

# Aplicación del modelo transformativo de mediación en la conciliación extrajudicial de Colombia

Application of the model of mediation transformative  
in the extrajudicial conciliation of Colombia

JUAN PABLO ISAZA GUTIERREZ  
Universidad del Norte, Colombia  
jisaza@uninorte.edu.co

KARINA MURGAS SERJE  
Abogada especialista en Derecho Laboral, Colombia  
kmurgas@uninorte.edu.co

MARÍA ELISA OÑATE OLIVELLA  
Abogada y Profesional en Relaciones Internacionales, Colombia  
meonate@uninorte.edu.co

## Abstract

The off-court law conciliation is the alternate dispute resolution mechanism most implemented in Colombia, however, it is necessary to reformulate the way conciliators currently manage this tool in certain areas of law such as civil, commercial, and family law. To prove this, we will take some approaches drawn from mediation and we will identify those elements that can help to strengthen the off-court conciliation. The aim of this paper is to demonstrate that the implementation of transformative mediation can improve the relationship between the parties in a situation of conflict, achieving in each of them an inner transformation that will lead to a more humane and therefore, more tolerant society.

Key words: Mediation; Transformation; Conciliation; Conflict.

## Resumen

La conciliación extrajudicial en derecho es el mecanismo alterno de solución de conflictos más utilizado en Colombia, sin embargo, es necesario reformular la manera en que los conciliadores manejan actualmente esa herramienta en ciertas áreas del derecho tales como civil, comercial, y familia. Para argumentar lo anterior, se tomarán concepciones propias de la mediación y se identificarán aquellos elementos que pueden ayudar a fortalecer a la conciliación. El objetivo de este artículo será demostrar que la aplicación del modelo transformativo de mediación puede mejorar la relación entre las partes intervinientes en una situación de conflicto, logrando que en cada uno de ellos se genere una transformación interior que desemboque en una sociedad más humana y por tanto, más tolerante.

Palabras clave: Mediación; Transformación; Conciliación; Conflicto.

## 1. Introducción

Han sido diversas las reformas que se han introducido en Colombia con el propósito de mejorar y aumentar la eficacia y fluidez de la administración de justicia. Una de estas reformas ha sido el establecimiento e implementación en el sistema judicial de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), los cuales tienen como principal objetivo hacer más activa la participación de los ciudadanos en la solución de conflictos y descongestionar los despachos judiciales evitando el trazado de complicados, largos y complejos litigios.

En consecuencia, la Corte Constitucional colombiana ha hecho referencia a dichos mecanismos alternos de la siguiente manera: «Dentro del conjunto de medidas dirigidas a corregir las condiciones de tiempo, modo o lugar que han limitado el acceso a la justicia, la lentitud de los procesos, el excesivo formalismo, o su carácter excesivamente adversarial, se encuentran los mecanismos en la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje como instrumentos complementarios de la justicia formal para la resolución de conflictos» (Corte Constitucional, C-1196 de 2001)

De los anteriores instrumentos mencionados, la conciliación es el mecanismo alternativo de mayor difusión en nuestro país. El artículo 64 de la Ley 446 de 1998 la definió como «un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador».

A tal efecto, en Colombia se desarrollan dos clases: la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial. La primera es aquella que se lleva a cabo en el marco de un proceso judicial con el propósito de darle fin al mismo. La segunda, se realiza antes o por fuera de despachos judiciales. La conciliación extrajudicial, regulada por la ley 640 de 2001, puede ser requerida por las partes de manera voluntaria por fuera de un proceso judicial o iniciada como requisito de procedibilidad antes de poder tener acceso a la justicia.

El artículo 3 de la ley antes mencionada mantiene que «la conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad». Otro de los citados mecanismos alternativos de solución de conflictos de mayor importancia pero limitada implementación es la mediación, definida por Márquez (2012), como proceso mediante el cual un tercero neutral y entrenado reúne a las partes en conflicto para que estas hablen sobre el mismo y puedan negociar una solución, siempre evitando la imposición de acuerdos por parte de los mediadores.

En consecuencia, la mediación es un proceso que se lleva a cabo principalmente en escenarios internacionales y del cual se desprenden las características básicas de lo que en Colombia se conoce como conciliación extrajudicial en derecho. No obstante, existen herramientas que pueden y deben ser extraídas de este método con el propósito de hacer de la conciliación en nuestro país un mecanismo realmente efectivo que las personas utilicen tanto como para poner fin a su conflicto, como para conocer técnicas que sirvan

en la resolución de diferencias futuras que se presenten con su contraparte de una forma adecuada y pertinente. Teniendo en cuenta que la conciliación extrajudicial está regulada de manera tal que en ciertos casos se presenta como requisito de procedibilidad antes de poder acudir a la vía judicial, no es posible restarle importancia a la forma en que este proceso es dirigido por los conciliadores. Aquellas personas encargadas de liderar este mecanismo alterno de solución de conflictos tienen en sus manos una gran responsabilidad con la sociedad.

Es de vital interés que quien funja el papel de conciliador no solo se preocupe por llegar a la realización de un acta de conciliación, puesto que esta no cumpliría su verdadero fin si los intervinientes no resultaran satisfechos con lo en ella estipulado. Por tanto, el conciliador debe asegurarse de que el proceso sirva para los fines deseados, esto es, solventar una disputa teniendo en cuenta las características innatas de la misma y la posición que ocupan las partes tanto en el conflicto como en su relación entre ellas. Desafortunadamente, el rol que actualmente desempeña el conciliador es estrictamente formal, es decir, su formación jurídica le sirve para establecer y defender los requisitos mínimos jurídicos del acto en sí y no por el contrario para actuar con facultades de mediador, quien es una persona especialista en relaciones interpersonales con amplia experiencia y que sirve como autoridad explícita para la resolución del caso concreto. A diferencia de lo que ocurre en la conciliación, el tercero encargado de guiar la mediación juega un papel clave en el aspecto relacional del proceso, puesto que se identifica como una persona con autoridad intelectual, cognoscitiva y amplia experiencia en dicho mecanismo. La mediación, por lo tanto, ofrece solucionar los problemas de una forma más cercana al derecho real y las necesidades sociales.

El propósito de este estudio se orientó a identificar los diferentes elementos del proceso de mediación en situaciones de conflictos, y como podrían fortalecer de una manera significativa a la conciliación extrajudicial en derecho en Colombia. Para ello, nos planteamos como objetivos específicos, el de plantear las semejanzas y diferencias existentes entre la mediación y la conciliación extrajudicial en Colombia, realizar una conceptualización del proceso de mediación y sus respectivos modelos, de la misma manera, identificar el método de la mediación más conveniente para cada área de competencia de la conciliación extrajudicial, y el examinar de qué manera puede el conciliador implementar los elementos de la mediación en la conciliación extrajudicial en derecho en Colombia. La metodología que se asume en este artículo investigativo es de carácter socio-jurídico con un enfoque meramente cualitativo puesto que se encuentra orientado a examinar estructuras teóricas. Su propósito es integrar conceptos, tales como la mediación y la conciliación, a través de un análisis conceptual basado en la recopilación documental y bibliográfica que den fe de la idoneidad de las conclusiones arrojadas. Los documentos serán de naturaleza legal, doctrinal y jurisprudencial. De igual forma, teniendo como referencia a Sampieri (2006), podemos alegar que la investigación a realizar parte de un punto descriptivo dado que su objetivo es identificar o recolectar los elementos y características de dos procesos diversos para someterlos a una evaluación analítica.

En definitiva, el objetivo de la presente investigación será generar un espacio en el cual se promueva la necesidad de reformular la manera en que actualmente los conciliadores lideran el proceso de conciliación extrajudicial en ciertas áreas de estudio determinadas, tomando aproximaciones teóricas extraídas de la mediación. Lo anterior, con el fin de mejorar y transformar la relación entre las partes conciliadoras para fomentar un buen futuro desarrollo de la misma.

Como resultado de esta investigación se espera demostrar que la conciliación extrajudicial en derecho implementada en Colombia posee ciertos formalismos que muchas veces resultan insuficientes para resolver los conflictos, por lo que es necesario trasladar elementos característicos de la mediación transformativa a la conciliación extrajudicial, impregnando ambos procesos y construyendo una justicia alternativa mucho más diligente y capacitada en la solución del problema, bajo el entendido de que las partes en la conciliación actúan de manera ciega ante un problema jurídico, mientras que en la mediación, el mediador determina el curso del proceso hacia la mejor solución del mismo, ayudando a las partes a revalorarse, reconocerse y comprenderse.

## 2. Mediación

### 2.1. Conceptualización

La mediación es descrita como aquel mecanismo de resolución alternativa a la jurisdicción, a través del cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador, que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento (Soletto, 2013). Asimismo, Peña (2013), lo define como «una forma no adversarial cuyo objetivo es buscar, y facilitar la comunicación entre las partes a través de la intervención de un tercero imparcial, idóneo y cualificado, mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de las partes, que ponga fin al conflicto» (p. 11). Por su parte, Blanco (2009) identifica a la mediación como «un ADR (Alternative Dispute Resolution) de carácter voluntario en el cual un tercero, el mediador, de forma neutral, imparcial y confidencial, guía a las partes para que sean estas quienes alcancen un acuerdo» (p. 13). La definición de Conforti (2017), la mediación es un proceso de gestión de conflicto, más o menos estructurado, en el que interviene un tercero que ayuda a las partes que buscan a través de la coordinación y cooperación satisfacer adecuadamente sus expectativas y necesidades en relación al conflicto del que se trate (p. 135). Isaza (2017), define la mediación como una negociación asistida por un tercero neutral e imparcial, llamado mediador, en el desarrollo de la sesiones de mediación, utiliza diversas técnicas para que las partes afectadas por el conflicto puedan restablecer su confianza en ellas mismas, posibilitando que se escuchen mutuamente, y de esa manera adviertan cuáles son los verdaderos intereses y necesidades de cada uno.

De las anteriores definiciones podemos resaltar varios elementos en común: La clasificación de este proceso dentro de aquellos de resolución alternativa de conflictos, la

voluntariedad de las personas que acuden al mismo para poner fin a sus diferencias, y la existencia de un tercero mediador confidencial. Por tanto, la mediación puede ser descrita entonces como aquel mecanismo dirigido por un tercero neutral e imparcial, que tiene como objetivo facilitar el entendimiento entre los intervinientes de conflicto y servir como guía en la búsqueda de una eficaz resolución del mismo.

## 2.2. Historia

La mediación entendida como la intervención en un conflicto de una persona ajena a este con el fin de ayudar a las partes a solventarlo por si mismas sin la intervención del sistema judicial no es una noción novedosa. A través de los siglos, las comunidades han asumido la tradición de designar terceros con este fin a través de los llamados «patriarcas», «líderes», o «sabios». No obstante, la mediación como mecanismo regulado hizo su aparición en la década de los setentas en Estados Unidos durante el boom de creación de instituciones «alternativas» diferentes al litigio, mediante las cuales las personas podían resolver sus conflictos sin recurrir a la justicia. En algunos estados como California incluso se le reglamentó como instancia obligatoria previa al juicio, lo que significó que «frente a conflictos (excluyendo los penales), las partes deben iniciar previamente una instancia de mediación; si el conflicto no se resuelve en esta instancia, recién en ese momento pueden ingresar en el sistema formal» (Suares, 1996: 48).

Posteriormente, el proceso de mediación comenzó a ser aplicado por abogados independientes en Inglaterra, pero no fue sino hasta 1989 que se creó la primera compañía privada de solución de conflictos en ese país. En el resto de países anglosajones y nórdicos se popularizó la figura del ombudsman, en virtud de la cual se crea un órgano de supervisión de las administraciones públicas, entidades u organizaciones a través del conocimiento, prevención y resolución de quejas y reclamaciones, que servía como intermediario entre los particulares y estos medios oficiales (Blanco, 2009). Por otro lado, fue Argentina quien tomó el liderazgo de la aparición del proceso de mediación en América Latina cuando en 1992 el Poder Ejecutivo Nacional dictó mediante decreto la institucionalización y el desarrollo de la mediación como un método alternativo para la solución de controversias, e igualmente se reglamentó la creación de Cuerpo de Mediadores. La popularidad de este mecanismo de solución de conflictos hizo que poco a poco los demás países latinoamericanos fueran creando un espacio en sus sistemas jurídicos para introducir al proceso de mediación, que en la mayoría de casos se hizo mediante la regulación de varios mecanismos alternos produciendo así la asimilación e incluso confusión de la mediación con la conciliación extrajudicial, como es el caso de Panamá, Chile y Ecuador.

## 2.3. Escuelas de mediación

Son varios los modelos de mediación que pueden tomarse como guía a la hora de resolver un conflicto. Según Suares (1996) son tradicionalmente tres:

- **Modelo Tradicional-Lineal de Harvard:** Se fundamenta en la comunicación verbal, entendida desde una perspectiva lineal. Una parte le expresa a otra todos sus argumentos correspondientes con el conflicto y esta última decidirá si escucharle o no. El papel del tercero mediador es facilitar esa comunicación bilateral manteniendo en todo momento su carácter imparcial y equidistante, para así restablecer el orden en la situación caótica que vivían las partes antes del proceso (Fisher, Patton & Ury, 1993). El objetivo principal de este tipo de mediación es lograr un acuerdo disminuyendo las discrepancias entre las partes y aumentando sus características e intereses comunes para de esta manera hacer «desaparecer» el conflicto.
- **Modelo Transformativo de Bush y Folger:** Se encuentra basado en una comunicación que gravita en torno a la transformación del aspecto relacional entre las partes y en donde se fomenta el protagonismo de las mismas, no solo para que sean responsables de sus propias acciones y decisiones sino también para que reconozcan el co-protagonismo de la otra persona sujeta al proceso. Este enfoque ve el conflicto como una oportunidad de crecimiento y transformación moral del individuo, plantea que la mediación es la oportunidad perfecta para que los individuos sean más solidarios entre sí (Bush y Folger, 1996). El papel del mediador es fundamental al ser quien se encarga de direccionar el proceso, por ende es verdaderamente relevante que ayude a las partes a comprenderse entre sí, con el objetivo de que sean más considerados y menos egoístas con los sentimientos y que no simplemente actúen de forma tal que se logre una solución óptima y satisfactoria como lo muestra el enfoque Tradicional, puesto que más adelante podría no cumplirse lo pactado ya que las personas no obtuvieron un cambio real en su interior.
- **Modelo Circular-narrativo de Sara Cobb:** La comunicación circular es la piedra angular de esta clase de mediación puesto que comprende tanto a las partes como al mensaje que se comunica. Incluye también elementos no verbales de comunicación, por lo cual los individuos que hacen parte del proceso no pueden no comunicarse. Su causalidad circular no permite que haya un origen único que produce cierto resultado sino que todo se va retroalimentando constantemente. Contiene muchas técnicas, conceptualizaciones e investigaciones provenientes de distintas áreas de las ciencias sociales (Cobb, 1997).

La función principal del mediador es lograr que una parte pueda ponerse en la posición de su contraparte mediante el fomento de la reflexión para así construir una historia alternativa que permita ver la situación desde un ángulo distinto. A pesar de que lograr un acuerdo es importante, no es la meta fundamental de este modelo.

Los tres modelos descritos presentan grandes diferencias en la manera en que las partes deben interactuar, la forma en que el proceso debe ser conducido, y el resultado final que necesariamente debe producir este mecanismo. Por lo tanto, es necesario concluir que el modelo Lineal de Harvard sería adecuado en el marco de un proceso comercial o mercantil en el que las partes posean poca relación posterior luego de la firma del acuerdo, mientras que los modelos Transformativos y Circular-narrativo serían más apropiados en

áreas como familia, en donde las partes van necesariamente a seguir teniendo una interacción constante en el futuro.

## 2.4. Pasos en el proceso de mediación

A pesar de que existen los tres diferentes modelos mencionados según los cuales se pueden preparar y, consecuentemente, llevar a cabo los distintos procesos de mediación. Moore (2008), estableció doce etapas fundamentales para una realización efectiva de este mecanismo:

Figura 1. Pasos en el proceso de mediación.



Fuente: Elaboración propia.

1. *Contactos iniciales con las partes en disputa:* La mediación puede ser requerida por la voluntad de una parte o en conjunto con su contraparte. Las tareas que el mediador debe realizar en la etapa inicial de contacto incluyen la promoción del procedimiento, la credibilidad personal y de la institución, la creación de un rapport, la suministrar información sobre el proceso, y la enunciación de un compromiso de mediación.
2. *Elección de una estrategia para guiar la mediación:* Las partes deben cerciorarse, mediante una evaluación guiada por el mediador, de que identifican correctamente los intereses u objetivos que esperan que se satisfagan en el proceso y que avistan todas las diferentes resoluciones posibles.
3. *Recopilación y análisis de los datos antecedentes:* La observación directa, las fuentes secundarias y la entrevista son los métodos tradicionalmente usados por el mediador para la recolección de información acerca de los reales intereses u aspiraciones de las partes, su relación previa al conflicto y su posición frente a este.
4. *Diseño de un plan detallado de mediación:* Este va a incluir aspectos tales como la escogencia del lugar donde se llevaran a cabo las sesiones, las personas calificadas para hacer parte de las reuniones, la distribución física o espacial en que se ubicaran las partes, entre otros.
5. *Promoción de la confianza:* El mediador debe identificar por medio de la conciliación los elementos que impedirán a una parte avanzar con la realización de un acuerdo. Las emociones intensas, problemas de confianza, problemas de comunicación, percepciones erróneas y problemas de legitimidad son generalmente las causas principales.

6. *Comienzo de la sesión de mediación:* El discurso inicial del mediador debe contener las presentaciones pertinentes, la afirmación de la disposición de las partes a cooperar, descripción de la mediación y rol del mediador, manifestación de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, explicación de la posibilidad de reuniones parciales, sugerencias acerca de las pautas de comportamiento, y respuesta a preguntas.
7. *Definir las cuestiones y elaborar agenda:* Algunos negociadores prefieren comenzar resolviendo los temas más generales para luego adentrarse de lleno en los rubros específicos, pero algunos otros optan por solucionar determinados puntos al inicio de sus conversaciones dejando las diferencias generales para el final. Todo depende del estilo que las partes elijan.
8. *Develación de intereses ocultos en la disputa:* Los intereses de las partes se pueden ver obstaculizados por el desconocimiento, ocultamiento, confusión con la posición e ignorancia de los procedimientos.
9. *Generar alternativas de acuerdo:* En orden de conseguir que una parte anule su compromiso con una posición a la que se encuentra apegada, el mediador debe identificar aquellas razones psicológicas que llevan a la parte actuar de esa manera y lo hace por medio de la expansión del recurso, logrolling, intercalación, y búsqueda de soluciones basadas en intereses.
10. *Evaluación de las alternativas de arreglo:* En esta etapa el mediador se asegurará de que las partes analicen el costo y beneficio de cada una de las opciones de arreglo planteadas y como estas pueden ayudar a satisfacer los intereses de cada negociador.
11. *Última negociación:* Las partes se encuentran en la oportunidad de presentar ofertas que impliquen una concesión de elementos esperando como respuesta una contraoferta o proposición de la parte contraria haciendo lo mismo.
12. *Acuerdo formal:* Para que el acuerdo establecido por las partes realmente sea exitoso a corto y largo plazo es necesario que se instaure un procedimiento de aplicación. Los dos tipos más comunes de ejecución de acuerdos son los de autorrealización y los de tracto sucesivo.

Cabe destacar que el término de conciliación aludido por Moore (2010), en el paso seis de «promoción de confianza» no hace referencia al mecanismo alternativo de solución de conflictos colombiano, sino que más bien es entendido como una etapa más dentro del proceso en la cual el mediador visualiza aquellos aspectos emocionales internos de los intervinientes, que probablemente les dificulten llegar a una decisión conjunta.

## 2.5. Mediación en Colombia

A pesar de que es la conciliación extrajudicial el instrumento más utilizado dentro de los mecanismos alternos de solución de conflictos que se encuentran regulados en el país, es importante dar mención y reconocimiento a la propuesta acerca del uso de la mediación en materia penal como un mecanismo de justicia restaurativa en el contexto del conflicto armado colombiano, el proceso de paz y la reincorporación a la vida civil de

los grupos al margen de la ley. El Código de Procedimiento Penal introdujo en el 2004 por primera vez en Colombia el uso de esta figura, definiéndola de la siguiente manera:

«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.» (Artículo 523, Ley 906 de 2004)

No obstante, también fueron impuestos en esta Ley ciertos requisitos para poder llevar a cabo el mencionado proceso. La mediación en área penal solo puede referirse explícitamente 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. La decisión que tomen la víctima y el victimario dentro del proceso tiene efectos vinculantes, lo que en consecuencia produce la exclusión del ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. Por otro lado, la Ley 975 de 2005 (Justicia y Paz) también fue reglamentada con el objetivo de reconocer los derechos de las víctimas a través de la verdad, la justicia y la reparación integral con miras a la paz y reconciliación nacional. En este sentido, los elementos y ventajas que ofrece la mediación como método son invaluable y necesarios para la etapa de post-conflicto en Colombia, es decir, «es claro que la mediación deberá cumplir con los propósitos de una sociedad que busca solucionar sus conflictos y apaciguar el dolor y la angustia de sus víctimas, y deberá hacerse desde el marco de actuación de la justicia restaurativa». (Mazo, 2013: 103).

Lo anterior solo será posible en el marco de un proceso mediante el cual se transforme la relación actual y futura entre las partes por medio de la inclusión de ciertos elementos como la reparación y el perdón entre víctima y victimario, en contraposición con la tradicional justicia retributiva de la vía punitiva del Estado. No solo lo descrito previamente es fundamental para la víctima sino también para el victimario, toda vez que este por fin comprenderá el alcance del daño que produjo a la otra persona y a la sociedad.

### 3. Conciliación

#### 3.1. Conceptos generales

La conciliación es un método alternativo de solución de conflictos, judicial o extrajudicial, mediante el cual las partes buscan llegar a un acuerdo, por sí mismas, respecto a sus diferencias de naturaleza contractual o extracontractual, para lo cual se acude al apoyo y la mediación de un tercero denominado conciliador. (Gil, 2011). Junco (2007), por su parte define la conciliación como el acto jurídico y el instrumento por cuyo medio las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de este, se someten a un trámite de negociación para llegar a un convenio o acuerdo sobre todo aquello que es susceptible de transacción, si la ley lo permite, y que tiene como intermediario, objetivo e imparcial, la

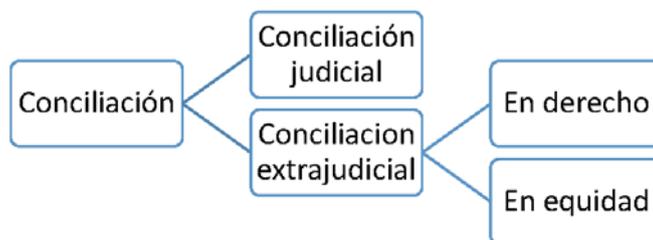
autoridad del juez, de otro funcionario o de un particular debidamente autorizado para ello, que con conocimiento previo del caso, debe procurar las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes, o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, para que se llegue a un acuerdo que reconoce derechos constituidos con carácter de cosa juzgada. Para Sierra Rincón (2003), la conciliación es un conjunto de actividades por las cuales las personas envueltas en un conflicto lo resuelven con intervención de un tercero imparcial y facilitador llamado conciliador. Por último, la ley 446 de 1998 en Colombia la define como un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

En nuestro concepto la conciliación es aquel mecanismo a través del cual las personas pueden resolver sus conflictos nacidos o no de relaciones jurídicas, en el que las partes intervinientes proponen distintas soluciones a sus problemas con la participación de un tercero neutral llamado conciliador, quien tiene conocimiento de derecho y de gestión de conflicto el cual se encargara de direccionar el proceso hasta su culminación, buscando y en muchos casos proponiendo fórmulas de arreglo justas para ambas partes. De lo anterior se infiere el carácter de independencia que el legislador y la doctrina le ha atribuido a la conciliación, situándola como mecanismo de resolución de conflictos mediante el cual las partes pueden de una manera anticipada o no resolver sus controversias.

### 3.2. Clases de Conciliación

La conciliación es el mecanismo alternativo de solución de conflictos más usado y de mayor difusión en nuestro país. A tal efecto, la anterior puede presentarse de dos clases: judicial o extrajudicial. Estas tienen fundamento en el artículo 3 de la Ley 640 de 2001 que establece lo siguiente: «La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad».

Figura 2. Clases de conciliación.



Fuente: Elaboración propia.

### 3.2.1. Conciliación Judicial

García (2013), asegura que la conciliación judicial supone la idea de que ya existe un proceso, y con los mismos presupuestos esbozados, las partes por citación del juez, o por solicitud voluntaria de las mismas, o porque se hace ingente la etapa por orden de la ley; es decir como requisito de procedibilidad, pueden llegar al acuerdo transaccional conciliatorio. Lo usual de esta clase de conciliación es que se lleve a cabo durante el proceso si existe ánimo conciliatorio y de esta manera se dé celeridad al negocio jurídico con la ayuda del juez. Por tanto, la conciliación judicial es aquella que se lleva a cabo en el marco de un proceso judicial con el propósito de darle fin al mismo. Se caracteriza principalmente por la calidad imprescindible del conciliador, «siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez o magistrado de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada». (Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2008).

### 3.2.2. Conciliación Extrajudicial en Derecho

Junco (2007), establece que la «conciliación extrajudicial es aquella celebrada antes del proceso, o antes que haya juicio, o habiéndolo, fuera de él, con el fin de darle fin a un litigio que ya existe o que podría existir y se lleva a cabo ante conciliadores» (p. 62). En la conciliación extrajudicial las partes acuden ante un tercero, llamado conciliador, para que les abone el camino a efecto de poder solucionar su litigio presente o futuro, de suyo transigible, o que al menos lo permita la ley, y de ese modo llegar a un acuerdo vertido de un acta, como conclusión del diferendo. (García, 2013: 57). La conciliación extrajudicial se encuentra consagrada en la ley 640 de 2001, la cual establece que puede bien puede ser requerida por las partes de manera voluntaria por fuera de un proceso judicial o iniciado como requisito de procedibilidad y exigencia antes de poder tener acceso a la justicia. En Colombia esta clase de conciliación es llevada a cabo por conciliadores inscritos en los diferentes centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias, pueden ser servidores públicos con facultades para hacerlo y ante notarios. Como requisito de procedibilidad, la conciliación extrajudicial «busca que las partes de un conflicto de intereses, antes de acudir a un proceso judicial, deban o puedan, adelantar un trámite extraprocesal o pre procesal, mediando materia transigible, con miras a solucionarlo directamente con la ayuda del tercero conciliador». (García, 2013: 81).

### 3.2.3. Conciliación en Equidad

La conciliación en equidad es un mecanismo alternativo de solución de conflicto reconocido en el artículo 3 de la Ley 640 de 2001. La conciliación en equidad es: «Aquella donde el conciliador, al momento de analizar o proponer las respectivas formulas conciliatorias, no está sujeto o atado a precepto normativo legal alguno. Aquí se trata de encontrar, con el equilibrio que solo nos lo posibilita la razón, un criterio de lo justo y de lo ecuánime, donde sin inferir agravio o desmejora a los derechos de las partes en conflicto, el conciliador halle la justa medida para una solución que a todos satisfaga». (Castaño García, 2004: 269). En Colombia la conciliación en equidad es llevada a cabo por una

persona líder de conducta intachable que elige la comunidad en razón de sus cualidades y reconocimiento dentro de la misma. Este líder actúa como facilitador neutral en la solución de los conflictos que se presentan tanto de los particulares que integran la comunidad, como de los problemas comunitarios. El conciliador en equidad debe velar que las partes resuelvan sus diferencias y logren un acuerdo; esto lo realiza motivando a las mismas a que propongan fórmulas de arreglo con base en la igualdad, justicia y beneficio común.

### 3.3. Regulación de la conciliación en el sistema jurídico colombiano

El derecho es la mediación entre el ideal de justicia y las exigencias de la vida humana en sociedad, es decir, se trata de las exigencias que le hacemos al derecho como vehículo para conseguir una justicia social representada en la igualdad de oportunidades que tiene los miembros de las sociedades para lograr satisfacer sus necesidades y lograr un convivencia armónica. (Isaza Gutiérrez, 2016: 71). Para lograr los fines anteriormente descrito, el derecho regula la conciliación como un proceso, conocido desde hace varias décadas en Colombia. Con la expedición del Decreto 2350 de 1944 se consagró primeramente este mecanismo en materia laboral y posteriormente se adicionaron en 1948 los decretos 2158 y 4133 este último correspondiente al código Procesal del Trabajo. En 1970 el Código de Procedimiento Civil plasmó para los procesos de mínima cuantía la posibilidad de conciliación. Así mismo, en 1989 en procesos de deslinde y amojonamiento se da lugar a una audiencia de conciliación preliminar. A pesar de que se hablaba de la conciliación antes del año 1991, esta tuvo mayor relevancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico cuando el Congreso de la Republica mediante la Ley 23 de 1991 la estableció la conciliación extrajudicial como mecanismos de descongestión judicial. Posteriormente, el Presidente de la Republica mediante el decreto 2651 de 1991 expidió normas transitorias para descongestión judicial por el termino de 42 meses, el cual luego el Congreso de la República mediante la Ley 192 de 1995 prorrogó la vigencia por un año más de este decreto. En 1991 también se Modificó el parágrafo 3° del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil referente a la conciliación, dándole a la figura un carácter más general dentro del trámite procesal. En 1998 el Congreso mediante la Ley 446 de ese mismo año, adoptó, modificó y extinguió normas de los decretos y leyes anteriormente mencionadas, mediante esta ley se realizó una conceptualización tanto de la conciliación como de otras figuras alternativas, y se identificaron algunas materias en las cuales la conciliación tiene ámbitos de competencia. Posteriormente el presidente de la Republica de Colombia en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales conferidas por la Ley 446 de 1998 expidió mediante Decreto 1818 de 1998 el estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. No obstante, el Congreso decidió mejorar la normatividad ya existente y definir por primera vez los requisitos procedimentales de la conciliación en nuestro país. El resultado de esta propuesta fue la Ley 640 de 2001, la cual además de introducir la conciliación Extrajudicial como requisito de procedibilidad para ciertos procesos judiciales del sistema legal, también precisa las calidades requeridas para los conciliadores y las obligaciones de los centros de conciliación.

Las materias susceptibles de conciliación que describe la Ley 640 de 2001 son los asuntos Civiles, Contencioso Administrativos y de Familia. Sin embargo, en las cuestiones de Familia «cuando hubiere violencia intrafamiliar la víctima no estará obligada a asistir a la audiencia de conciliación y podrá manifestarlo así al juez competente, si opta por acudir directamente a la jurisdicción del Estado» (Corte Constitucional, Sentencia C-1196 de 2001). Consecutivamente los Decretos 131 de enero 23 de 2001, Resolución del Ministerio de Justicia 745 de 2001 y Decreto 30 de enero 14 de 2002, modifican y adicionan normas con relación a la conciliación en Colombia. En materia de conciliación extrajudicial objeto de estudio en este artículo en aras de poder realizar este tipo de conciliación, la Constitución Política de 1991 en su artículo 116 establece: «Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.». Aquellos particulares a los que se le permite fungir provisionalmente como administradores justicia haciendo el papel de conciliadores deben ser abogados titulados, excepto en aquellos casos de los estudiantes de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, personeros municipales o notarios que no sean abogados titulados. De acuerdo a la ley 640 de 2001, en su artículo 11 parágrafo 2. «a efecto de realizar su práctica en los consultorios jurídicos, los estudiantes de derecho deberán cumplir con una carga mínima en mecanismos alternativos de solución de conflictos». Los abogados que hagan parte de los Centros de Conciliación deben además acreditar una capacitación en mecanismos alternos de solución de conflictos, la cual es necesaria que esté avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Finalmente la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso realizó algunas reformas a la Ley 640 de 2001. No obstante, el requisito de procedibilidad sigue dándose de la misma manera, es decir, la conciliación debe ser agotada antes de presentar cualquier tipo de proceso declarativo excepto en los casos de expropiación o divisorio, cuando se cite a indeterminados o se requiera la práctica de medidas cautelares. Cabe resaltar entonces que el término de prescripción o caducidad de los procesos puede ser interrumpido por una parte al presentar la solicitud de la conciliación ante un conciliador capacitado.

### 3.4. Estadísticas de 2014

Según reportes de casos al Sistema de Información para la Conciliación (SIC) por los Centros de Conciliación del país, a 31 de diciembre de 2014 existían 353 Centros de Conciliación Activos. En estos Centros, el número de conciliadores inscritos varió de la manera mostrada en la Tabla 1. Esta tabla nos demuestra que sin duda alguna son los estudiantes de Derecho quienes lideran el proceso conciliatorio en Colombia pues acaparan alrededor de un 64% de las conciliaciones que se llevan a cabo en el país. Mientras que los abogados y los judicantes tramitan un 35% y 1% de las conciliaciones respectivamente.

Por otro lado, en cuanto al número de audiencias realizadas y su respectivo desenlace para las principales ciudades de Colombia las cifras son las contenidas en la Tabla 2.

Tabla 1. Conciliadores en Colombia.

| ESTADO       | TIPO DE CONCILIADOR | CANTIDAD |
|--------------|---------------------|----------|
| ACTIVO       | Abogado             | 5366     |
|              | Estudiante          | 9694     |
|              | Judicante           | 123      |
| ACTIVO TOTAL | 15275               |          |

Fuente: [www.conciliacion.gov.co](http://www.conciliacion.gov.co)

Tabla 2. Resultados audiencias de conciliación

|              | ACTA  | CONSTANCIA | TOTAL AUDIENCIAS |
|--------------|-------|------------|------------------|
| BOGOTA       | 15211 | 17335      | 38932            |
| CALI         | 4105  | 3520       | 10040            |
| MEDELLIN     | 2768  | 3351       | 7025             |
| BUCARAMANGA  | 3202  | 1617       | 5660             |
| BARRANQUILLA | 2702  | 1302       | 4412             |

Fuente: Elaboración propia.

Podemos observar entonces que las ciudades en donde se firman más actas de conciliación en relación con las constancias de no acuerdo son Cali, Bucaramanga y Barranquilla, mientras que Bogotá y Medellín se quedan atrás respecto a la realización de convenios. Finalmente, en relación con las áreas de derecho, el área civil, comercial y de familia son las más convocadas, tal como se ve en la Tabla 3.

Tabla 3. Áreas por ciudad.

| CIUDAD       | CIVIL Y COMERCIAL | FAMILIA | LABORAL    | PENAL      |
|--------------|-------------------|---------|------------|------------|
| BOGOTA       | 10475             | 9306    | No reporta | 22         |
| CALI         | 3721              | 1957    | 21         | 4          |
| MEDELLIN     | 2864              | 1839    | No reporta | No reporta |
| BUCARAMANGA  | 1524              | 2181    | No reporta | 144        |
| BARRANQUILLA | 1093              | 2074    | 1          | 6          |

Fuente: Elaboración propia.

Por tanto, siendo Civil - Comercial, y Familia las dos áreas del derecho más acaparadas en las audiencias, se urge como medida necesaria ante el gran número de constancias de no acuerdo de ciudades como Bogotá y Medellín, que los estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades (quienes como ya vimos son los que más dirigen audiencias de conciliación), busquen solucionar las diferencias entre los intervinientes en el conflicto de una manera acertada teniendo en cuenta primero, la naturaleza jurídica de la sesión y segundo, el enfoque de mediación que mejor se adapte a esta. Con el fin de poder realizar lo anterior, los estudiantes deben contar con una capacitación previa a la dirección de audiencias realizadas por las universidades respectivas. No obstante, esta sola capacitación se queda corta en comparación con el curso de formación profesional de conciliadores, estudio obligatorio en Colombia para los abogados titulados que deseen efectuar conciliaciones extrajudiciales.

Es, por tanto, un poco paradójico que a pesar de que los estudiantes sobrepasen a los abogados titulados en el número de audiencias celebradas sean los primeros precisamente quienes menos preparados se encuentran para realizarlas y los que, por supuesto, menos experiencia tienen debido al inicio de sus carreras profesionales.

Con el fin de mejorar esta problemática, la propuesta dada es replantear tanto la forma como la intensidad en que las entidades y universidades realizan capacitaciones sobre mecanismos alternos de solución de conflictos a abogados titulados y, principalmente, a los estudiantes. La amplitud de estos estudios determinará en gran medida la manera en que se guiarán las audiencias y las técnicas conciliatorias a utilizarse según algunos de los modelos analizados (Tradicional Lineal, Transformativa, Circular) y el tipo de área pertinente (Familia, Civil – Comercial, Penal, Laboral).

#### 4. Mediación y Conciliación Extrajudicial.

Es necesario establecer las similitudes y diferencias entre los procesos de mediación y conciliación extrajudicial con el fin de entender el objeto de estudio de este artículo. Con base a las definiciones mencionadas anteriormente de estos dos procesos, a continuación plantearemos desde nuestro punto de vista sus características comunes y diferentes.

##### 4.1. Semejanzas

- Tanto la mediación como la conciliación extrajudicial son Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos.
- En ambos, los intervinientes voluntariamente deciden participar en los procesos para dirimir sus conflictos. El carácter de voluntario incluso faculta a las partes a dar fin al proceso cuando lo decidan.
- En uno y en otro existe la participación de un tercero neutral e imparcial que deberá al inicio de cada sesión establecer las pautas de respeto con que debe llevarse el proce-

so. El tercero además funciona como conductor de la sesión desde su inicio hasta su culminación.

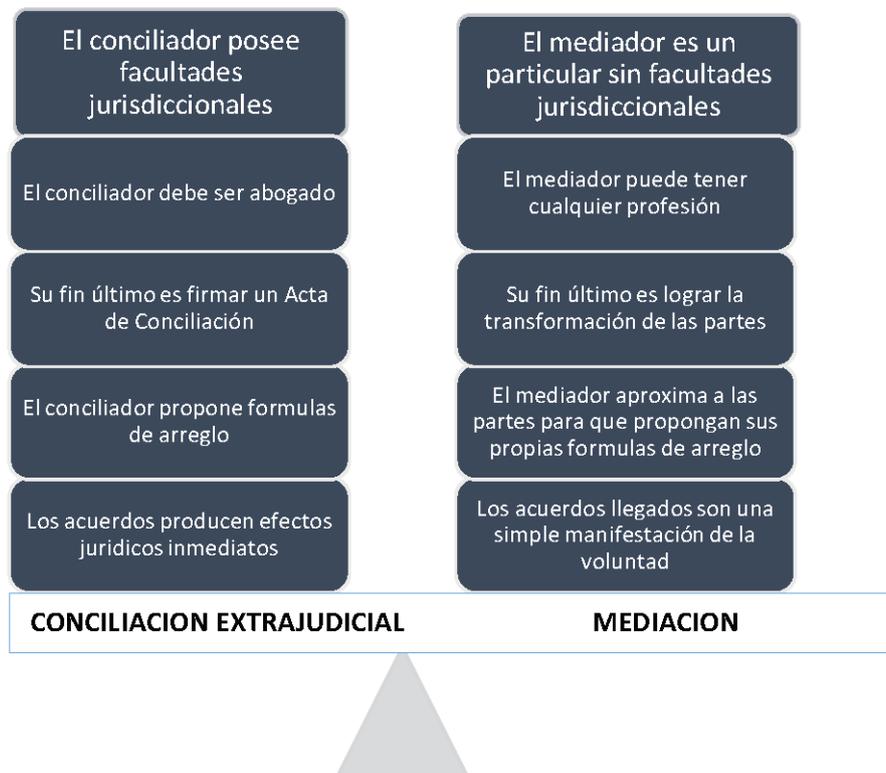
- Los terceros neutrales en los dos procesos necesariamente deben estar capacitados, ya sea con estudios o cursos previos sobre mecanismos de solución de conflictos, para ejercer como conciliadores o mediadores.
- Las decisiones en cada uno de los procesos son exclusivamente responsabilidad de las partes, ellas deciden al final si llegan a un arreglo o no.
- En la culminación de ambos procesos se suscriben compromisos interpartes que generen obligaciones para las mismas.
- Tanto la conciliación como la mediación son procesos que deben llevarse a cabo teniendo en cuenta el principio de confidencialidad, entendiéndose este como «el principio que obliga tanto a las partes como a la persona mediadora y actúa para proteger la intimidad de las personas en el marco de un proceso en el que se acostumbra a revelar información sensible y que debe mantenerse en secreto por parte del mediador y de las partes» (Farré Salva, 2004: 117).
- Los dos procesos deben seguirse por las reglas del principio de privacidad, el cual tanto el conciliador como el mediador deben procurar un espacio adecuado donde las partes puedan expresar sus más profundas emociones sin temer a ello.

#### 4.2. Diferencias

- El conciliador tiene facultades jurisdiccionales dadas por la constitución política y la Ley, mientras que el mediador es un particular el cual no goza de los mismos.
- El conciliador en Colombia debe tener profesión o estudios en leyes, mientras que el mediador puede ser cualquier persona con experiencia en relación con el tema en controversia.
- Mientras la mediación transformativa persigue el cambio de las relaciones entre las partes, buscando un arreglo más justo, la conciliación se dirige a buscar soluciones para firmar un Acta, sin importar la satisfacción que obtengan las partes con el arreglo.
- En la conciliación, el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo sin que estas tengan efectos vinculantes para las partes, mientras que en la mediación el papel del mediador es más pasivo ya que se limita a aproximar a las partes para que estas propongan sus fórmulas, sin proponer arreglos.
- En la mediación las partes tienen un papel más activo, son ellas mismas las que proponen fórmulas de arreglo generando mayores probabilidades de cumplimiento; mientras que en la conciliación la posibilidad de que los conciliadores propongan fórmulas de arreglo abre las puertas a que las decisiones tomadas por las partes se vean influenciadas, lo que hace menos posible el cumplimiento del acuerdo.
- Los acuerdos suscritos en la conciliación producen efectos jurídicos (tránsito a cosa juzgada), mientras que los suscritos en la mediación son una simple manifestación de la voluntad que puede llegar a tomar forma de contrato.

Las anteriores diferencias se pueden apreciar de una mejor manera en la siguiente ilustración.

Figura 3. Diferencias entre conciliación extrajudicial y mediación.



Fuente: Elaboración propia.

## 5. Modelo transformativo de mediación

Como ya hemos mencionado con anterioridad, la problemática real que enfrenta la conciliación extrajudicial en nuestro país es su forma de aplicación. De allí la gran necesidad de que se reevalúen las técnicas, objetivos, métodos de estudio y aplicación de este mecanismo. La promoción del modelo transformativo y su eficaz aplicación en las áreas que lo necesiten, garantizará un mayor grado de reconocimiento y comprensión entre las partes, que consecuentemente las conducirán a la satisfacción con los acuerdos pactados. Esta investigación resalta principalmente la necesidad de implementar la mediación transformativa y enfocar la conciliación extrajudicial hacia la misma. Es por eso que a continuación describiremos este método de mediación.

El modelo transformativo introducido por Bush y Folger en 1996, afirma que el objetivo fundamental de la mediación es lograr el crecimiento moral de las partes, es decir, se debe conducir este proceso de forma tal que se logre la transformación del individuo. Consideran además que el éxito de la mediación es que se logre la revalorización y re-

conocimiento entre los intervinientes, para esto el mediador debe ayudar a las partes a comprenderse entre sí, con el objetivo de que sean más considerados y menos egoístas con los sentimientos del otro. El modelo transformativo de mediación aboga por una oportunidad dada en un entorno pacífico, en la cual cada parte en el proceso pueda no solo explicar sus argumentos del conflicto, sino también entender el punto de vista de su contraparte logrando una dimensión de reconocimiento mutuo, independientemente del resultado particular de la mediación.

El fin último de este modelo no es necesariamente llegar a un acuerdo. Su objetivo principal radica en la transformación de los individuos participantes a seres más generosos y cálidos que se preocupan por su adversario a pesar de las discrepancias, dejando a un lado su carácter antagonista. Apenas surge esta transformación en el ser humano, la sociedad poco a poco va realizando un cambio en su manera de afrontar las adversidades, lo que no sucede con algunos otros tipos de mediación donde solo se trabaja con el problema existente en el momento, pero no corta de raíz las causas que lo originaron. «En un mundo en que la gente continua siendo igual, los problemas resueltos son remplazados rápidamente por otros nuevos, la justicia alcanzada muy pronto retrocede: se consigue que las personas mejoren en un aspecto solo para empeorar en el siguiente, porque nada ha cambiado fundamentalmente en el modo en que cada individuo tiene a actuar frente a los restantes.» (Bush y Folger, 1996: 60).

La mediación será exitosa a través de este modelo toda vez que se consigue un mayor grado de efectividad y trascendencia en la vida personal de quienes la integran puesto que «aprovechando su experiencia en la propia mediación transformadora, las partes pueden traspasar a otras situaciones más capacidad y disposición a relacionarse con otros de modo menos defensivo, más respetuosamente y con más empatía» (Bush y Folger, 1996: 147). Una forma clara y precisa de entender este modelo es como lo presenta Farré Salva (2004), en una crítica que les hace a todos los modelos de mediación de la cual hemos extraído su idea de la siguiente manera:

#### Principios Básicos:

- Ve el conflicto como motor y oportunidad de cambio.
- El conflicto como fenómeno específico dentro de la mediación.
- Espiritualidad y emocionalidad como dimensiones fundamentales.

#### Método:

- La negociación se basa en las necesidades de las partes.
- La comunicación es emocional y espiritual.
- Se busca cambios en la relación y en las personas, con el fin de que cumplan lo acordado por ellas y evitar conflictos futuros.
- La comunicación se utiliza como instrumento de terapia de cambio.

## Objetivos:

- Además de lograr acuerdos, su objetivo es lograr la transformación personal y de la relación entre las partes en conflictos presentes y futuros. Es erróneo pensar que el objetivo exclusivo o éxito de la mediación es que se logre un acuerdo entre las partes; puesto que el objetivo fundamental de la mediación es promover la resolución del conflicto, posibilitar acuerdos y que las partes los consideren satisfactorios; al mismo tiempo que se mejora la relación entre las partes.
- Intenta agregar una transformación positiva del conflicto y de las personas.
- Lograr que la mediación sea un espacio para la reconciliación, donde las partes se escuchen y comprendan mutuamente.

En el modelo transformador el interés del mediador es el de asegurar que el resultado permanezca en manos de la partes, de un modo muy explícito, por lo que, la adopción de la orientación transformadora determina una definición nueva y más realista de la neutralidad. (Bush y Folger, 1996: 163). La neutralidad significa que las partes mantengan el control de las decisiones acerca del resultado. Para los autores, según Conforti (2017), para Bush y Folger, la elección del modelo de mediación lleva implícita una decisión de índole filosófica en la que el modelo de solución de conflictos viene a representar la visión individualista del mundo, mientras que el enfoque transformador se encuentra vinculado a una visión coherente de la naturaleza y la sociedad humana: la visión referencial del mundo. La elección entre a) y b) no es una cuestión menor, y que se trata de una gran encrucijada para toda sociedad, que debe elegir su camino; la elección de los autores es, evidentemente esta última, pues ellos creen que es la vía hacia una realidad social fundada en una nueva visión referencial de la vida, una visión que aporta un modo de trascender las antiguas dicotomías y abre nuevas posibilidades a la conciencia y la interacción humana. (pp. 172-173). Con el fin de ilustrar el procedimiento transformativo de Bush y Folger en la práctica, presentamos las siguientes pautas:

- Modificar las declaraciones inaugurales de los mediadores con el fin de que reflejen los objetivos de transformación, subrayando que el poder de toma de decisiones permanece en mano de las partes.
- Cambiar las expectativas acerca de lo que las partes harán cuando cada una escuche las declaraciones iniciales de la otra, es decir, aplicar la escucha activa en pro del reconocimiento.
- Especificar un período de tiempo, después de dichas declaraciones, en que se alienta a los litigantes a formular preguntas que respondan a su sincera curiosidad acerca del oponente, los hechos anteriores o las posibilidades futuras.
- Identificar un punto del proceso en que cada parte indica lo que, según cree, la otra parte no comprende acerca de la primera, es decir, alentar la interacción que promueve las oportunidades de reconocimiento.
- Ampliar lo que puede incluirse en los acuerdos escritos. (Conforti, 2017: 173).

### 5.1. Rol del mediador transformativo

Como en todo proceso de mediación, el papel que cumplen los mediadores es fundamental. En la mediación transformativa es aún más, dado que su propósito principal en las sesiones es cambiar las líneas de pensamiento de las partes para que estas ya no se vean como adversarios u oponentes sino como personas que aunque tienen intereses distintos pueden llegar a un terreno común de comprensión donde ambos se vean beneficiados.

Es por lo anterior que los mediadores encargados de guiar este proceso deben ser diestros en la comunicación interpersonal, ya que las partes deberán aprender un mejor modo de comunicarse, escucharse, expresarse entre ellas, así como también analizar e interiorizar cuestiones que antes no se habían planteado pero que les sirven como punto de referencia para entender mejor a su contraparte. Debido a que es necesario que cada parte legitime a la otra, tanto en su persona participante en el proceso como en los intereses que esta va a traer a las negociaciones, «la clave consiste en que el mediador comprenda que se realiza el objetivo obteniendo el grado de reconocimiento, sea cual fuere, que las partes están dispuestas a otorgar» (Bush y Folger 1996: 146). Si esto ocurre, ya se habrá logrado una transformación interna, lo cual en sí es una meta final de este tipo de mediación estudiada.

Para lograr el cumplimiento del objetivo propuesto dentro del proceso, el método que deben utilizar los mediadores es el de preguntas circulares. Este tipo de preguntas se caracteriza principalmente por permitir una recontextualización constante de las declaraciones hechas por las partes, de esta forma se revela la conexión existente entre el problema que se presenta y la relación entre ellas. Por tanto, son esta clase de preguntas el instrumento ideal que permitirá a las partes salirse de su espectro personal y hacer un desplazamiento hacia el punto de vista de su contraparte, entendiendo mejor sus verdaderos intereses, motivaciones o sentimientos. Una vez esto ocurra, será más fácil para ambos entenderse mutuamente y trabajar en sus diferencias para lograr obtener no solo un acuerdo en el problema que les atañe en el momento sino una buena o llevadera relación continua en el futuro. Para alcanzar su objetivo, el mediador ha de promover la adquisición de diversas habilidades por parte de las personas involucradas, empezando por la revalorización del otro como persona. Se aplicará el micro enfoque, es decir, el análisis de los enunciados de las partes, se plantean interrogantes y argumentos que permitan alternativas para sacar a la luz revalorización y reconocimiento, se alienta la deliberación y decisión, se busca generar empatía que permita considerar las perspectivas de la otra parte, se emplea la re-interpretación, traducción y reformulación de enunciados. Todo indica que nos encontramos frente a un verdadero modelo de mediación de conflictos. (Conforti, 2017: 174).

### 5.2. Ventajas de su implementación en Colombia

Como ya se mencionó en esta investigación, las áreas de conciliación extrajudicial más convocadas en nuestro país son civil, comercial y familia. Si quienes lideran este mecanismo de resolución de conflictos constantemente identifican la relación entre las

partes y aplican el método más adecuado, es muy probable que el resultado sea favorable. En el área de familia no habrá mayor beneficio que el de las partes no solo resuelvan su conflicto actual, sino que también mejoren su relación con el miembro familiar en un ambiente caracterizado por respeto y comprensión mutuo. Las personas involucradas ya no se verán solo como adversarios entre ellos sino como lo que son, seres humanos que comparten una convivencia habitual pero que están dispuestos a comunicarse incluso en las circunstancias adversas.

En el área de civil y comercial, si las obligaciones contraídas por las partes son de aquellas de tracto sucesivo es posible que tengan que seguir manteniendo contacto frecuente con su contraparte, el cual puede ser transformado y elevado a una relación de confianza y seguridad. Por otro lado, no podemos subestimar el papel de revalorización sanadora que tendría el modelo transformativo de mediación en la sociedad colombiana si se tiene en cuenta la realidad social existente.

Colombia es un país con un complicado contexto social e histórico fruto de un conflicto armado interno que se remonta desde la década de los sesentas y se sigue extendiendo hasta la actualidad. Como iniciativa para lograr la paz, desde el año 2012 se están llevando a cabo diálogos o negociaciones entre el gobierno nacional y la guerrilla de las FARC para poder dar terminación al conflicto. Logrando concluir con un acuerdo y el reto será su implementación, cuando esto suceda, nuestro país va a entrar en una etapa de posconflicto en la cual el grupo armado ilegal se reincorporará a la vida civil mediante la desmovilización. Es precisamente en este periodo donde es menester hacer uso de los elementos de la mediación transformativa dentro de la conciliación extrajudicial en derecho, ya sea esta última convocada en el marco del proceso de justicia, verdad y reparación, o para dirimir conflictos entre personas nuevas de una comunidad o incluso perpetradores de una conducta punible y su víctima. Por lo que «debe admitirse que en la vida ética el conflicto de valores es inevitable y no es posible el consenso racional universal, pues los humanos siempre tendrán razones para vivir de manera diferente y cuando estos modos de vida son rivales, ninguno de ellos es necesariamente mejor» (Isaza, 2014: 231). Para Isaza, la filosofía del *modus vivendi* plantea que la salida no es eliminar el conflicto, sino conciliar en una vida en común a individuos con valores distintos; y para ello no precisamos compartir valores, sino instituciones en las que esas formas de vida puedan coexistir.

Por lo anterior es necesario que existan instituciones como la mediación y conciliación en el ordenamiento jurídico Colombiano que ayuden a las partes que tengan conflictos a resolverlos y a transformar positivamente sus relaciones en la sociedad. Siendo así las cosas, el modelo transformativo de mediación es el apropiado para afrontar la era de posconflicto dado que produce en las partes que intervienen en él una transformación personal mediante la cual se adquieren las herramientas necesarias para aprender a manejar de una manera más generosa y compasiva las relaciones interpersonales incluso durante la existencia de diferencias. Dicha transformación interior se verá reflejada en la sociedad en general toda vez que se consigue una satisfacción completa de las necesidades como condición permanente, pasando así de ser «enemigos a una red de solidaridad de aliados» (Bush y Folger, 1996: 47).

## 6. Conclusión

La mediación en general y de manera específica la mediación transformativa ofrece la posibilidad, además de resolver los conflictos sociales que se generan como consecuencia de las relaciones interpersonales, cambiar de manera presente y futura la percepción de las partes intervinientes o no en un proceso de resolución de conflictos; decimos futura porque la mediación no solo se centra en resolver conflictos de manera transitoria, sino que también logra humanizar a las partes que por voluntad propia se someten al mismo, para que de allí en adelante sean más solidarios y comprensivos con los problemas o puntos de vista del otro. Afirmamos que la mediación no solo implica a las partes intervinientes, pues esta apunta a crear un mundo mejor, transformando a las personas y por ende a la sociedad, dado que va dirigido a resolver de manera satisfactoria el problema, logrando una revalorización en el ser humano mismo, y como consecuencia aumentando las probabilidades de que el arreglo obtenido se cumpla a cabalidad; lo que no siempre sucede con la conciliación extrajudicial en Colombia que va dirigida a conseguir arreglos con indicación a las leyes «justas» pero que muchas veces la solución dada u obtenida no llena las expectativas de una o ambas partes que se someten a resolver sus conflictos mediante este mecanismo, con la expectativa de obtener un resultado satisfactorio. Someter un acto a una consideración extrajudicial o pre-procesal es esperar que las partes encerradas en cada uno de sus paradigmas, puntos de vista, profesiones y percepciones de las cosas, resuelvan por si mismos la controversia que los motivó a acudir a esa instancia. Por tal razón, es importante que se destaquen las características propias del proceso de mediación tales como el reconocimiento, la revalorización, la comunicación, y la transformación, para que estén sean utilizadas en aras de fortalecer la conciliación extrajudicial en nuestro país.

En este sentido nuestra crítica apunta a que la aplicación de la conciliación extrajudicial en Colombia resulta no ser siempre eficaz, porque todo el proceso de conciliación está impregnado de ese apego estricto a la ley que aunque necesario en cualquier procedimiento, no es garantía de que los procesos llevados a cabo sean éxitos y satisfactorios, es por eso que consideramos que una manera de fortalecer y armonizar la conciliación es implementando el modelo transformativo de mediación que busca humanizar el proceso de tal manera que las partes logren entenderse y comprenderse unas a otras, y de esta manera propongan soluciones fundadas en la tolerancia y respeto por el otro. Consideramos que el método de mediación expuesto a lo largo de esta investigación al lograr una transformación al interior de cada una de las partes, puede conseguir la consecución de arreglos que tengan mayor probabilidad de ser cumplidos pues satisfacen plenamente los intereses de cada una. Asimismo, se cumplen los fines por los que fueron creados los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia (MASC) en la medida en que las personas no solo arreglen sus diferencias dentro del marco de una audiencia de conciliación sino en sus relaciones diarias. De la misma manera, se debe fomentar tanto en los abogados conciliadores como en los estudiantes de los distintos consultorios jurídicos del país la aplicación del modelo de mediación transformativa, con el fin de dar cara a la realidad política y social de Colombia teniendo en cuenta el contexto de conflic-

to y posconflicto que enfrentamos. Muy pronto va a ser más necesario un ambiente de reconciliación donde cada parte pueda entender el punto de vista del otro aunque tengan intereses distintos.

## 7. Referencias

- Blanco Carrasco, M. (2009) *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica*, Madrid, Editorial Reus.
- Bush, R. A., & Folger, J. (1996) *La promesa de mediación: Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, Barcelona, Ediciones Granica.
- Cataño García J. (2004). *Tratado sobre Conciliación*, Bogotá, Editorial Leyer.
- Cobb, S. (1997) Una perspectiva narrativa de la mediación, en J.P. Folger, y Ts. Jones, (Compiladores) *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires, Paidós Mediación, pp. 89-100.
- Conforti, F. (2017) *Construcción de paz. Diseño de intervención en conflictos*, Madrid, Dykinson.
- Entelman, R. (2002) *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa.
- Farré Salva, S. (2004) *Gestión de conflictos: Taller de mediación: Un enfoque socioafectivo*, Barcelona, Ariel.
- Fisher, R., Patton, B., & Ury, W. (1993) *Si... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Bogotá, Editorial Norma.
- García, F. (2013) *La conciliación civil y comercial*, Bogotá, Ibáñez.
- Gil, J. (2011) *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Bogotá, Editorial Temis.
- Isaza Gutiérrez, Juan. Pablo. (2017) Justicia restaurativa comunitaria en Colombia: el palabrero Wayuu, En José Luis de la Cuesta, *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 539-566.
- Isaza Gutiérrez, Juan. Pablo. (2016) Sobre el concepto de justicia aplicado al derecho y la relación entre la justicia social y el derecho penal, En María Ramírez, *Justicia. Un enfoque transdisciplinar*. Barranquilla, Editorial Universidad del Norte, pp. 51-76.
- Isaza Gutiérrez, Juan. Pablo. (2014) El modus vivendi como una nueva interpretación de la tolerancia Liberal, una visión desde la obra de John Gray, En Julia Sandra Bernal, *Los Derechos Humanos: Una mirada interdisciplinar*. Barranquilla, Editorial Universidad del Norte, pp. 225-272.
- Junco Vargas, J. R. (2007) *La conciliación: Aspectos sustanciales y procesales en el sistema acusatorio*, Bogotá, Temis.
- Márquez Cárdenas, A. E. (2012) La mediación como mecanismo de justicia restaurativa, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, Volumen XV, No. 29, pp. 149-171.

- Mazo Álvarez, H. M. (2013) La mediación como herramienta de la justicia restaurativa, *Opinión Jurídica*, 12(23), pp. 99-114.
- Moore C. (2010) *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Granica.
- Peña, Yáñez, M. Á. (2013) *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, Madrid, Editorial Dykinson.
- Sampieri, R. H., Collado, C. F., Lucio, P. B., & Pérez, M. D. L. L. C. (1998). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.
- Sierra N.A (2003) *La Conciliación en Familia. Normas, Conceptos, Jurisprudencia y Doctrina*,. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.
- Soletto, H. (2007). *Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos.
- Suares, M. (1996) *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Editorial Paidós.

### 7.1. Normas y Jurisprudencia

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 23 de 1991

Ley 192 de 1995

Ley 446 de 1995

Ley 446 de 1998

Ley 640 de 2001

Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal)

Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz)

Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso)

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-902 del 17 de septiembre de 2008.

Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1196 del 15 de noviembre de 2001.

Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

PROCESO EDITORIAL • EDITORIAL PROCESS INFO

Recibido: 29/06/2017      Aceptado: 15/09/2018

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO • HOW TO CITE THIS PAPER

Isaza Gutierrez, Juan P.; Murgas Serje, Karina y Oñate Olivell, María E. (2018) Aplicación del modelo transformativo de mediación en la conciliación extrajudicial de Colombia, *Revista de Paz y Conflictos*, Vol. 11(1), pp. xxx-xxx. DOI: <http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v11i1.6234>

SOBRE LOS AUTORES • ABOUT THE AUTHORS

Falta un breve perfil de los autores, por favor enviar con las correcciones.