

 Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña - Colombia <small>1970 años de historia</small>	<b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>			
	<small>Documento</small>	<small>Código</small>	<small>Fecha</small>	<small>Revisión</small>
	<b>FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO</b>	<b>F-AC-DBL-007</b>	<b>10-04-2012</b>	<b>A</b>
	<small>Dependencia</small>	<small>Aprobado</small>		<small>Pág.</small>
<b>DIVISIÓN DE BIBLIOTECA</b>	<b>SUBDIRECTOR ACADEMICO</b>		<b>i(64)</b>	

### RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

<b>AUTORES</b>	<b>CARMEN LORENA MARTÍNEZ CHÁVEZ MARYTH MÁRQUEZ IBÁÑEZ</b>		
<b>FACULTAD</b>	<b>FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES</b>		
<b>PLAN DE ESTUDIOS</b>	<b>PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO</b>		
<b>DIRECTOR</b>	<b>LEONARDO ANDRE ARENIZ MARTÍNEZ</b>		
<b>TÍTULO DE LA TESIS</b>	<b>MEDIACIÓN PENAL, COMO MECANISMO DE EXTINGUIR LA ACCIÓN PENAL O DOSIFICAR LA PENA EN LA CONDUCTA PUNIBLE DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR</b>		
<b>RESUMEN</b> (70 palabras aproximadamente)			
<p>LA PRESENTE MONOGRAFÍA ENFOCÓ SU ANÁLISIS SOBRE LA TEMÁTICA JURÍDICA DE DINAMIZAR LA MEDIACIÓN PENAL COMO FORMA DE CONSTRUIR PAZ, ESTE MECANISMO APARTE DE RECONSTRUIR EL TEJIDO SOCIAL ROTO DENTRO DE LA ESFERA FAMILIAR ES EL COMPROMISO QUE SE LOGRA EN AVANZAR A EVITAR UNA REVICTIMIZACIÓN Y SE LE DÉ LA OPORTUNIDAD AL INFRACTOR DE LOGRAR OBTENER UNA RESOCIALIZACIÓN A TRAVÉS DE AYUDA PSICOSOCIAL QUE LOGRE FORTALECER LA UNIÓN DE LAZOS FAMILIARES.</p>			
<b>CARACTERÍSTICAS</b>			
<b>PÁGINAS:</b>	<b>PLANOS:</b>	<b>ILUSTRACIONES:</b>	<b>CD-ROM:</b>



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552  
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104  
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**MEDIACIÓN PENAL, COMO MECANISMO DE EXTINGUIR LA ACCIÓN PENAL O  
DOSIFICAR LA PENA EN LA CONDUCTA PUNIBLE DE VIOLENCIA  
INTRAFAMILIAR**

**AUTORES**

**CARMEN LORENA MARTÍNEZ CHÁVEZ**

**MARYITH MÁRQUEZ IBÁÑEZ**

**Trabajo de grado modalidad monografía para obtener el título de Abogado**

**DIRECTOR**

**LEONARDO ANDRE ARENIZ MARTÍNEZ**

**Abogado, Esp. Derecho Constitucional**

**UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA**

**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**

**PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**

**Ocaña, Colombia**

**Noviembre, 2018**

## Agradecimientos

*Este proyecto está dedicado con mucho amor y cariño: A Dios quien supo guiarme y darme la sabiduría que necesitaba en este gran camino, gracias por haberme dado fuerzas para seguir adelante y no desfallecer en las dificultades que se me presentaron.*

*A mis padres Edilce y Fredy, hermanos Flor Daniela y Fredy Alejandro por brindarme su apoyo, comprensión y ayuda con los recursos necesarios para llegar a esta etapa la cual anhelaba superar para lograr mi título profesional, y con mi empeño y perseverancia poder contribuir eficazmente a la sociedad.*

*Atentamente. CARMEN LORENA MARTÍNEZ CHÁVEZ*

*Dedico este proyecto primeramente a Dios y a mis padres. A Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, a mis padres, por siempre haberme dado su fuerza y apoyo incondicional que me han ayudado y llevado hasta donde estoy ahora y quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento. Depositando su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad.*

*Atentamente: MARYITH MÁRQUEZ IBÁÑEZ*

## Índice

<b>Capítulo 1. Contextualización y fundamentos teóricos.....</b>	<b>1</b>
1.1 Antecedentes. ....	2
1.2 Mediación como proceso o procedimiento. ....	8
1.3 Las partes dentro de la Justicia Restaurativa en el proceso penal. ....	11
<b>Capítulo 2. La Familia como Núcleo Esencial de la Sociedad .....</b>	<b>13</b>
2.1 Evolución histórica de la Familia.....	14
2.2 Contexto contemporáneo del concepto familia.....	15
2.3 Concepto de familia en sentido nuclear. ....	18
2.4 La evolución de la familia en la jurisprudencia colombiana.....	20
2.5 Violencia intrafamiliar. ....	23
<b>Capítulo 3. Análisis sistémico de la justicia restaurativa.....</b>	<b>28</b>
3.1 Principios de la Justicia Restaurativa. ....	32
3.2 Víctima como intervinientes especial. ....	35
3.3 De la remisión a la justicia restaurativa. ....	38
<b>Capítulo 4. Mediación como mecanismo de extinguir la acción penal o dosificar la pena.....</b>	<b>40</b>
4.1 Etapa procesal y naturaleza de delitos. ....	43

4.2 Procedimiento para enviar el caso a la justicia restaurativa .....	45
<b>Conclusiones.....</b>	<b>48</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>50</b>

## Resumen

Determinar que existe acontecimientos cotidianos de la familia, que suelen presentarse situaciones o episodios impulsivos entre sus integrantes, que en algunas ocasiones no tienen suficiente identidad para lesionar el bien jurídico tutelado, de la unidad familiar, sin embargo, se activa de manera inmediata la acción penal por ser una conducta de connotación nacional e inicia el calvario para la Víctima, pues si bien en el momento en que ocurren los hechos se descarga en ira en contra del victimario, lo que a la postre traería graves implicaciones, como privar de la libertad a una persona integrante de un clan familiar con todas las consecuencias que ellos acarrea, en consecuencia se desea adoptar alternativas como una solución a la problemática y lograr así una forma de extinguir la acción penal o en su efecto dosificar la pena.

La importancia de abordar este tema surge por el momento histórico en el que nos encontramos, lo cual amerita dinamizar la mediación penal como forma de construir paz, este mecanismo aparte de reconstruir el tejido social roto dentro de la esfera familiar es el compromiso que se logra en avanzar a evitar una revictimización y se le dé la oportunidad al infractor de lograr obtener una resocialización a través de ayuda psicosocial que logre fortalecer la unión de lazos familiares.

## Introducción

Hablar de Justicia restaurativa es abandonar todo prejuicio en el cual la justicia solo se obtiene a través de una sentencia judicial como forma de represión por el delito cometido, es un cambio de paradigma frente al poder coaccionante del derecho penal, es una alternativa diferente a la reclusión intramural y es la materialización del goce real y efectivo de la dignidad humana por parte de la víctima y la resocialización del infractor. En palabras de Martín Wright

“el sistema penal estigmatiza a una de las partes en el conflicto para el delincuente, le pone antecedentes penales, la pena se hace trascendental al tener consecuencias sociales para toda su vida” (Wright, 2010)

Sin embargo, cuando existe conductas que logran vulnerar el bien jurídico tutelado, el Estado a través del código penal en su artículo 229 lo sanciona, pero este es un mecanismo represor y no reparador, pues el infractor puede generar para sí, resentimiento que obstaculizan una verdadera resocialización y de contera rompe los lazos familiares debilitando la familia en contra de sus miembros.

Es un argumento para considerar a la hora de activar el ius puniendi, pero ya activado, el legislador ha abierto una salida que es la Mediación Penal, regulada por el artículo 523 de la ley 906 de 2004, su propósito es buscar una salida enfocada en el daño de las víctimas y que el infractor asuma la responsabilidad por los daños ocasionados, dándole un enfoque más extenso en contexto del delito.

En la Violencia Intrafamiliar el bien jurídico tutelado es la familia, de tal forma que, si se violenta, sea cual fuere el método para infringirla, trae como consecuencia la afectación de la

unidad y armonía familiar, rompe los vínculos en que se fundamenta esa estructura esencial de la sociedad.

De ahí que nuestra propuesta tenga relevancia y pertinencia constitucional, pues si hasta el momento el Estado ha apelado en incrementar las penas y activar el órgano represor, no ha logrado mitigar tal fenómeno, por el contrario, lo que se ha generado es una fractura más profunda de los vínculos o lazos que surgen de la armonía y la unidad familiar.

En la conducta punible de Violencia Intrafamiliar, la Mediación Penal se convierte un mecanismo adecuado, donde se crea un escenario confortable para que la víctima de manera libre y espontánea relate los hechos padecidos, mencionando los daños que le ocasionaron por el injusto, recuperando el control personal asociado, con el fin último de lograr reconciliarse con el infractor y pasar a una etapa de transición que fortalezca el goce efectivo de la cohesión familiar.

El impacto que busca es lograr generar nuevos conocimientos que a su vez produzcan nuevas discusiones y motivaciones, además de explorar los conceptos sobre los cuales se sustenta la justicia Restaurativa.

Adicional a lo anterior, el objetivo de la Monografía es, dinamizar la aplicación de la Mediación Penal como mecanismo de extinción de la acción penal o dosificación de la pena en la etapa procesal de juzgamiento, que permite a la Fiscalía, Abogado de Víctima y al Juez, explorar alternativas de solución de conflictos en su actividad judicial y derivado de esto pueda la víctima obtener una pronta justicia.

La presente monografía se inscribe en la denominada investigación jurídica, toda vez que más allá de la pura investigación básica de la norma jurídica en sentido restrictivo, parte de un



análisis primario, continua un análisis sistémico en el contexto normativo y pretoriano nacional incluyendo, por supuesto, la dimensión teórica del problema, sin apartarse que la incidencia del Derecho Internacional, específicamente del que tiene naturaleza convencional.

El método aplicar es el deductivo, por cuanto se parte de los elementos conceptuales de una institución jurídica que estructuran la teoría de la justicia restaurativa, para a través de una interpretación sistemática de la normas jurídicas que arropan la justicia restaurativa, teniendo en cuenta los principios de la hermenéutica jurídica, logrando de esta manera la determinación de los criterios interpretativos de la aplicación debida de la Mediación penal como fórmula de extinción o dosificación de la pena.

Las fuentes que sustentarán la monografía estarán constituidas esencialmente por el examen de documentos legales, entre ellos el propio texto de la Constitución Política de Colombia, la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal; además de las disposiciones reglamentarias y los textos jurisprudenciales de las altas Cortes Colombianas.

## **Capítulo 1. Contextualización y fundamentos teóricos.**

La justicia Restaurativa en el derecho procesal contemporáneo ha tomado fuerza, es una nueva corriente dentro del campo de la victimología y criminología, a pesar de que se venía utilizando siglos atrás por indígenas canadienses, de Estados Unidos y otros países del Norte.

El concepto de Justicia Restaurativa se define, como el conjunto de mecanismos que se pueden aplicar en el sistema penal con tendencia acusatoria, dependiendo en la etapa procesal en que se encuentre, procede los mecanismos contemplados el artículo 521 de la ley 906 de 2004, además de que el resultado final se define como, “toda acción orientada principalmente a hacer justicia través de la restauración o reparación del daño causado” (Gordon & Lode, 1999)

Somos conscientes de la gravedad de toda situación de violencia sufrida por cualquier persona, y de otras formas de maltrato igualmente merecedoras de prevención y sanción, como son la violencia intrafamiliar en sus diferentes manifestaciones, así como la violencia ejercida sobre menores y personas dependientes en centros docentes e instituciones públicas y privadas o la violencia en el contexto de las relaciones laborales.

La mediación inicialmente nos indica que es la puerta de entrada al procedimiento como un mecanismo que requiere ser adaptado al caso que nos ocupan. Dado que existe una fuerte oposición en relación con la persona víctima de la violencia Intrafamiliar se vea frente a su agresor, queremos presentar la otra versión de esta alternativa frente a los conflictos que se suscitan dentro del núcleo familiar.

De igual forma de la introducción se puede extraer una delimitación espacial, en el sentido que la investigación va dirigida a la población víctima de la conducta punible de Violencia

Intrafamiliar, con un enfoque de reparar el daño y reconstruir el tejido familiar roto y no generar más odio dentro de la unidad familiar.

Se puede afirmar que nuestro ordenamiento jurídico en materia penal y procesal comparte muchos de los objetivos que persigue la justicia restaurativa, como son la reparación a la víctima y la no repetición, posee instrumentos que permiten su implantación y aplicación. Todo esto lo desarrollaré a fondo a lo largo de esta primera parte, para resolver el siguiente problema jurídico

¿Cómo dinamizar el mecanismo de Mediación Penal en la actividad judicial, cómo alternativa de solución de conflictos en la etapa de instrucción y juzgamiento en la jurisdicción penal?

Es aquí donde la monografía refleja su impacto en el ordenamiento jurídico, al servir como instrumento que oriente e incentive a los operadores jurídicos de dinamizar la aplicación de la mediación penal en el delito de Violencia Intrafamiliar, de tal manera que se logre combatir, finalmente, los reproches que se suelen argüir sobre la concepción o esencia de la aplicación de este mecanismo.

### **1.1 Antecedentes.**

En el ámbito internacional, desde los primeros años de la década de los años 80 del siglo pasado, son numerosos las declaraciones e instrumentos provenientes de organismos internacionales que contemplan la justicia restaurativa en general y la mediación en particular como objeto y en ocasiones como objetivo prioritario de atención.

Resolución 40/34 de noviembre de 1985, principios fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptado por la asamblea general de las naciones unidas

“4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto por la legislación nacional. 5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justo, poco costosos y accesibles. 8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o pagos por los daños sufridos”. (Organización de Naciones Unidas, 1985, pág. 3)

Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999, titulada "Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal", en la que pidió a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que estudiara la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restaurativa.

Comisión de Derechos Humanos en 1998, según informe relator, la comisión adopta los principios para la protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad:

“Principio 3. El derecho a la víctima a saber. Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como las familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Derecho a la justicia, principio 20. Deberes de los Estados en materia de administración de justicia, la impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tiene los estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas los recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la reparación de dichas violaciones. Principio 39. Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación. Abarca todos los daños sufridos por las víctimas (...)” (Organización de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005, pág. 2) .

En la resolución 2000/14, el Consejo Económico y Social pidió al Secretario General que solicitara observaciones de los Estados Miembros y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, así como de los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, sobre la conveniencia y los medios de establecer principios comunes para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.

En ese sentido la Comisión Permanente de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2000, informe final relator sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y las libertades fundamentales.

La Resolución 2002/12, de 24 de julio, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, titulada “Planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI”, y en particular de las medidas de justicia restaurativa que deban adoptarse para cumplir los compromisos contraídos en el párrafo 28 de la Declaración de Viena.

En países de la Common Welth: Canadá, Estados Unidos y Australia, la Mediación tuvo un gran crecimiento en los años 80 para promover la cultura de la pacificación de conflictos (Kelly, 196).

En el ordenamiento Constitucional en el artículo 250 reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en su artículo 2, en el ejercicio de las funciones, la Fiscalía General de la Nación deberá:

“(…) Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas, así mismo solicitar al juez de conocimiento las medidas judiciales para la asistencia de las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados por el delito”

Esta norma superior le dio fundamento constitucional a la justicia restaurativa que, por lo demás, enmarco en su contexto los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En la normatividad legal tenemos como el Código Civil de 1887, regulaba la transacción en el artículo 1625 como forma de extinción de la obligación, En la ley 906 de 2004 en el libro VI y los tres capítulos que lo integran, artículo 518 a 521 inclusive el artículo 523 al 527 desarrolla el mecanismo de justicia restaurativa.

En este primer fragmento de la exploración considero trascendental acentuar la eficacia limitada y la dificultad que atraviesa el sistema penal actual en correspondencia con los fines preventivos, valoración no cómoda de abstraer dogmáticamente, pero sí cuando el espacio de estudio es el contexto de su aplicación y las consecuencias no previstas e indeseadas, incluso por el legislador. Ante el asombroso problema, debido a la complicación y extensión, de un análisis acentuado de las cuestiones que han contribuido a su desperfecto y que en buena medida justifica la necesidad de experimentar nuevos caminos en la práctica de la justicia penal.

Previamente de pretender cimentar una tesis de lo que entendemos por Mediación, haremos un efímero preámbulo a la concepción de conflicto y las formas de abordarlo. En autores como Ana Rico, nos dice que el ejercicio del poder en la familia se puede estudiar en relación con el género, parentesco y edad y muestra cómo se da la distribución del poder en las

familias colombianas en el área de sexualidad, los bienes económicos, la dirección y administración, el trabajo productivo y doméstico y el uso del tiempo (Rico, 1985)

La familia tiene conflictos y armonía, se conjugan elementos disociadores tales como; rechazos, odios, oposiciones y desacuerdos, pero el conflicto se podría decir que muchas de estos elementos se encuentran en él, pues se sabe que es un encuentro de intereses, valores, acciones o direcciones. Se da a partir del momento de presentar estas diferencias o también son aspectos indicadores que va a iniciar.

Pero hay que precisar de lo anterior que cuando hay desacuerdo en las relaciones, sobre las posiciones de las partes es donde se genera el conflicto, muchas veces no atenderlo de manera adecuada puede llegar a un bloqueo en la interlocución, donde se pueden limitar informaciones importantes, distorsión deliberada de hechos para defender una perspectiva en el grupo familiar, se rompe la armonía y se forman emparejamientos o subgrupos, que en muchos de los casos se puede propiciar una lucha de ganadores perdedores difícil de resolver.

En la Mediación, el conflicto es planteado y trabajado como una oportunidad, en caso de que le atribuye un enlace positivo, ya que permite abrir espacios de reflexión, practicar la escucha activa desplegando canales de solución, los cuales pueden darse en distintos ámbitos de la sociedad y la vida familiar, y porque permite visibilizar las causas estructurales que lo ocasionan. A partir de un enfoque positivo el conflicto puede convertirse en: Oportunidad de desarrollo para las partes en aprieto; momento en que los desencuentros pueden ser resueltos buscando alternativas novedosas; posibilidad de evaluar nuestro accionar de forma objetiva; mejora de nuestro conocimiento sobre el otro; análisis de las posibles formas de terminarlo

El conflicto familiar como ya antes se expuso, se ocasionada por el estado de ánimo de alguna de las partes, el contexto del conflicto, opiniones, el lugar físico en el que se encuentran, la información de que disponen, la circunstancia de la situación, la experiencia con que cuentan, la predicción que puedan tener con respecto a futuros conflictos, y la percepción.

Además de las preferencias y querencias distintas: Relacionadas con el estilo de las partes al actuar, sus principios, los “eslóganes” que manejen, sus valores y creencias. En ese sentido también influyen los estilos de pensamiento que estimulan la discrepancia, consistente en la forma de emplear la palabra, la polarización de decisiones, el reconocimiento de la verdad y falsedad, la aceptación del principio de contradicción. Por último, podemos traer a colación las creencias de que deben estar discrepando, esto se presenta cuando el lenguaje es inadecuado, lo que propicia que el conflicto se fortalezca.

Los procedimientos judiciales de la justicia ordinaria, donde los presupuestos del conflicto dependen de referentes objetivos, derivados de principios jurídicos como el de legalidad, y la solución depende de un tercero; La justicia restaurativa representa, conjuntamente, un modo de determinar el triunfo de la administración de justicia, pero no por el número de castigos impuestos a los delincuentes, sino por el valor de reparación del daño causado a las víctimas y a la comunidad.

Entonces se puede determinar que dentro de la justicia restaurativa involucra a las víctimas como titular del injusto (Art. 132 C.P.P), garantizando el derecho que le asiste a la verdad, justicia y reparación, además a través de este mecanismo se le garantiza demás derechos constitucionales como a la intimidad (Art. 15 superior), a la garantía de su seguridad personal y la de sus familiares (Art. 11 superior).



Del mismo modo involucra al victimario, previamente reconociendo la participación en el injusto, la justicia restaurativa le ofrece el ingreso a diferentes programas que comportan una efectiva reinserción a la comunidad especialmente al núcleo familiar. Este programa provee la forma de materializar el acceso a la justicia de manera pronta, al resarcimiento de los prejuicios causado, a la abstención de determinada conducta o a la petición de disculpas por el victimario, como lo dispone el artículo 523 de la ley 906 de 2004.

Un actor importante dentro de la justicia restaurativa es la comunidad, que juega un papel preponderante al intervenir como intermediario, entre la víctima y el victimario, actuando como medio generador de mecanismo alternativos de resolver el conflicto antes de una condena que en llegado caso puede desarticular aún más la familia, en aras de lograr una verdadera reinserción del autor del delito y en efecto buscar una reconciliación dentro del seno familiar.

De lo anterior la Justicia restaurativa se colige que comparte los principios que busca la acción penal, pero generando un menor impacto en el infractor y aquellos allegados al núcleo familiar. Además, que busca centrarse en la reparación de la víctima y cuenta con los mecanismos que conducen a ese fin, la mediación es uno de ellos.

La Mediación según el diccionario de la real academia española nos dice: Que es la actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio (Real Academia Española, 2018).

## **1.2 Mediación como proceso o procedimiento.**

La introducción de un título denominado ‘Justicia Restaurativa’ en la Ley 906 de 2004, refleja el propósito del legislador de aceptar unos elementos distintos a los tradicionalmente aplicados en la resolución de los conflictos derivados de la comisión de un delito o, lo que sería mejor, de emplear una justicia distinta de la retributiva. Así mismo, reconoce la categoría de las víctimas y de la comunidad dentro de este proceso y admite que, aparte de la consecuencia perjudicial y grave de aplicar la coacción del derecho, puede existir una alternativa menos gravosa e inclusive reconciliadora dentro del núcleo de la familia; solo de esta manera se puede explicar que el Código de Procedimiento Penal (CPP) determine los mecanismos de Justicia Restaurativa, como, la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación” (art. 521), entre otros, permitiendo que la justicia restaurativa se materialice por diferentes alternativas.

Si bien dentro de la normativa penal encontramos el vocablo Mediación como Mecanismo para referirse al Proceso alternativo de resolver un conflicto. Sin embargo, al definir el proceso dentro del contexto penal, se asimila como el instrumento por medio del cual, el poder judicial cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente. Y cuando es utilizado para referirse a la Mediación, se crea confusión con el sistema judicial que está organizado en procedimientos, como la Mediación dentro del proceso judicial, que, aunque tiene su origen al margen de este, ha descubierto su gran aporte incorporándolo a su funcionamiento. Teniendo en cuenta que el proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras el procedimiento se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo.

La Mediación comprende las funciones de la Conciliación, es decir, reunir a las partes en unas circunstancias y un ambiente más favorable para una discusión serena en busca del acuerdo. El moderador que puede ser servidor público o particular inicialmente busca lograr abrir la puerta a las relaciones y la comunicación entre las partes, pero conjuntamente puede intervenir en las discusiones, hacer sugerencias o propuestas e incluso expresar recomendaciones con vistas a un arreglo. La diferencia real entre Conciliación y Mediación es escasa ya que la dinámica del proceso puede hacer que el conciliador realice alguna propuesta o recomendación y que el mediador tenga que remitirse a un mero papel catalizador.

La Ley 906 de 2004 define la Mediación como:

“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”.

De lo anterior se puede determinar que es un Procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos, que puedan brotar entre miembros de una familia o grupo convencional, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin cabida de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto. Podríamos decir, entonces, que la Mediación es un procedimiento organizado y flexible que, con la intervención de un profesional especializado (servidor público o particular) imparcial, favorece las circunstancias para que los participantes en un conflicto, que acuden de manera voluntaria, trabajen de forma cooperativa en el aprendizaje de nuevas formas de comunicación mediante

reuniones para el diálogo respetuoso que les ayude a mejorar la relación, identificar intereses comunes, utilizar los recursos disponibles y superar los obstáculos.

### **1.3 Las partes dentro de la Justicia Restaurativa en el proceso penal.**

Para analizar el esquema, se debe tener en cuenta las partes que protagonizan la justicia restaurativa, es necesario la intervención de la víctima como el imputado, acusado o condenado actúan de común acuerdo en busca de un resultado restaurativo. Entonces tenemos como partes dentro del programa; la víctima, que en palabras de Rodríguez Manzanera,

Víctima es el individuo o grupo que padece un daño por acción u omisión propia o ajena o por caso fortuito... toda persona física o moral que sufre un daño por causa de una conducta antijurídica, típica y culpable. (Rodríguez, 1981)

Según el decálogo de principios fundamentales adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, se entenderá como

Víctima, aquellas personas que hayan sufrido daños. Inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera, menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribiera el abuso de poder.

El artículo 132 de la ley 906 de 2004 define a las víctimas señalando, “Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”. De acuerdo con la norma entendemos que víctima es aquella persona natural o jurídica o de cualquier sujeto de derechos que de manera individual o colectiva haya sufrido un

daño como consecuencia de un delito. Por la cualificación anterior la víctima de manera voluntaria puede acceder a la Justicia Restaurativa.

Además, la calidad de víctima debe ser reconocido a través de demostrar el perjuicio directo, es decir el daño sufrido como consecuencia de un injusto, sin embargo, para el proceso penal no se considera víctima aquella persona que no se le haya percibido un injusto indirecto, pero esto no quiere decir que no se puede alegar sus derechos y reclamar por los daños que le fueron ocasionados por el delito.

El momento de reconocer la calidad de víctima lo consagra el artículo 340 de la ley 896 de 2004, es en la audiencia de formulación de acusación, pero esto no es un límite al acceso de la justicia de la víctima, pues también se puede ejercer el derecho desde la investigación hasta antes de la formulación de la acusación.

La participación de victimario se puede dar en cualquier etapa del proceso, es decir se puede acceder a la justicia restaurativa ya sea como acusado, imputado o en efecto condenado, es decir que apenas se ha producido su vinculación procesal a través de la formulación de la imputación, (artículo 286 de C.P.P); como acusado previa entrega del escrito de acusación (artículo 338 ss del C.P.P) y como sentenciado, en tal virtud adquiere la calidad de condenado al cual se refiere el artículo 518 de la ley 906 de 2004.

## Capítulo 2. La Familia como Núcleo Esencial de la Sociedad

Para Jean-Jacques Rousseau “la más antigua de todas las sociedades y la única natural es la familia” (Rousseau, 1962) La Validez y relevancia Constitucional que tiene la familia lo otorga el artículo 42 de la Carta Política, donde dispone “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” es decir la democracia más pequeña de la sociedad, donde aprendemos a desarrollar el ser y vivir en unidad y armonía, lo que exige que el Estado deba brindar la protección que se requiera para mantener esa cohesión, e incluso fortalecerla en pro del beneficio de los miembros especialmente la de los niños.

Antes de iniciar con la Violencia Intrafamiliar, veremos a grandes rasgos las diferentes etapas o periodos en los que se manifiesta la naturaleza, progreso y estructura de la familia; acercándonos un poco, aunque improbable poder ubicar el momento exacto de su origen, dado que no existen fuentes concretas que lo señalen. Al borde de la importancia de la determinación precisa del lugar y período del surgimiento de la familia, nos interesa esencialmente, con base en los datos históricos existentes, identificar su formación original así como los cambios de representación integral y conceptual que ha experimentado en el curso de su evolución natural e institucional, pues a final de cuentas se puede concluir inicialmente que el hombre se ha asociado en diversas formas tomando en cuenta el momento histórico de que se trata, pero la constante, resulta incuestionable, es su sentido gregario.

Por ende, la investigación del origen y de la evolución de la familia, nos remite, necesariamente, al conocimiento de los albores de la humanidad.

## **2.1 Evolución histórica de la Familia.**

Para referirnos a la familia podemos citar a Friedrich Engels, en su obra el origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Menciona en su obra que la aparición del ser humano se originó en el Continente Americano, en la época Prehistórica y afirma que Lewis Henry Morgan, en su trabajo la Sociedad Antigua, fue el primero que introdujo un orden preciso en la clasificación de las tres épocas principales que la conforman: “salvajismo, barbarie y civilización”, que aún y cuando sólo se ocupa de las dos primeras y del paso a la tercera, subdividió aquéllas, en los estadios inferior, medio y superior.

En esta obra asocia cada época a un estadio, es así que el salvajismo en un estadio inferior cuyas características eran muy primitivas, pues permanecían en los arboles como mecanismos de defensa ante depredadores salvaje, su sustento lo derivaban de la recolección de frutas y nueces, pasando al estadio medio, las características de este escenario fue el consumo del pescado y el fuego, con esta invención les trajo consigo mayor independencia frente al clima y lugares, pues seguían el curso de los ríos, eran nómadas. En este estadio los seres humanos primitivos se organizaban en familias para la cacería.

En el estadio superior, dejan atrás las herramientas forjadas en piedra y dan paso a la utilización del arco y la flecha, sería los instrumentos adecuados para su cacería, en este escenario su avance llega hasta su producción de elementos de subsistencia, como vasijas y trabajo en madera, en este periodo se organizan mejor en sociedad, se forjaba familias nucleares, se tiene como los primeros indicios de organización social, aunque débil.

De lo anterior se puede decir que efectivamente en la fase del salvajismo sería los inicios de la existencia del ser humano, en la obra cada una de ellas tiene un desarrollo en un estadio inferior, medio y superior, si bien en la barbarie se puede decir que en cada estadio sería inicialmente la arcilla, vasijas, cestas y el fuego, seguido avanzan a la domesticación de animales y cultivos de hortalizas por medio de riego, en el estadio superior de esta fase inicia con la fundición del hierro marcando el paso a la civilización.

En el anterior periodo el hombre muestra dotes de inteligencia y destreza, en la fase de civilización contiene los mismos tres estadios, comienza con la escritura alfabética, que pertenece a los griegos, perfeccionan instrumento de fundición de hierro como los fuele de la fragua y molinos de brazo, continua su evolución con la carreta, producción de armas para su defensa de animales depredadores, mejoran la agricultura y empieza el arado, ganadería y el sentido de la propiedad de las cosas, se propicia la industria.

Si bien queríamos darle una breve introducción a la familia en su forma primitiva y perfeccionamiento a través de la obra que al inicio se mencionó, sin embargo, para efectos de la monografía damos un salto a la evolución moderna de la familia.

## **2.2 Contexto contemporáneo del concepto familia.**

Si bien para dar este salto, hay que recordar los antecedentes primitivos de las familias, consanguínea, punalúa, sindiásmica y monogámica, cada una con sus características, pero nos referiremos a la familia monogámica.

Si bien cada una de ellas tienen una transición que enmarca el final de una y el comienzo de la otra, para la monogámica, su transición se dio por cuestiones económicas principalmente,



también se enmarca a la par es el sentido de propiedad privada sobre el ganado, los objetos que elaboraban y productos derivados de la agricultura, convirtiéndose en el patrimonio de la familia.

Si bien el hombre era el que ejercía el poder, por ser el poseedor de los bienes antes relacionados, lo ejercía al imponer la supremacía ante la mujer y se consideraba el jefe de la familia. Si bien el producto del esfuerzo se convertiría en la riqueza de la familia, sin embargo, en este escenario el tema de sucesiones se daba no por descendientes consanguíneos, probablemente por costumbre, pues la descendencia solo se contaba por línea femenina, es decir los bienes pasaban a los parientes más cercanos por línea materna, aclarando que sus hijos pertenecían a la madre.

Sin embargo, dentro de la evolución misma de la familia, el hombre adoptó los descendientes masculinos, los cuales permanecían en la gens, excluyendo los de un miembro femenino, quedando abolida la descendencia de la línea materna, dando paso a la familia patriarcal, con un pater familia que ejerce potestad sobre toda la gens, la cual se conforma por sus descendientes, su esposa, las esposas de sus hijos y los esclavos, sobre quienes ejercía un dominio absoluto.

Esta forma de familia fue la transición de la familia sindiásmica a la familia monogámica, con el objeto de asegurar la fidelidad de la mujer y por consiguiente la paternidad de sus hijos. A partir de esta forma de familia la mujer no goza de ningún derecho o libertad fundamental que hoy conocemos, es utilizada como objeto de procreación, es así que la autoridad absoluta recae sobre el hombre y somete a la familia como signo de autoridad.

Este periodo es considerado como poderío del varón, si bien esta fase denominada monogamia, ha surgido a la par con la poligamia, solo que esta última era un privilegio de los nobles o ricos. Como institución la monogamia se origina en los helenos, después en los romanos y fue adoptada como una cláusula inmodificable por los cristianos como oposición a las demás religiones.

Las religiones son las que le ha dado estructura a la forma de organización de la familia, de tal manera vemos como fueron las instituciones de la filiación, el matrimonio y la patria potestad, se regulo fue a través de tabúes históricos como, el incesto, la creencia, donde todos nacemos de un antepasado común. Fue de esta manera que se regulo la prohibición de matrimonio entre hermanos y dio comienzo a celebrar entre hombre y mujeres pertenecientes a diferentes grupos.

En el contexto contemporáneo vemos que la familia es considerada como núcleo esencial de la sociedad, artículo 42 de la Constitución Política de Colombia dispone: “La unión libre y voluntaria de cada uno de ellos que desean formar familia”, en ese sentido se cimientan en una ayuda recíproca, derivando en un patrimonio común, por el aporte que cada uno haga dentro de ese núcleo en aras de suplir las necesidades que surgen de la conformación”.

Si bien es el derecho que logra otorgarle una igualdad jurídica a la mujer, dejando atrás todo ese pasado oscuro de sumisión, es así que hoy en día en todos los países adoptaron la sucesión legítima. Esta época temporal ha logrado equiparar a la mujer con los mismos derechos y libertades fundamentales que gozan el hombre. Derecho a heredar, de propiedad, de celebración de contratos, derechos laborales; práctica el comercio y tiene acceso a la educación en igualdad de circunstancias.

En la Constitución Política de 1991, el ordenamiento jurídico interno ha logrado materializar la igualdad entre el hombre y la mujer; se reconoce el concubinato como fuente de derechos y obligaciones entre la pareja y los hijos de ambos; en la familia cada vez es más reducido el número de sus integrantes y los cónyuges comparten en igualdad de circunstancias los deberes de manutención, educación y cuidado de los hijos; se reduce al extremo el antiguo derecho de corrección sobre los menores, al grado de que el derecho punitivo castiga cualquier exceso de violencia entre familiares.

Si bien la familia monogámica ha desaparecido y ha mutado a una forma de familia diversa, conformada por un matrimonio de constitución voluntaria, fundado en la relación afectiva de los cónyuges y no sólo en la procreación; se reconocen las parejas homosexuales, se hace patente el reconocimiento de los padres del deber de proporcionar cariño, protección y cuidado a los hijos, compartiendo la responsabilidad de manutención; los hijos gozan de libertad e independencia; esta transformación es el reflejo de la lucha constante por el reconocimiento de valores como igualdad, libertad y equidad de género, que a la par se ha permeado de factores como tecnología, globalización, autoconsumo entre otros, conllevando a una forma estructural de familia totalmente diferente a la monogámica.

### **2.3 Concepto de familia en sentido nuclear.**

El concepto ha sufrido cambios estructurales, como se puede evidenciar en los párrafos anteriores, dicha evolución se ha debido a factores geográficos, económicos, sociales, culturales, religiosos y políticos.

Aristóteles la definió como:

“una convivencia querida por la naturaleza misma para los efectos de la vida cotidiana”, o sea para los actos que día por día realiza el hombre con el objeto de conservar la vida” (Aristoteles, 384, pág. 25).

Ahora bien, en atención al vocablo es dable mencionar que la palabra familia es de origen latino; este vocablo apareció en Roma como derivado de famulus, que significaba “servidor”, o los que moran con el señor de la casa, pero no se aplicaba a lo que nosotros entendemos habitualmente por este término (Gomez, 2004, págs. 9-13). Pero el concepto de familia en esa época era muy amplio, en este sentido, se pasa a llamar familia a todas las personas, sean libres o esclavas, que habitan dentro de la misma casa o familia (Amunátegui, 2011, pág. 33), Debido a factores, culturales, económicas, religiosas y sociales, incidieron en la reducción en la estructura de familia, podemos decir que el consanguíneo, la abolición de la esclavitud, el catolicismo y el derecho, fueron otros factores que llevaron a la reducción de la misma.

Hoy en día podemos evidenciar familias monoparentales, donde no hace falta tener dos progenitores, es de donde comúnmente llamamos madres cabeza de familia y en muchos de los casos es una mujer, en zonas rurales, por ejemplo, donde la cabeza de hogar es la abuela que ha asumido la custodia o la crianza de sus nietos (Gonzalez, 2009, págs. 381-389).

La familia colombiana construida con una fuerte influencia patriarcal, marcado por jerarquía del varón como autoridad dentro del grupo, si bien esa forma repetitiva de estructura familiar en la historia se arraigó por mucho tiempo en Colombia, solo que a través del contexto histórico nadie lo ha asumido, solo el deber de romper el paradigma y entender la época en la cual nos encontramos, podemos manifestar que es allí donde se puede o no repudiar la autoridad absoluta y arbitraria dentro de la familia nuclear, en palabra de dominación ha creado sujetos que han aprendido principalmente desde temprana edad a ser pasivos y a ser formados desde lo

externo, un sujeto que ha aprendido a temer a equivocarse y a temer caer fuera del sistema estandarizado de personas que procura la sociedad y el sistema que se instaura desde la familia pero que se fortalece y se estructura desde el aula conservándolo en un sistema reproductivo (Foucault, 2002)

Inicialmente el artículo 42 superior nos da un concepto de familia, “Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Para la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, observa la finalidad del artículo 42 la cual va encaminada a la protección de la familia conformada bajo las características descritas, pero que hacer con aquellas formas de familias que no encuadran dentro de la estructura, pues bien la Constitución no las menciona, no implica que se esté prohibiendo la regulación sobre este asunto sobre todo si se tiene en cuenta que hacen parte de esta sociedad y requieren de una protección puesto que son familia no como la tradicional y están bajo un estado social de derecho en el cual tienen los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro vínculo jurídico existente (Sentencia C 577 de 2011).

#### **2.4 La evolución de la familia en la jurisprudencia colombiana.**

Como ya se ha expuesto el artículo 42 define a la familia como núcleo esencial de la sociedad, donde se infiere que se encuentra protegida constitucionalmente, legalmente y es la institución más importante dentro de la sociedad, esto se puede ver en el artículo 5 superior donde el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara la familia como institución básica de la sociedad.

Teniendo en cuenta los factores que han logrado reestructurar a la forma de familia, se puede inferir que es un grupo que hace parte de una sociedad, que prestan ayuda mutua y sustento para quienes hacen parte de ella, con una libre y voluntaria libertad sexual y reproductiva. Si bien este concepto guarda coherencia constitucional, lo ha adoptado la Ley 750 del 2002 que protege a la mujer cabeza de familia en caso de cometer una conducta ilícita, por ser sujeto cualificado constitucionalmente se le otorga casa subrogados penales puesto que prevalece la conformación de la familia.

En ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-075/07 en la cual el principal problema radicaba en que las parejas del mismo sexo no tenían derecho al patrimonio de su pareja ni a los beneficios y protección que se les otorgaba a las Uniones Maritales de Hecho entre parejas heterosexuales cuando se trataba del régimen patrimonial, situación que mediante fallo se resolvió y que actualmente gozan de protección declarando exequible la ley 54 de 1990 y modificando la ley 979 de 2005 en el entendido que dicha protección de las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial abarca también a las parejas del mismo sexo (Sentencia C 075 de 2007).

Por otro lado, la corporación declara la exequibilidad del artículo 163 de la ley 100 de 1993. Resolvió el déficit de protección que tenía las parejas del mismo sexo, frente a la afiliación del conyugue o compañero permanente al régimen contributivo al no poder vincularlo al régimen de seguridad social, quedando desprotegido y sin beneficios por no tener calidad de beneficiaria, por lo tanto, extendió el alcance a las parejas del mismo sexo (C 811, 2001). Así la sentencia C-336/08 en la cual hizo referencia a varias expresiones como “compañero o compañera permanente”, contenidas en los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993 y a su vez la

ley 797 de 2003 y gracias a esta modificación las parejas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes siempre y cuando cumplan con los requisitos necesarios vigentes para las parejas heterosexuales ( Sentencia C 336 de 2008, 2008).

En sendas sentencias la Corte Constitucional ha logrado dar estructura a la familia por fuera de aquella que se concebía como tradicional, es así que a través la sentencia C- 283/11 se declaró la exequibilidad de varios artículos del Código Civil en los cuales se regulan la porción conyugal ampliando el derecho de esta a el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo ( Sentencia C- 283 de 2011, 2011); por otro lado la sentencia C-798/08 abordo el delito de inasistencia alimentaria declarando inexecutable la expresión 'únicamente' ya que limitaba que el delito solo podía ser cometido por el hombre y la mujer pertenecientes a la Unión Marital de Hecho, por eso la corte explico que compañero y compañera hacen alusión a las parejas del mismo sexo (Sentencia C 798 de 2008, 2008).

De esta manera vemos que la forma de estructura contemporáneos y nuclear de la familia se ha transformado, de esa manera, sea cual fuere su forma el Estado tienen el mandamiento constitucional de protegerla. De esta forma la familia se establece alrededor del parentesco, vínculo de sangre o civil, ya sea que lo hagan a través del matrimonio o por voluntad responsable de conformarla, donde sea agregan los hijos del matrimonio o los reconocidos si fuese nacidos por fuera de él. En otras palabras, es el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

De esta manera podemos extraer cuales son las fuentes generadoras de la familia, el matrimonio, el concubinato, la filiación, las sociedades de convivencia y la adopción, mismas

que impone deberes y otorga derechos, pues en la constitución deja abierta las posibilidades de conformarla por la voluntad responsable.

## **2.5 Violencia intrafamiliar.**

Para delimitar el tema a desarrollar es oportuno diferenciarlo de la violencia de género. Como se ha definido con anterioridad el concepto de familia nuclear y sus fuentes, queda más fácil lograr llegar a un concepto preciso.

Entonces vemos como la familia es una agrupación social, originada por las fuentes de matrimonio, el concubinato, la filiación, las sociedades de convivencia y la adopción, que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos, además suelen vivir en un mismo hogar y compartir la vida cotidiana.

La violencia por su parte es aquello ejecutado con fuerza o que se lleva a cabo contra la voluntad de otra persona, es decir se presenta una relación abusiva de poder entre al menos dos de sus integrantes, ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia psicológica.

Para lograr determinar el concepto de cada una de las modalidades, se puede determinar que la violencia física es la que se da cuando se está cometiendo la conducta punible, el victimario sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros. Frente a la violencia psicológica, en cambio, consiste en todos aquellos actos que conducen a degradar o controlar, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas.



Según el Código Penal prevé en su artículo 229 que incurre en violencia intrafamiliar “el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.

Si bien la norma no nos proporciona unos criterios descriptivos para determinar cuándo se genera tal conducta, a través de lo hasta aquí expuesto podemos determinar cuatro elementos descriptivos para que se configure el delito, i) el ámbito en el que se desarrolla la conducta es el grupo familiar, el cual como hemos visto, puede ir más allá del concepto tradicional; ii) se trata de ejercicio de poder, esto es, la intención del agresor no se dirige a dañar sino a someter o subyugar; iii) supone una relación asimétrica, en la que uno es más débil o vulnerable que el otro; iv) el comportamiento agresivo es sistemático, no aislado o excepcional.

Frente a las causas que generan esta conducta, podemos traer brevemente algunas que han sido analizadas. Para empezar este fenómeno no es exclusivo de estratos menores, se da en todos los estratos sociales. La Organización Mundial de la Salud en el 2002, involucra factores de riesgo como el stress social y a la vez incluye la secuencia de vidas sufridas, pues esto al día de hoy son instrumentos que ayudan a determinar algunas causas. Pero no es suficiente, teniendo en cuenta que existen factores como el alcoholismo, el consumo de sustancias psicoactivas, dependencia económica entre otros. Para efectos de la monografía es de vital importancia analizar el caso en particular para lograr vincular al programa de justicia restaurativa a victimario atendiendo los factores que están causando que se configure la conducta punible y poder resocializarlo.

Estos factores pueden incidir en lograr determinar la causa que está generando ese comportamiento, que a través de un profesional especializado pueda en su momento encausarlo para así evitar continuar configurándose el delito.

El contexto histórico del surgimiento de la familia nos ayuda a inferir que cuando se está cometiendo el injusto se evidencia una real estructura jerárquica inamovible a partir de creencias sobre desigualdad natural. Otro factor que se puede evidenciar a través de cómo surge la familia, se puede afirmar que la dependencia y falta de diferenciación de sus miembros hace que se configure la violencia intrafamiliar.

Hay muchos factores que pueden incidir, sin embargo, podemos también adoptar otro factor común que es la distorsión comunicativa acerca del significado de los actos violentos, de manera que se les presenta como legítimos y positivos para los miembros del grupo familiar, esto se expuso en el aparte del concepto de familia nuclear.

Para materializar la diferenciación que expusimos al inicio de este subtítulo, podemos determinar la subordinación o asimetría que se da dentro de la familia, sería un factor que logra diferenciarlo de la violencia de género, así como el ámbito de aplicación, sería otro factor de diferenciación. Por su parte la violencia de género se utiliza para denotar cualquier acto de agresión dirigido a mujeres por su condición de mujer o pertenencia al género femenino, además del elemento subjetivo de causar daño físico o psicológico.

Cabe resaltar que la conducta punible de violencia intrafamiliar es un delito que trasciende las fronteras del ordenamiento jurídico interno, dando cabida a un análisis inicialmente convencional, donde exige respuesta contundente en contrarrestarlo, en tanto el derecho

internacional lo identifica como una grave afectación y vulneración de los derechos humanos, de manera particular de las mujeres y los menores de edad (niñas y niño).

Los preceptos legales domésticos de los Estados que lo adoptaron a través de tratados internacionales ratificados por cada uno de ellos, en materia de derechos humanos, incorporan disposiciones con incidencia directa o indirecta en la prohibición de la violencia familiar, añaden más posibilidades a las víctimas de defenderse y superar las dificultades que puedan estarlos atormentando.

En este sentido, cabe también advertir que las respuestas del orden jurídico internacional no son aisladas entre sí, ni tampoco discordantes. Es decir, nos encontramos ante un fenómeno de relevancia insoslayable que, aún originándose en el ámbito interno de los Estados, genera repercusiones en la dimensión externa y, más aun, desarrolla una instrumentación específica, a través de las obligaciones internacionales que se derivan de las normas convencionales intergubernamentales, cuyo despliegue interno en el ordenamiento jurídico estatal ha venido a conformar un verdadero corpus en esta materia.

La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la ley 16 de 1972. En artículo 17 nos expresa la protección a la familia, dispone un mandato convencional de protección por parte de la sociedad y el Estado (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental. Sobre

dicha obligación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Comentario General No. 14 estableció que la violencia doméstica coarta el derecho al más alto nivel posible de salud (Comite de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 2000).

### Capítulo 3. Análisis sistémico de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa comienza a implementarse a mediados de los años setenta, debido a los complejos problemas que presentaba la justicia retributiva, sin embargo, no son excluyentes estos programas, sino más bien se complementan el uno con el otro. Es así que la justicia retributiva, se estructura sobre el individuo aislado, el cual por el miedo que le causa morir en forma violenta se asocia con los demás individuos, celebra un contrato social, construye la sociedad civil y afronta el castigo como restitución del daño causado al pacto social.

Por otro lado, la justicia restaurativa, parte de un presupuesto distinto, ya que considera que el hombre por naturaleza es social, como lo advirtió Aristóteles, lo cual a Hegel le sirvió para decir, que la lucha social no debía fundarse únicamente en la auto conservación y en la defensa de los intereses egoístas como se explica en la retributiva, sino que el conflicto nace muchas veces del sentimientos morales de injusticia, experiencias de menosprecio o falta de reconocimiento (Patiño, 2007, pág. 18)

El complemento que se hace una de la otra se enmarca en el contexto de reconocer los intereses de la comunidad como escenario acogedor de la víctima y el victimario que propicie la reintegración, la reconciliación, la comunicación y la reparación individual y colectiva, en el entendido que se aplica al acusado, imputado o sentenciado.

La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas más que en castigar a los delincuentes; es entendida como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de un delito, resuelven colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del

delito y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan necesariamente: las víctimas, los victimarios y la comunidad así lo dispone el artículo 518 del C.P.P

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de tutela de 7 de diciembre de 2005. Proceso 23322. La corte reitera la posición de la Corte Constitucional en la sentencia C- 655 de 2005, donde a partir del supuesto de hecho del pago de la multa, puede acceder a la libertad condicional, sin embargo, existe una excepción a este supuesto de hecho en aquellas situaciones donde se pruebe la incapacidad económica. En ese sentido la corporación precisa que no puede en manera alguna confundirse una sanción pecuniaria accesoria, cuyo destinatario es el tesoro público, con el resarcimiento de los daños morales y/o materiales sufridos por las víctimas como consecuencia de la perpetración del delito.

La protección a las víctimas y la justicia restaurativa tiene anclaje en la Constitución Política de Colombia artículos 7, 13, 29, 229, 250 así como los tratados internacionales que ingresan por el Bloque de Constitucionalidad artículo 93 superior. Particularmente, respecto del deber de reparar a las víctimas, derivado del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por las Naciones Unidas en 1966, en la Observación General No 31 de mayo 26 de 2004, efectuada por el Comité de Derechos Humanos.

La Sala Plena de la Corporación, al estudiar la constitucionalidad de los Artículos 135 y 357 de la Ley 906 de 2004, en la Sentencia C-454 de 2006 como magistrado ponente el doctor Jaime Córdoba Triviño recopiló la evolución jurisprudencial pertinente a los derechos de las víctimas al interior del proceso penal y preciso para efectos de la investigación los siguiente.

(...) i) Que la Justicia Restaurativa, se puede definir como una respuesta sistemática frente al delito, que enfatiza la sanación de las heridas causadas o reveladas por el mismo en víctimas, delincuentes y comunidades; ii) que las prácticas y programas que reflejan propósitos restauradores, deben estar encaminadas a la Identificación de víctimas y victimarios, así como a la reparación del daño causado; iii) que involucrando a todas las partes interesadas, se debe procurar transformar las relaciones tradicionales entre las comunidades y sus gobiernos; iv) y, que los programas implementados para su ejecución, entre otros elementos indispensables, deben incluir: mediación entre víctimas y victimarios, reuniones de restauración, asistencia a las víctimas, asistencia a ex victimarios, restitución y servicio a la comunidad (Sentencia C 454 de 2006, 2006).

La justicia restaurativa es una opción para obtener prontamente la reparación y justicia de la víctima, pues desde el propio preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991, busca potencial la paz, la justicia y la convivencia armónica de los colombianos, esto se infiere razonablemente del preámbulo cuando dispone:

“(...) con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo” (Constitucion Politica de Colombia, 1991).

Posteriormente cuando la constitución se ocupa de la estructura del Estado, precisamente en el título V capítulo I, les otorga a los particulares la potestad de ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. En ese sentido el artículo 247 superior, consagra la opción de crear jueces de paz para dirimir en equidad, conflictos individuales y comunitarios.

En apartados anteriores nos referimos a la reforma del artículo 250 superior mediante el acto legislativo 03 de 2002, el constituyente secundario en el numeral 7º, le asignó a la fiscalía entre otras funciones “Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”. En la ley 906 de 2004 la justicia

restaurativa es concebido como todo un proceso en el cual la víctima por una parte y por la otra el acusado, imputado o sentenciado procuran llegar a un resultado restaurativo, según lo previsto en el artículo 518 se entiende como resultado restaurativo:

“el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad” (Ley 906 de 2004).

Es de acotar que lo que se desea obtener es la participación de las partes en llegar de manera voluntaria a un acuerdo, comenzando por el reconocimiento de culpabilidad por parte del victimario en procura de su reinserción en la sociedad, sin dejar de lado la reparación de los efectos generados por el injusto en la víctima.

De lo anterior se precisa que, la justicia restaurativa compone dos elementos que confluyen, el programa de justicia restaurativa conlleva a un resultado restaurativo, pero al mismo tiempo nos deja inferir razonablemente que no se puede iniciar sin la participación activa de la víctima y el victimario. Adicional se debe tener en cuenta, prima facie la voluntad libre y espontánea de la víctima, pues de nada sirve que se inicie con un proceso de justicia restaurativa que por el constreñimiento que en algún momento pueda ejercer el victimario.

En ese sentido, es claro que hoy en día la Justicia Restaurativa es una filosofía que apunta a la sabiduría de saber buscar la solución de los conflictos naturales de la vida en sociedad, mediante el lenguaje como medio para entendernos. Por ese motivo, va más allá de la dimensión curativa rehabilitadora y preventiva, para remontarse a la cultura y cambiarla.



### **3.1 Principios de la Justicia Restaurativa.**

Hay que ver que la Justicia Restaurativa contemporánea es un programa mucho más ambicioso, es decir es un cambio de paradigma de ver y responder al comportamiento criminal, y de cómo relacionar a quienes cometen la conducta desviada y la víctima. Se debe ver como un programa que trasciende de la simple solución de conflictos judiciales y se da paso a un mecanismo de respuesta a la deuda que tiene el Estado frente a la resocialización del infractor de la ley.

La falta de entendimiento del programa por los operadores judiciales genera escepticismo, y a veces lo confunden con un premio, derivado de los criterios de oportunidad, para dar paso a quien cometió un delito apele a una sustitución de la medida. Este paradigma hay que cambiarlo, pues en un Estado Social de Derecho democrático, desde una interpretación sistémica y finalista, promueve la paz social y en consecuencia armoniza las relaciones que fueros resquebrajadas por la conducta criminal.

Entonces el programa de justicia restaurativa a través de la solución auto compositiva de los daños padecidos por la víctima y consecuentemente de las responsabilidades del infractor, sumado la comunidad frente a las necesidades y compromisos que ellas exigen, puede lograr promover la resocialización de delincuente, de tal manera que se logre una convivencia pacífica material dentro del seno familiar.

Los principios se logran extraerse de la misma carta política, así como de la ley 906 de 2004, en ese sentido se puede inferir del artículo 519 del C.P.P. dispone los principios generales entre ellos:

Principio de Voluntariedad. Hace referencia que el consentimiento de la víctima como el victimario sea libre y voluntario respecto de la participación del programa de justicia restaurativa, así mismo tal consentimiento se puede revocar en cualquier momento si alguna de las partes decide no continuar.

Principio de razonabilidad y proporcionalidad en los acuerdos. Frente a la razonabilidad como principio que debe superar el acuerdo, es que se respete los criterios de racionalidad, que encuentre fundamentos en fuentes jurídicas y supere el criterio de lógica impecable de tal manera que al valorarlos por la comunidad lo vea como una decisión objetiva o aceptado por esta. Frente a la proporcionalidad esta va más ligada hacia el juicio de reproche, pues este debe guardar coherencia con el preámbulo y los derechos fundamentales al adoptar una medida aplicable al victimario acorde al resultado restaurativo. Sin embargo, en este principio es necesario que el facilitador domine el conocimiento de sistemas de justicia retributivo, resocializador y restaurativo. Además, debe ser capaz de realizar un manejo eficaz de los procesos y conocer los valores de los bienes jurídicos que tutelan las figuras delictivas, con el objeto de entender la magnitud del daño cuya consumación ocasiona, tanto a las víctimas como a la comunidad.

Principio de confidencialidad. Implica que todo lo que se discuta y se hable será mantenido en el proceso y no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. Este principio es de suma importancia porque permite a las partes abrirse al proceso y poder llevarlo con la tranquilidad al haber represalias.

Principio de responsabilidad. Frente al incumplimiento de la parte acusada, imputada o sentenciada, no se puede tomar como prueba para fundamentar la condena o agravar la pena, pues lo que se desea es que durante el proceso es vital que la parte asuma responsabilidad por lo

que sucedió, pero, no se debe tenerse en cuenta tal adjudicación por cuanto siempre prevalece el principio de presunción de inocencia.

Principio de imparcialidad. El facilitador debe ser imparcial frente al consenso que ha de llegar las partes si así lo desean, pues debe estar a cargo de llevar a cabo una correcta guía y manejo de facilitación de la comunicación que deberá existir entre las partes.

Principio de respeto. Estará a cargo del facilitador donde debe conducir de manera imparcial a las partes en lograr un consenso satisfactorio y que no contemple la venganza, las ganas de lastimar, herir o hacer daño a la otra parte.

Principio de asesoría legal. Las partes dentro del proceso pueden consultar a un abogado de confianza o defensoría pública, de tal manera que los oriente frente al acuerdo que se desea llegar o en la decisión de continuar o abandonar el proceso.

Estos principios que rigen al programa de justicia restaurativa tienden a protegerlo en el sentido que se evita constituirse graves e indebidas consecuencias para quienes hagan parte del este proceso, principalmente para el victimario, donde se adopte cualquier declaración para fundar por parte del ente acusador su teoría del caso y persuadir al juez para una condena.

Entonces los principios rectores dan seguridad a las partes, especialmente al victimario que gozaran de protección legal, teniendo en cuenta que la participación en el programa es libre y voluntaria, dejando claro que la responsabilidad que dentro de este escenario asuma no constituye prueba que pueda ser utilizada en su contra en otros procedimientos jurídicos, porque se desea es lograr resultados restaurativos mas no la culpabilidad del acusado, imputado o sentenciado.

Si bien el facilitador, la ley no lo impone como condición para la legalidad del procedimiento o para su validez de los acuerdos alcanzados, según lo preceptuado en el artículo 518 de la ley 906 de 2004. “*con o sin participación de un facilitador*”. Sin embargo, en el evento que se adelante el procedimiento con ayuda de un facilitador, este tendrá que regirse por los principios que gobiernan el programa, entre esos ser imparcial y velar por el respeto mutuo.

### **3.2 Víctima como intervinientes especial.**

Inicialmente se adopta el concepto de víctima a la luz de conjunto de principios y directrices básicas de la ONU sobre el derecho de las víctimas, en ese documento manifiesta que es víctima (ONU, Resolución 35, 2005):

“toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario (...)”

La Corte Constitucional le ha dado un amplio reconocimiento a los derechos de las víctimas y todo con fundamentos en los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229 y 250 de la Carta y en las normatividad que hace parte del bloque de constitucionalidad, en ese sentido se puede citar la sentencia C – 228 de 2002, magistrados ponentes los doctores Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, en esa sentencia hubo una aclaración de voto por el doctor Jaime Araujo Rentería. En este pronunciamiento la corporación estableció el alcance y la naturaleza compleja de los derechos de las víctimas y perjudicados con el hecho punible (Sentencia C 228 de 2002).

En ese sentido la Corte en la sentencia C-209 de 2007, magistrado proponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa, expresa que la víctima tiene capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso, bajo las siguientes reglas que han sido reiteradas en múltiples oportunidades:

“(i) del papel asignado a otros participantes, en particular al Fiscal; (ii) del rol que le reconoce la propia Constitución a la víctima; (iii) del lugar donde ha previsto su participación; (iv) de las características de cada una de las etapas del proceso penal; y (v) del impacto que esa participación tenga tanto para los derechos de la víctima como para la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio” ( Sentencia C- 209 de 2007, 2007)

Según los principios de garantía de los derechos de las víctimas contenidos en los artículos 11, ordinal h), y 137, numerales 3o y 5o, de la ley 906 de 2004, la víctima puede intervenir en el proceso, sea directamente o mediante su representante, abogado designado por la oficina de protección a las víctimas de la Fiscalía General de la Nación, abogado de oficio, o estudiante de Consultorio Jurídico de Universidad debidamente reconocida por el estado.

Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en la sentencia C – 209 de 2007 y expreso “el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, creado por el Acto Legislativo 03 de 2002”, de lo cual se deriva que su intervención se debe ajustar al nuevo sistema penal acusatorio a lo largo del proceso de acuerdo a las reglas, previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de los derechos constitucionales.

En consecuencia, se desarrolla como interviniente especial, los derechos de las victimas La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacifica frente a reconocer la participación de la víctima en el proceso penal, es así que en la etapa de la investigación, la víctima puede

solicitar la práctica de pruebas anticipada, ante el juez de control de garantías, a esa conclusión luego después de revisar la constitucionalidad del numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo también se le permite a la víctima estar presente en la audiencia de formulación de imputación, según artículo 289 de la ley 906 de 2004. En ese sentido la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente artículo 306, 316 y 342 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación al principio de oportunidad por parte del fiscal, artículo 327 del C.P.P. En materia de preclusión, la víctima puede intervenir y oponerse allegando o solicitando elementos materiales probatorios y evidencia física que lo fundamenten.

En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades

Frente a la etapa de juicio, la Corte Constitucional considera que no es posible que la víctima intervenga para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa, habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal, ésta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente. Cualquier intervención se debe canalizar a través del fiscal.

### **3.3 De la remisión a la justicia restaurativa.**

Las condiciones para la remisión al Programa de Justicia Restaurativa fueron establecidas por el artículo 520 de la Ley 906 de 2004, que reza: Artículo 520. “Condiciones para la remisión a los programas de justicia Restaurativa”. El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá: i) Informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión. ii) Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.

En ese sentido existen los mecanismos de Justicia Restaurativa, fueron previstos en el artículo 521 de la Ley 906 de 2004, que señala: Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación pre procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación. En cuanto al Incidente de Reparación integral, deberá tenerse en cuenta las Modificaciones realizadas en la Ley 1395 de 2010, que modificó la Ley 906 de 2004

Asimismo, en la mencionada ley existen instituciones procesales que facilitan la concreción de la aplicación de justicia restaurativa, como son los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía General de la Nación y el implicado y la ejecución del “Principio de Oportunidad”, están consagrados en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal.

En la sentencia C-507 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, la corte concluyo después de analizar la constitucionalidad del artículo 348 de la ley 906 de 2004, donde expresa la corporación, que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo

entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo.



## **Capítulo 4. Mediación como mecanismo de extinguir la acción penal o dosificar la pena.**

Después de hacer una presentación general con las ideas que justifican la investigación y centrar el tema con los capítulos anteriores, que han servido de punto de partida, en el siguiente apartado queremos repasar las aportaciones teóricas sobre Mediación y Violencia Intrafamiliar.

Como la Mediación para la reparación es un procedimiento informal, dentro de un proceso formal, es muy difícil definir todos los delitos que pueden entrar dentro del mecanismo de la Mediación dado que hay un control que es de los participantes. En ese orden de ideas la ley 575 de 2000 modifica parcialmente la ley 294 de 1994. De estas modificaciones vale la pena rescatar la competencia adjudicada al Juez de Paz y al Conciliador en Equidad, con el fin de obtener, con su mediación, que cese la violencia, maltrato o agresión o la evite si fuere inminente.

En este caso se citará inmediatamente al agresor a una audiencia de conciliación, la cual deberá celebrarse en el menor tiempo posible. Así mismo el Juez de Paz o el Conciliador en Equidad podrán, si las partes lo aceptan, requerir de instituciones o profesionales o personas calificadas para que generen asistencia al agresor, a las partes o al grupo familiar.

Ley 575 de 2000 sigue reconociendo el papel que tiene el agredido y su derecho en pedir una medida de protección, pero adiciona que llevar información sobre hechos de violencia intrafamiliar a las autoridades competentes es responsabilidad de la comunidad, de los vecinos y debe realizarse inmediatamente se identifique el caso, colocándose de manifiesto la importancia que tiene la comunidad en torno a la problemática de la violencia familiar.

De lo anterior se precisa, que en la anterior etapa se puede acudir siempre y cuando no se haya configurado la conducta punible de Violencia Intrafamiliar, solo se prevé para los eventos en que surja un conflicto familiar.

Ahora bien, al referirnos al delito de violencia intrafamiliar existe un componente jurídico penal y un componente personal. Ese elemento personal, unido a la realidad de la situación concreta y la capacidad de las personas y su voluntad, son criterios determinantes al momento de decidir si un conflicto es idóneo para entrar al circuito de la Mediación.

En ocasiones la Mediación ha ayudado a evitar, sustituir o suspender la pena pero esa no es su finalidad, se trata de que los involucrados sean protagonistas del momento que viven, se hagan conscientes y decidan reparar y prevenir.

En todo caso, ante la sospecha de desequilibrio de poner en tensión emocional se habrá de valorar la viabilidad y metodología tras la evaluación de la situación psicológica de los involucrados, En este contexto, según el artículo 522 del C.P.P., la conciliación irrumpe en el sistema procesal, en dos momentos, a saber: primero como requisito de procedibilidad, mediante la llamada conciliación pre procesal y segundo, en el incidente de reparación integral, como mecanismo de búsqueda amigable, de acuerdo preparatorio, una vez anunciado el sentido del fallo condenatorio.

En sentencia C-591 de 2000 la Corte Constitucional M. P. Clara Inés Vargas Hernández, estudio las características de la conciliación, de la siguiente manera;

(I) un instrumento de auto composición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes; (II) una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite

del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquel, que es la sentencia; (III) no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; (IV) es un mecanismo útil para la solución de conflictos, porque ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; (V) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; (VI) es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones; (VII) tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico; (VIII) es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador en varios aspectos, tales como: las autoridades o sujetos competentes para intervenir en la actividad de conciliación y las facultades de las cuales disponen; las clases o tipos de conciliación admisibles y los asuntos susceptibles de ser conciliados; las condiciones bajo las cuales se pueden presentar peticiones de conciliación; los trámites que deben sufrir dichas peticiones; la renuencia a intentarla y las consecuencias que se derivan de ello; la audiencia de conciliación, la formalización del acuerdo total o parcial entre las partes o la ausencia de éste y la documentación de lo actuado; (IX) No debe ser interpretada solamente como una manera de des- congestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que la afectan; (X) se trata de un mecanismo de stirpe democrática, en la medida en que genera espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal, en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social; (XI) se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia; (XII) puede ser judicial o extrajudicial; y (XIII) el legislador ha optado por regular en norma especial la conciliación en materia penal, dada la naturaleza de la acción penal, el tipo de conflictos que dan lugar a la investigación penal, las consecuencias frente al derecho y a la libertad personal que conlleva este tipo de responsabilidad y el interés público en ella involucrado, entre otros factores (Sentencia C - 591 de 2005, 2005).

El artículo 521 de la ley 906 de 2004 consagra los mecanismos de la justicia restaurativa, entre ellos la mediación. Tal figura jurídica consiste básicamente en la intervención de un tercero neutral que actúa como facilitador entre víctima y victimario, procurando un acuerdo que solucione el conflicto suscitado entre ellos. Dicho tercero puede ser, tanto un particular, como un

servidor público que actúa a partir del nombramiento que le hace el Fiscal General de la Nación o su delegado.

Ahora bien, es preciso señalar que la procedencia de la mediación, conforme lo señala el artículo 524 de la Ley 906 de 2004, se da sólo, en los siguientes casos:

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;

#### **4.1 Etapa procesal y naturaleza de delitos.**

El mecanismo de la mediación puede adelantarse desde la formulación de la imputación hasta antes del inicio del juicio oral, por cuanto ya iniciada la etapa de juicio desaparece la posibilidad de utilizar este procedimiento informal como mecanismo restaurador, en cuanto ya pasa a una etapa posterior donde se aplica otro mecanismo.

Hay que tener presente esta alternativa por cuanto ayuda a las partes a comprender sus respectivas posiciones dentro del núcleo familiar, alentándolos a encontrar la posición de cada uno de ellos. Lo más importante es que la utilización de la mediación ayuda a que se restaure el tejido familiar, mediante el reconocimiento y respeto de cada uno de sus integrantes, enfocándolos a los intereses reales de las partes en aras que ellos mismos aprendan a encontrar soluciones en el futuro.

La mediación como mecanismo estaría reservada inicialmente aquellos conductas punibles que sean perseguidas de oficio según lo preceptuado por el artículo 524 de la ley 906 de 2004, pero si se hace una revisión del artículo 522 de la misma ley, cuando fallido la etapa de conciliación en las conductas punibles queréllales, se continuara con la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si aplicado el mecanismo de mediación, que se logre resultados positivos, los efectos de las mismas pueden traducirse en consecuencia a la aplicación del principio de oportunidad, mediante la suspensión a prueba e incluso a la extinción de la acción penal, en el caso cuando procede indemnización integral a la víctima.

De lo anterior se infiere jurídicamente que el mecanismo de la mediación opera para toda clase de conductas punibles. Pero existe dos salvedades que se deben tener en cuenta a la hora de que hayan resultados positivos aplicando la mediación, el primero es que el bien jurídico positivo no sobre pase la órbita personal del perjudicado. Segundo que la víctima, el imputado o acusado deseen someter su caso una solución de justicia restaurativa.

Para precisar lo anterior, se puede decir que cuanto el bien jurídico tutelado no sobre pase la órbita personal del perjudicado hace referencia a que las conductas punibles por su naturaleza no hayan producido un perjuicio directo a pluralidad de personas, comunidades o núcleo sociales, por cuanto la decisión de una de las víctimas de someter a la justicia restaurativa la solución del conflicto no podría producir efectos.

Frente a este requisito legal, en la violencia intrafamiliar es un delito que puede afectar a una persona a un núcleo familiar, si bien puede proceder en el entendido que la armonía y la

conservación del núcleo primario a la hora de someter a la justicia restaurativa en aras de reconstruir el tejido familiar. Sin embargo, el sometimiento voluntario debe ser integral, que requiere la participación no solo del infractor si no de la víctima.

Frente al segundo requisito, hace referencia a que el acusado o imputado por una parte y la víctima por otra decidan voluntariamente someter a la justicia restaurativa, es decir que debe existir un consenso integral fuera de cualquier vicio de consentimiento y la libre determinación.

En cuanto a los delitos cuyo mínimo exceda los cinco años, es procedente la mediación, que, al resultar acuerdos positivos, queda a discreción del fiscal y el juez otorgar beneficios durante el trámite de la actuación o subrogados penales como la dosificación de la pena o el purgamiento de la sanción, según lo contemplado en el inciso final del artículo 524 de la ley 906 de 2004.

Aunque no precisan que beneficios penales se le puede otorgar, se puede precisar algunos que, dentro de la interpretación sistemática del código de procedimiento penal, puede en cada caso particular aplicar, como, la sustitución de la detención preventiva intramuros por la domiciliaria, conceder subrogados penales y hasta en algunos eventos revocar la medida de aseguramiento.

#### **4.2 Procedimiento para enviar el caso a la justicia restaurativa.**

En este caso se encuentra regulado por el artículo 525 del código de procedimiento penal que dispone:

“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”.

Quiere decir que la solicitud se hace de manera expresa por la víctima, el imputado o acusado ante el operador jurídico competente, sea el caso o precisamente la etapa procesal en la cual se adelanta el proceso. En el evento que esté involucrado una o una menor víctima, se exige la participación de su representante legal, en ese sentido también si fuese un inimputable o una víctima incapaz.

Frente al resultado restaurativo según lo contemplado en el artículo 523 del C.P.P. nos refiere a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causado; a la realización de determinada conducta, a la prestación de servicio a la comunidad o a pedir disculpas o perdón.

Si bien hablar de reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causado, hace referencia a dejar las cosas en su estado anterior, sin embargo, si les es imposible, proceder a reparar de acuerdo a criterios objetivos a la hora de indemnizar económicamente a la víctima, sin embargo, debe prevalecer el mutuo acuerdo a la hora de reparar.

Así mismo la mediación puede referirse a la abstención de determinada conducta, pues como se evidencia no se busca una reparación económica. En este caso el infractor debe de continuar con las acciones violentas contra miembros de la familia, si para ellos es suficiente para la víctima en términos de reparación, y para el infractor el reconocimiento de su responsabilidad y la aceptación de una sanción restauradora.

Este mecanismo también contempla acciones encaminadas a la realización de obras de interés comunitario, en ese sentido frente a las sanciones restauradoras también refiere a pedir

disculpas o perdón que, si bien no puede solo pasar por una reparación simbólica, sino que comporte la seriedad y reconcomiendo por parte del infractor así como la satisfacción por parte de la víctima del injusto.



## Conclusiones

Los programas de justicia restaurativa se basan en varias premisas subyacentes, en el sentido que la respuesta al delito debe reparar tanto en lo posible el daño sufrido por la víctima; así como que los delincuentes lleguen a entender que su comportamiento no es aceptable y que tuvo consecuencias reales para la víctima y la comunidad; en ese sentido los delincuentes pueden y deben aceptar la responsabilidad por sus acciones; y que las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en determinar la mejor manera para que el delincuente repare los daños y no dejar de lado a la comunidad en su responsabilidad de contribuir en el proceso.

Que las decisiones que tanto tome el victimario como el infractor a través de un consenso integral los vinculan que es producto de su consentimiento y libre determinación de llegar a un resultado restaurativo que contribuirá a reconstruir el tejido familiar.

Si bien la aplicación de la Mediación como mecanismo de justicia restaurativa no puede llegar a accionar el ejercicio de la acción civil derivada del delito ni el incidente de reparación integral, es decir resulta excluyente este mecanismo de los demás intentos de obtención de reparación, por cuanto su actuar fue enmarcada dentro de su propia iniciativa de obtener un estado restaurador.

Si bien en este mecanismo de mediación dentro del delito de violencia intrafamiliar, resulta involucrado un tercero imparcial que va a llevar a un feliz término si las partes así lo desean, ya sea que él fue positivo el mismo debe rendir informe al fiscal o el juez para que en efecto

determine los efectos de este dentro de la actuación procesal o la extinción de la misma todo bajo su valoración objetiva.

## Referencias

- Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos fundamentales. En R. Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales* (pág. 70 a 72). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Amunátegui Perelló, C. F. (05 de Septiembre de 2011). *El concepto de familia en Roma Arcaica*. Recuperado el 01 de Septiembre de 2018, de <http://www.ubo.cl>:  
<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/5-Amun%C3%A1tegui.pdf>
- Aristoteles. (384). *La Política*. Grecia: Atenea LTDA.
- Cepeda, M. J. (1997). Los Derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Temis. Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional 116 (Asamblea Nacional Constituyente 20 de Julio de 1991).
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. San Jose de Costa Rica: Gaceta Oficial.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires : Argentina versión original 1975.
- Gomez Arias, A. B. (2004). Diversidad familiar y homoparentalidad. *Revista Pediatría de Atención Primaria* 2004;6(23), 9-13.
- Gonzalez, M. M. (2009). Nuevas familias, nuevos retos para la investigación y la educación. *Dep. de Psicología Evolutiva y de la Educación. Universidad de Sevilla*, 381-389.
- Gordon , B., & Lode, W. (1999). *Introduction: Restorative justice and the international juvenile justice crisis*. New York: Criminal Justice Press.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (1 de Febrero de 2018). [www.medicinalegal.gov.co](http://www.medicinalegal.gov.co). Recuperado el 2018 de Mayo de 02, de

<http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/217010/Bolet%C3%ADn+mensual+-Febrero-2018.pdf/8e1cde56-656c-9ec5-5bf2-58e64d521657>

Kelly, J. (196). A decade of divorce mediation research, family and conciliation review. Los Angeles: Review N. 34.

Ley 906 de 2004, 518 (Congreso de la Republica 31 de Agosto de 2004).

Lode, W. G. (1999). Justicia juvenil restaurativa: en busca de fundamentos y un esquema para la reforma sistémica. *Justicia Restaurativa*, 49.

ONU, Resolución 35. (16 de Diciembre de 2005). *Naciones Unidas*. Recuperado el 19 de Julio de 2018, de

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>

Organizacion de Naciones Unidas. (1985). Resolución 40/34 de la Asamblea General.

*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder* (pág. 313). Ginebra: Diario de la ONU.

Organizaciones de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1. (2005). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. *COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 61º período de sesiones* (pág. 2). Ginebra: Diario ONU.

Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. (2000). Comité de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. *E/C.12/2000/4, CESCR, Observacion General No. 14*. Ginebra: Organizacion de Naciones Unidas.

Patiño Mariaca, D. M. (2007). La justicia retributiva, la justicia transicional y la justicia restaurativa. *Justicia Restaurativa*, 18.

- Real Academia Española. (11 de Septiembre de 2018). *dle.rae.es*. Recuperado el 11 de Septiembre de 2018, de <http://dle.rae.es/?id=OjnsTUN>
- Rico De Alosnso, A. (1985). *Las Relaciones de Poder al Interior de las Familia en Colombia*. Medellin, Antioquia, Colombia: V Congreso Nacional de Sociologia.
- Rodriguez, L. (1981). *Criminologia*. Mexico: Purrua S.A.
- Rousseau, J. J. (1762). *El Contrato Social*. Amsterdam: Marc-Michel Rey.
- Rousseau, J. J. (1962). *Contrato Social*. Madrid: Ediciones Escolares, S.L. Av. De Guadalix.
- Sentencia C - 209 M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa, Expediente D-6396 (Corte Constitucional 21 de Marzo de 2007).
- Sentencia C - 228 M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, Expediente D-3672 (Corte Constitucional 03 de Abril de 2002).
- Sentencia C - 454 M.P. Jaime Còrdova Triviño, Expediente D-5978 (Corte Constitucional 07 de Junio de 2006).
- Sentencia C - 577 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente D-8367 (Corte Constitucional 26 de Julio de 2011).
- Sentencia C - 591 M.P. Calara Inès Vargas Hernández, Expediente D-5415. (Corte Constitucional 09 de Junio de 2005).
- Sentencia C-075. M.P. Rodrigo Escobar Gil, D-6362 (Corte Constitucional 07 de febrero de 2007).
- Sentencia C-283 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-8112 (Corte Constitucional 13 de abril de 2011).
- Sentencia C-336. M.P. , expediente D-6947 (Corte Constitucional 16 de abril de 2008).

Sentencia C-798 M. P. Jaime Cordoba Triviño , expediente D-7177 (Corte Constitucional 20 de agosto de 2008).

Sentencia C-811. M.P. Marco Gerardo Monroy cabra, expediente D-6749 (Corte Constitucional 03 de octubre de 2001).

Wright, M. (2010). Derecho, justicia y la idoneidad para su fin. *Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Medicacion Penal*, (pág. Conclusiones). Madrid.