, por lo tanto, los factores que se reflejan en esta prueba son: Neuroticismo, Extroversión y Sinceridad (Eysenk y Eysenk, 1991, pp.53 - 54).

Por otra parte, el mediador penal también debe tener capacitación y entrenamiento en la identificación y el manejo de las emociones, lo que en Psicología se denomina “inteligencia emocional”, pues de esta forma no solo puede reconocer y controlar sus propias emociones, sino también reconocer y comprender las emociones de las partes en conflicto, según Lobo (2016) “lo que se busca desarrollar es la capacidad de un individuo para darse cuenta, aceptar, comprender y ajustar sus propias emociones y las de quienes le rodean” (p.78).

En este sentido, se puede afirmar que la “inteligencia emocional relaciona la habilidad para percibir con precisión, valorar y expresar emociones, relaciona también la habilidad para acceder y/o generar sentimientos cuando facilitan el pensamiento, también la habilidad para entender emoción y conocimiento emocional y la habilidad para regular emociones que promuevan el crecimiento emocional e intelectual” (Mayer y Salovey, citados en Dueñas 2002, p.82).

En esta misma línea, Goleman (1996), refiere que la inteligencia emocional se relaciona con “la capacidad de motivarnos a nosotros mismos, de perseverar en el empeño a pesar de las posibles frustraciones, de controlar los impulsos, de diferir gratificaciones, de regular nuestros

propios estados de ánimo, de evitar que la angustia interfiera con nuestras facultades racionales y, por último, pero no por ello menos importante, la capacidad de empatizar y confiar en los demás” (p.36).

Teniendo como referente los postulados de estos autores, se puede inferir que el desarrollo de la inteligencia emocional implica que la persona tenga la capacidad del reconocimiento y manejo de sus propias emociones, tenga autoconfianza, presente la habilidad de establecer relaciones interpersonales y posea la habilidad de colocarse en el lugar del otro, esta última característica se relaciona con el concepto de empatía, la cual permite que la persona puede comprender como se siente la otra persona y en ese sentido, tenga la habilidad de colocarse en su lugar en sentido emocional, logrando comprender los sentimientos y los pensamientos de la otra persona.

Por lo anterior, el psicólogo como profesional experto en la función psicológica superior de la emoción, puede ser un candidato idóneo para participar en los procesos de mediación, bien sea como mediador, como auxiliar en la mediación o como capacitador en el manejo de emociones a otros profesionales como abogados, los cuales actúan como mediadores, según Bernal (2007), “Uno de los cometidos principales del psicólogo es trabajar con las emociones, y la mediación consiste en la intervención, en una disputa, de un tercero competente e imparcial, aceptado por las partes, que carece de poder de decisión y que les ayuda a conseguir acuerdos. Ese tercero tiene, como función principal, manejar las emociones que se producen cuando las personas que están en conflicto tienen que llegar a acuerdos” (p. 566).

En síntesis, se puede afirmar que el mediador debe ser una persona neutral, imparcial, objetivo, dialógico, ético, con una serie de características psicológicas, como la inteligencia emocional, la empatía, ser promotor de acuerdos, con habilidades de comunicación y con la capacidad de reconocer en el otro una persona íntegra (Arboleda & Acosta, 2019, p.72).

Aspectos profesionales del mediador penal.

Según el Icontec, en la Norma técnica colombiana 5906 del 2012, “El Centro de Conciliación y/o Arbitraje debe establecer y documentar los perfiles requeridos por el personal del Centro, incluyendo competencias, funciones, formación, responsabilidades y autoridades”, en este

sentido, respecto de los procesos de mediación, se puede inferir que los mediadores también deben cumplir con unos perfiles requeridos para esta labor, así mismo, esta norma técnica refiere que “Se debe establecer y documentar el perfil, incluyendo las competencias requeridas de los conciliadores o árbitros”.

En el mismo sentido, según la Corte Constitucional en la Sentencia C 1195 DE 2001, refiere “la mediación que es un procedimiento consensual, confidencial a través del cual las partes, con la ayuda de un facilitador neutral entrenado en resolución de conflictos, interviene para que las partes puedan discutir sus puntos de vista y buscar una solución conjunta al conflicto”, de lo cual se puede inferir que el perfil del mediador debe contener unas características profesionales y técnicas que se relacionan con el entrenamiento y formación en gestión de conflictos, especialmente en el área del derecho que se vaya a llevar a cabo la mediación.

Así las cosas, atendiendo a que este trabajo se refiere específicamente a la mediación en el Derecho Penal, se va a requerir adicionalmente a la formación mencionada, amplios conocimientos en la parte sustantiva y procesal del Derecho Penal, toda vez que el mediador estará en contacto con profesionales como Defensores, Jueces y Fiscales, los cuales no solo están inmersos en el mundo jurídico penal, sino que también, manejan un lenguaje técnico propio de esta área especializada del derecho, adicionalmente, el mediador que trabaje en este escenario, debe conocer los tipos penales en los cuales aplica el mecanismo de la mediación, las etapas del proceso penal y saber en cuales de ellas puede tener su actuación, conociendo los efectos jurídicos que tiene la mediación en estos procesos, en este sentido, según Arboleda y Acosta (2019) “se hace necesario regular condiciones legales, en las que el mediador tiene que conocer y aplicar en todo momento cuando se encuentre a puertas de recibir un conflicto jurídico” (p.71).

Adicionalmente, es importante enfatizar en la constante capacitación y actualización a la que se deben someter los mediadores como parte del proceso formativo, según Arboleda y Acosta (2019), “el proceso de formación es continuo, el mediador debe pulir cada día su perfil profesional, puesto que las normas creadas por el legislador y el contexto en el que se aplican no es estático, sino por el contrario es dinámico” (p.71).

Teniendo como referente lo anterior, es importante describir aquellas características profesionales que debe tener el mediador penal.

Lo primero que se puede afirmar, es que si bien, la mediación en contextos como el familiar, educativo, organizacional, entre otros, no requiere de una profesión específica y en este sentido profesionales de diversas áreas pueden llegar a cumplir esta función, para efectos de la mediación penal, la cual presenta un carácter formal y se encuentra regulada a nivel legal en la Ley 906 del 2004, sí es importante que quien cumpla el rol del mediador en el escenario del Derecho Penal, sea un abogado con conocimientos en esta especialidad del Derecho y que adicionalmente, tenga educación y entrenamiento en teorías y técnicas propias de la Psicología relacionadas con el manejo de las emociones y la solución de conflictos, toda vez que estos factores hacen parte de las competencias que debe poseer el mediador, así mismo, cabe la posibilidad de que este rol de mediador sea asumido por psicólogos con formación en el área de la psicología jurídica y que adicionalmente tengan conocimientos en el área del Derecho Penal.

En este sentido, según Castrillón (2017), “la mediación como forma de gestión del conflicto se nutre de aportes provenientes de diferentes disciplinas como la psicología, el derecho, la ciencia política, el trabajo social, la sociología y la comunicación social. El mediador puede valerse de todas estas disciplinas para enriquecer su quehacer y apoyar la gestión del conflicto” (p.481).

Así las cosas, se puede afirmar que los profesionales más idóneos para realizar las mediaciones penales serán los abogados y los psicólogos, ambos con sus respectivas formaciones complementarias, tanto a nivel psicológico como jurídico y que adicionalmente, estén capacitados y entrenados en teorías del conflicto, resolución de conflictos y de manera específica, en aquellas escuelas de negociación que se utilizan en los procesos de mediación, tales como el modelo transformativo y el modelo circular narrativo, los cuales le permitirán al mediador gestionar y transformar el conflicto entre las partes.

Respecto del modelo transformativo, se tiene que es un modelo de mediación creado por los autores Bush y Folger, donde el objetivo principal es el de mejorar las relaciones entre las partes de un conflicto, Según Hernández (2014), el objetivo principal de la mediación es mejorar las relaciones entre las partes por medio de la transformación del conflicto, teniendo como referente la asertividad y la empatía (p.70).

Este modelo concibe el conflicto como una oportunidad para que las personas tengan un crecimiento personal, en este sentido, la mediación permite que las partes logren modificar sus relaciones y transformar el conflicto suscitado entre las mismas (Hernández, 2014, p.70), siguiendo a este autor, se puede afirmar que el acuerdo solo se puede lograr cuando los protagonistas encuentran una nueva mirada de la otra persona y de sí mismos.

Así las cosas, este modelo tiene un corte terapéutico que pretende actuar en la parte central del conflicto buscando una transformación que parte desde dentro, hacia afuera, en donde influyen una de procesos perceptivos que permitan la comprensión de la persona y del otro (Hernández, 2014, p.71).

En síntesis, se puede afirmar que este modelo busca transformar o cambiar la relaciones entre las partes para mejorarlas por medio del proceso de la mediación, en este sentido, el rol del mediador, quien será el encargado de dirigir el proceso, debe permitir que las partes puedan comprenderse entre sí mismas y poder transformar el conflicto.

Respecto del modelo circular narrativo, se tiene que es un modelo elaborado por la autora Sara Cobb, en donde los aspectos comunicativos tanto verbales como no verbales son centrales durante el desarrollo de la mediación, la cual se convierte en un escenario que les permite a las partes comunicarse y reflexionar respecto del conflicto.

Para Hernández (2014), “el Modelo Circular Narrativo sostiene que, en las relaciones humanas, “conflicto” no equivale necesariamente a “antagonismo y/o agresión”, sino que, por el contrario, el núcleo de su contenido semántico debe ser re-definido y re-conceptualizado. Desde esta perspectiva, “conflicto” equivaldría a “una suerte de presencia interna y casi continua en la existencia de cada persona” (p.74). En este sentido, este autor afirma que el conflicto se presenta fundamentalmente en la comunicación, es decir, en el contenido y la forma como se dice y la manera como el receptor percibe el mensaje. “Pone, por tanto, énfasis en la comunicación, y parte de una concepción “circular” de la comunicación y de la causalidad” (Hernández, 2014, p. 75).

Ahora bien, aparte de la profesión que pueda tener el mediador, es importante referir que este se debe constituir como un agente que propenda por el cambio y que constantemente debe estar motivando a las partes, para que puedan resolver sus conflictos, según Lin Ching (2010), Respecto del conflicto “el mediador los motiva para que busquen la solución al mismo”. (p. 245).

Adicionalmente, los mediadores penales deben tener formación en teorías de la comunicación, toda vez que los conflictos derivados de los comportamientos que tienen un alcance en la esfera jurídico penal, tienden a generar discursos negativos que deben ser modificados, así mismo, porque el proceso de comunicación en sí mismo, es la base del proceso de la mediación, según Virgós y Gual (Como se citó en Tapias, 2016), “quienes identifican la función del mediador, como esencialmente comunicativa, como un favorecedor de fluidez para las partes”, (p .24).

El lenguaje como una de las funciones psicológicas superiores del ser humano, cobra un especial interés en los procesos de mediación, atendiendo a que los conflictos entre las partes, tienden a obstaculizar los canales de comunicación, en donde se evidencia un lenguaje que presenta un discurso negativo, por lo tanto, la primera tarea del proceso de la mediación consiste en instaurar un lenguaje que logre apartar a los sujetos del conflicto, nombrándolos sin formular rotulaciones, como por ejemplo, en lugar de hablar de agresores y/o victimarios, referirse en términos de ofensores y en lugar de hablar de víctimas referirse en términos de “ofendidos”, así mismo, el lenguaje nos permite conocer a los otros, sus pensamientos y sus motivaciones frente al conflicto, según Vygotsky (1995) “Para comprender el lenguaje de los otros, no es suficiente comprender las palabras; es necesario entender su pensamiento. Pero incluso esto no es suficiente, también debemos conocer las motivaciones” (p.113).

Según Nieto (2011), es importante resaltar que los objetivos de la mediación sólo pueden ser cumplidos cuando el mediador posee tanto las competencias personales como profesionales para llevar a cabo su función (p.388).

Finalmente, se puede afirmar que el mediador tiene las siguientes funciones: favorecer los procesos de comunicación entre las partes, posibilitar que las partes puedan cambiar la percepción que tienen sobre el conflicto e invitarlas para que ellas mismas sean quienes encuentren la solución al problema, evitando de esta manera, que el conflicto siga escalando y continúe su curso en el escenario judicial en donde se va a generar sin duda alguna una ruptura de la relación, finalmente al mediador le asiste la gran tarea de propender porque se generen modificaciones cognitivas cambios en el paradigma de su pensamiento y la forma de percibir el mundo, así como también, cambios emocionales y comportamentales, por último, es importante mencionar que el mediador,

aparte de su formación profesional y personal debe tener “una disposición ética para que sus actuaciones estén revestidas de justicia, prudencia y sabiduría”(Arboleda & Acosta, p.71).

Para concluir

En primer lugar, se puede afirmar que el conflicto es una condición inherente al ser humano, en este sentido, atraviesa toda su vida y se convierte en una experiencia vital que se encuentra presente en todas las áreas de las personas, por tal razón, el conflicto no debe ser observado como una situación negativa sino como una posibilidad de cambio, de superación y en consecuencia, el conflicto debe ser transformado.

En segundo lugar, se puede afirmar que la justicia restaurativa se constituye como un paradigma de justicia que está centrado en las víctimas, especialmente en lo concerniente al reconocimiento de sus reales necesidades y la reparación, partiendo de la idea que el ofensor es responsable por su comportamiento. Es un modelo de justicia que busca un acercamiento entre las partes, generando un protagonismo a las mismas y teniendo la finalidad de reconstruir las relaciones y en este sentido colaborar con la reconstrucción del tejido social.

En tercer lugar, para efectos del contexto colombiano, la Ley 906 de 2004 en su libro VI, definió y reguló la justicia restaurativa, así mismo, en este libro, menciono sus principales mecanismos, los cuales son la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación, respecto de esta última, la cual fue el objeto del presente artículo, se definió en el artículo 523 como un mecanismo en donde interviene un tercero neutral llamado el mediador, el cual es designado por el Fiscal General de la Nación con la finalidad de buscar un acercamiento que logre solucionar el conflicto entre las partes.

Ahora bien, la mediación penal por su naturaleza debe perseguir un interés más de carácter relacional que prestacional, toda vez que uno de los efectos jurídicos de la mediación es precisamente eliminar la posibilidad de la acción civil, así mismo, se observa que en el escenario de incidente de reparación integral, los acuerdos restaurativos no se tienen que limitar necesariamente a una indemnización económica, sino la realización de reparaciones simbólicas, el sometimiento a tratamientos, la ejecución de diversas labores e incluso permitirle al infractor que relate la verdad de los hechos (Restrepo, 2015. p.244)

En cuarto lugar, respecto del mediador, el artículo 527 le delegó la tarea a la Fiscalía General de la Nación para que elaborara un manual en donde se desarrollara todo lo pertinente al proceso de la mediación y la capacitación y formación de los mediadores, sin embargo, luego de la expedición del respectivo Manual de Procedimientos de la Fiscalía, no se logró establecer de manera específica las características personales y profesionales que debían tener estas personas, razón por la cual se generó un vacío en este sentido que dificulta una adecuada selección del profesional idóneo para realizar los procesos de mediación en materia penal.

Respecto de los mediadores, se concluye que deben ser personas que tengan unas características personales y profesionales específicas, las cuales se pueden reunir en la propuesta de un perfil que debe contener las siguientes características:

Las características personales del mediador, inicialmente constituyen un perfil de ingreso del mediador, toda vez que se requiere que la persona tenga una serie de rasgos de la personalidad asociados a la extroversión, a ser una persona abierta al diálogo, a tener habilidades de comunicación, de empatía, de control de los impulsos, a ser altruista, con pensamiento flexible, con capacidad de autocrítica, con un adecuado nivel de inteligencia emocional, asertividad y ser una persona ética. En este sentido, estas características aparte de ser parte de la esencia de la persona, terminan convirtiéndose en su propio estilo de vida, porque son las herramientas que utiliza para vivir en su cotidianidad, resolviendo sus propios conflictos y teniendo la oportunidad de colaborar y gestionar los conflictos de los demás.

Por otra parte, el mediador también debe poseer unas características profesionales, que parten inicialmente de su formación profesional, para efectos de la mediación penal, se sugiere que en el perfil los profesionales que se conviertan en mediadores, sean abogados expertos en derecho penal y con formación o conocimientos en aspectos psicológicos relacionados especialmente en el manejo de las emociones, la asertividad, el manejo del lenguaje, habilidades de comunicación, escucha y observación clínica, por otra parte, la propuesta del perfil, también admite a profesionales formados en el área de la Psicología, toda vez que estos tienen ese conocimiento complementario en los que se debe formar el abogado, no obstante, deberá ser un psicólogo experto en psicología jurídica y con formación y conocimientos en el área del derecho penal.

Adicionalmente, aparte de las profesiones que deben tener estos mediadores, deberán estar formados en escuelas de resolución de conflictos, para efectos de este trabajo, se sugiere que los modelos de negociación en donde deben tener una mayor fortaleza es en el modelo transformativo y en el modelo circular narrativo.

Finalmente, se considera necesario y pertinente que la Fiscalía General de la Nación expida un Manual específico sobre la mediación en el proceso penal, con la finalidad de cumplir a cabalidad el mandato del artículo 523 de la Ley 906 de 2004, el cual afirma que se debe expedir un manual para esta materia, en donde se tenga en consideración los aportes respecto del perfil del mediador penal que se proponen en este artículo, en aras de realizar una selección rigurosa y objetiva de las personas que conforman sus listas de mediadores, con el objetivo de que estas personas tengan las competencias tanto personales como profesionales para desarrollar su cargo y poder colaborar con la gestión del conflicto entre las partes, logrando de esta manera, no solo transformar los conflictos, sino también, aportando desde su quehacer para la reconstrucción del tejido social.

Referencias

- Arboleda, A. y Acosta, L. (2019). *Mediación interdisciplinaria: Instrumento procesal y pedagógico para la solución de conflictos*. Ibáñez.
- Asociación Americana de Psiquiatría (2014), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (DSM- 5®). 5ª Ed. Panamericana.
- Ballen, M. (2016). *Aliviando el cautiverio a través de la mediación*. En A. Tapias (Ed.), *Aprendiendo a mediar*. (pp. 27 – 53). Ediciones de la U.
- Bernal, T. (2007). *Resolución de conflictos y mediación*. En E. Garrido, J. Masip y M. Herrero. (Eds). *Psicología Jurídica* (562 – 590). Pearson Prentice Hall.
- Blanco, A. (2016). *Espacios de encuentros generadores de experiencias vitales positivas*. En A. Tapias (Ed.), *Aprendiendo a mediar*. (pp. 67 – 78). Ediciones de la U.
- Castrillón, E. (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), 469-494.
- Congreso de la República. (2004). *Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario oficial No 51.544. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html.
- Corte Constitucional, *Sentencia C 1195 de 2001*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional, *Sentencia C-979 de 2005*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Dueñas, M. (2002) Importancia de la inteligencia emocional: Un nuevo reto para la orientación educativa. *Educación XX1*, (5), 77-96.
- Eysenk, H., y Eysenk, S. (1991). *Cuestionario de Personalidad de Eysenk- R (EPQ-R)*. Barcelona: Tea Ediciones.
- Fiscalía General de la Nación (2009). *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Galain, P. (2011) *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*. *Revista de Derecho Universidad de Montevideo* 10(19), 35-54.
- Goleman, D. (1996). *Inteligencia emocional*. Barcelona: Kairós.

- Gómez, E., Ivonne, M. & Guzmán, L. (2003). *Uso e interpretación del MMPI-2 en español*. México: Manual moderno.
- Gomila, A. (2014). *Crimen y castigo: sobre los fundamentos psicológicos de la justicia penal*. En E. García – López (Ed.), *Psicopatología forense* (320 - 333). Manual Moderno.
- Hathaway, S. y Mckinley, J. (2002): *Manual Inventario Multifásico de Minnesota-II (MMPI-2)*. Madrid: TEA Ediciones S. A.
- Hernández, C. (2014). *Modelos aplicables en mediación intercultural*. BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales. (17), pp. 67-80.
- Icontec, (2012). “*Norma técnica colombiana 5906 del 2012*”.
- Larrauri, E. (2004). *Tendencias actuales de la justicia restauradora*. Estudios de Derecho , 55-85.
- Lin Ching, R. (2010). *Psicología Forense principios fundamentales*. Universidad Estatal a Distancia.
- Lobo, A. (2016). *La mediación penal como programa de justicia restaurativa en el procedimiento penal colombiano*. *Cuadernos De Derecho Penal*, 16(16). <https://doi.org/10.22518/20271743.681>.
- Nieto, D. (2011), *Los métodos alternativos de solución de conflictos, una alternativa para los procesos contenciosos en América Latina*. En G. Hernández. (Ed.), *Psicología Jurídica Iberoamericana* (pp. 371 – 995). Manual Moderno.
- Pérez, A. (2020). *El deseo y el rostro del otro. Una aproximación al drama de la desaparición forzada*. En D. Jaramillo y J. Orrego. (Eds). *Cuadernos de educación y alteridad III. Entre el cuidado y la experiencia* (pp. 69-86). Universidad Católica de Manizales.
- Restrepo, D. (2015). *¿Puede ser la mediación una vía de escape?. El peligro del parasitismo y la necesidad de enfrentarlo*. En D. Arias (Ed.), *¿Reformar o abolir el sistema penal?.* (pp. 225 – 255). Siglo del Hombre Editores. Universidad de Antioquia. Universidad Eafit.
- Tapias, A. (2016), *Mediación: solución pacífica de conflictos*. En A. Tapias. (Ed.), *Aprendiendo a mediar* (pp. 15 - 24). Ediciones de la U.
- Tapias, A. y Hernández, G. (2011), *Psicología Jurídica: una aproximación conceptual*. En G. Hernández. (Ed.), *Psicología Jurídica Iberoamericana* (pp. 1 – 21). Manual Moderno.
- Vygotsky L. (1995) *Pensamiento y lenguaje: Teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas*. (M. Rotger. Coordinador equipo, Trad.,). Ediciones Fausto. (Original work published 1934).

Zehr H. (2010) *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa* (V. Jantzi, Coordinador equipo, Trad.). Eastern Mennonite University. (Original work published 2007).