

ALGUNOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO PENAL DE INASISTENCIA ALIMENTARÍA

MARIA TERESITA FRANCO GALLEGO

LUZ MARINA SANCHEZ DUQUE

Trabajo de grado para obtener el título de abogada
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

MEDELLÍN, 2005

Tabla de contenidos

Resumen .	1
INTRODUCCION .	3
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA . .	5
JUSTIFICACIÓN .	7
METODOLOGÍA .	9
OBJETIVOS . .	11
OBJETIVO GENERAL: .	11
OBJETIVOS ESPECÍFICOS: . .	11
1. ASPECTOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN . .	13
1.1 DE LA CONCILIACIÓN EN GENERAL .	13
1.1.1 Consagración constitucional. .	13
1.1.2 Fundamento legal. .	14
1.1.3 Definición. .	15
1.1.4 Filosofía de la conciliación. . .	15
1.1.5 Clases de conciliación. .	16
1.1.6 Características. Como institución procesal o extraprocesal, .	17
1.2 NATURALEZA JURÍDICA .	18
1.3 DE LA CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA . .	21
2. LA CONCILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA .	23
2.1 DESARROLLO LEGISLATIVO EN COLOMBIA .	23
2.1.1 El Código de Procedimiento Civil . .	24
2.1.2 El Decreto 2282 del 7 de octubre de 1989 .	24
2.1.3 Además los desarrollos legales posteriores a la Constitución Política de 1991 . .	24
2.1.4 El Decreto 2651 de 1991 . .	25
2.1.5 La Ley 270 de 1996 . .	25

2.1.6 La Ley 446 de julio 7 de 1998 . .	25
2.1.7 La Ley 640 de enero 5 de 2001 .	25
2.1.8 Actualmente según el Decreto 2272 de 1989 . .	25
2.1.9 El Código del Menor o Decreto 2737 de 1989 .	26
2.1.10 El Código de Procedimiento Penal . .	26
2.2 LEGISLACIÓN REFERENTE A CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA . .	26
2.2.1 La Ley 1ª de 1976 .	26
2.2.2 Decreto 2272 de 1989. .	27
2.2.3 Igualmente la Ley 23 de 1991 .	27
2.2.4 Decreto 2737 de 1989 . .	27
2.2.5 La Ley 446 de 1998 . .	27
2.2.6 Decreto 1818 de 1998 . .	28
2.2.7 Ley 640 de 2001 .	28
2.3 PROCEDENCIA DE LA CONCILIACIÓN DE LOS ALIMENTOS EN DERECHO DE FAMILIA .	28
2.4 LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. ..	29
3. COMPETENCIA PARA CONCILIAR EN MATERIA DE ALIMENTOS . .	31
3.1 NOMBRAMIENTO DEL CONCILIADOR .	31
3.2 NORMAS SOBRE COMPETENCIA PARA CONCILIAR EN MATERIA DE ALIMENTOS . .	32
3.3 COMPETENCIA PARA CONCILIAR EN MATERIA DE ALIMENTOS. . .	34
3.3.1 Defensor de Familia: en virtud del artículo 47 de la Ley 23 1991 .	34
3.3.2 Ante un Centro de Conciliación y Arbitraje .	35
3.3.3 Ante Comisario de Familia: .	35
3.3.4 Ante Conciliador en Equidad: .	35
3.3.5 Ante Juez de familia: .	35
3.3.6 Ante Inspector o Comisario de Policía: .	36
3.3.7 Ante Fiscal o Juez Penal: . .	36
3.4 INCIDENCIA DE CONCILIACIONES EXTRAJUDICIALES EN LA CONCILIACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL DE INASISTENCIA ALIMENTARIA. .	38

4. EFECTOS DEL ACTA DE CONCILIACION EN MATERIA DE ALIMENTOS OBTENIDA DENTRO DEL AREA CIVIL . .	41
4.1 EFECTOS JURÍDICOS DE TODA ACTA DE CONCILIACIÓN . .	42
4.1.1. Cosa Juzgada: También .	42
4.1.2 El acta de conciliación presta mérito ejecutivo: .	45
4.1.3 Termina anticipadamente el proceso .	47
4.1.4 Suspende la caducidad de la acción. . .	48
4.1.5 Interrumpe la Prescripción. . .	48
4.2 EFECTOS EN MATERIA DE ALIMENTOS .	48
5. LA INASISTENCIA ALIMENTARIA COMO INCUMPLIMIENTO A UNA OBLIGACION CIVIL Y COMO DELITO .	51
5.1 LA INASISTENCIA ALIMENTARIA COMO INCUMPLIMIENTO A UNA OBLIGACIÓN CIVIL . .	51
5.1.1 Naturaleza de la obligación alimentaria. .	51
5.1.2 Titulares del derecho de alimentos. .	52
5.1.3 Clases de alimentos. .	53
5.1.4 Elementos del derecho de alimentos. .	54
5.1.5 Presunción del salario mínimo para la fijación de la cuota alimentaria. .	54
5.1.6 Proceso ejecutivo de alimentos. . .	55
5.2 LA INASISTENCIA ALIMENTARIA COMO DELITO . .	55
5.2.1 Tipificación de la inasistencia alimentaria . .	55
5.2.2 La inasistencia alimentaria como delito querellable. .	57
5.2.3 Principio de oportunidad. .	58
5.2.4 Tipo penal en blanco. . .	58
5.2.5 Análisis dogmático del delito de inasistencia alimentaria. .	59
5.2.6 No es necesaria la previa fijación civil de los alimentos. . .	61
5.2.7 Causas que justifican la inasistencia alimentaria. .	62
5.2.8 Disponibilidad del derecho de alimentos. .	65
5.2.9 Origen y evolución de la conciliación en materia penal. .	66
5.2.10 Conciliación extraprocesal y su convalidación dentro del proceso	66

penal. . .	
5.2.11 La indemnización de perjuicios en el delito de inasistencia alimentaria.	67
6. PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE INASISTENCIA ALIMENTARIA . .	69
6.1 DEL MODELO INQUISITIVO DE JUSTICIA PENAL AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO . .	69
6.2 PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL . .	70
6.2.1 Problema de la implementación de conciliación contraviene principios rectores del derecho penal. . .	72
6.2.2 Problema de la competencia para conocer las conciliaciones por inasistencia alimentaria. . .	72
6.2.3 Problema acerca del funcionario judicial que actúa como conciliador en el proceso por inasistencia alimentaria. . .	74
6.2.4 Problema respecto a la clase de alimentos que configuran el delito de inasistencia alimentaria. . .	74
6.2.5 Problema referente al pago parcial de la obligación alimentaria. . .	75
6.2.6 Problema respecto al momento consumativo de la inasistencia alimentaria . .	75
6.2.7 Problema frente a la caducidad de la querrela en la inasistencia alimentaria . .	77
6.2.8 Problema atinente a la fijación retroactiva de alimentos o cobro de mesadas atrasadas. . .	78
6.2.9 Problema relacionado con la ejecución de las actas de conciliación producidas al interior del proceso penal de inasistencia alimentaria. . .	78
7. CONCLUSIONES . .	79
BIBLIOGRAFÍA . .	87

Resumen

El presente trabajo pretende dilucidar algunos de los problemas jurídicos que se presentan durante el trámite de la conciliación al interior del proceso penal de inasistencia alimentaria, tales como: competencia para conciliar la materia objeto de la conciliación, los efectos del acta aprobada dentro del proceso penal el momento consumativo del ilícito y la consecuencial tasación de perjuicios objeto de la conciliación, entre otros que se infieren de la celebración de una audiencia de conciliación en múltiples ocasiones; todo ello con el objetivo de evidenciar la tensión existente entre los principios rectores del procedimiento penal con la figura de la conciliación en materia de alimentos.

INTRODUCCION

La Corporación Excelencia en la Justicia ¹ expresa que “Después de las contravenciones, las acciones de tutela y el hurto, la inasistencia alimentaria es el tipo penal que más ocupa a los jueces”, se sobreentiende que también a los fiscales. Es uno de los asuntos de mayor causa de congestión judicial ².

Lo mismo se indica en: Una investigación adelantada por el Instituto de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Externado de Colombia, en el cual se realizó un estudio del delito de inasistencia alimentaria en las unidades de delitos querellables de la Fiscalía en el circuito judicial de Bogotá, después del hurto, la inasistencia alimentaria es el segundo delito que más llega a conocimiento del ente acusador. Hasta diciembre de 2000, existían 72.727 procesos por este delito en la Fiscalía General de la Nación de un total de 670.788 procesos que adelantaba este organismo judicial, lo que significa el 11% del total de procesos.

3

¹ LEGIS, ÁMBITO JURÍDICO. Excelencia en la Justicia. Justicia penal frente a la familia, el delito de inasistencia alimentaria, más allá de la justicia, (11-24 mar. 2002); p.19

² POVEDA PERDOMO, Guillermo. La Falaz inasistencia alimentaria. En: Revista jurídica Alé-Kumá. No. 15. (2002); p. 33-64

³ <http://www.cej.org.co>. Corporación excelencia en la Justicia. Justicia Penal y Delitos Asociados a la familia. El delito de inasistencia alimentaria, más allá de la justicia. La conflictividad familiar, un problema no judicial. Publicado por internet el 11 de febrero de 2002. Bogotá. Publicado en la revista Portafolio No. 43, el 24 de junio de 2002

ALGUNOS PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO PENAL DE INASISTENCIA ALIMENTARÍA

De acuerdo a un artículo publicado por la Presidencia de la República ⁴, en el año 2002, se registraron 154.455 solicitudes de demanda ante el ICBF, según cifras reportadas por la misma entidad. Muchas de ellas terminaron en el proceso de conciliación, pero la mayoría llegó a conocimiento de las Fiscalías locales.

De igual forma, la Fiscalía General de la Nación informó que durante todo el año 2002 se reportaron ante el organismo 128 mil denuncias por inasistencia alimentaria.

Según la Corporación Excelencia en la Justicia los procesos por inasistencia alimentaria en la Fiscalía demoran en promedio tres años, ocasionando una carga de trabajo a cada fiscal de alrededor de 200 casos.

Sumado a lo anterior se cuenta con los resultados de un estudio realizado en 109 países y en el cual se encontró que Colombia ocupa el puesto 98 en cuanto a mayor tiempo requerido para resolver un conflicto por la vía judicial. En materia penal la situación es aún más dramática: al 55% de los casos se le vencen los términos, y del 45% de los casos que se tramitan, el 30% de ellos se suspenden o se reasignan ⁵, evidenciando las demoras de los procesos judiciales.

Además, los niveles de preparación de los profesionales de la justicia y la cantidad de tiempo que dedican a su labor, son superiores a los que se presentan en la mayoría de los países del mundo. Sin embargo, el tiempo dedicado no se equipara con la prontitud y calidad del servicio percibido por el ciudadano, características que deberían enmarcar los actos propios de la administración de justicia.

⁴ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Aumentan demandas por inasistencia alimentaria, denuncia el ICBF. Publicado en la página de internet: <http://www.presidencia.gov.co/>. Bogotá, enero 27 de 2004

⁵ Disponible en Internet <http://www.conciliacion.gov.co>

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Tomando conciencia de la situación planteada en esta información estadística y dado que de la lectura del tipo penal del delito de inasistencia alimentaria, descrito en el artículo 233 del Estatuto de Procedimiento Penal, se ponen de relieve varias situaciones que tienen incidencia en su aplicación práctica, entre las cuales se destacan: la competencia para conciliar, el funcionario que actúa como conciliador, el pago parcial de la obligación, la materia objeto de la conciliación en el ámbito penal, los efectos del acta aprobada dentro del proceso penal, la clase de alimentos que configuran el delito, las justas causas que se tienen para sustraerse a la prestación de alimentos, el momento consumativo del ilícito y la consecuencial tasación de perjuicios objeto de la conciliación, además de otros que se infieren de la celebración de una audiencia de conciliación en múltiples ocasiones; se pretende precisar varios conceptos y profundizar en su reglamentación, a fin de aclarar concepciones jurídicas de aplicación específica en materia de alimentos, ya que equivocadamente se ha venido entendiendo que todo problema, conflicto, o desacuerdo debe ser decidido por la vía judicial.

La primera cuestión en materia de asistencia alimentaria, ya sea en lo relacionado con la fijación de la cuota, modificación de la misma y aún dentro del proceso penal de inasistencia, está dada por la competencia legal para la celebración de la audiencia de conciliación, ya que las normas permiten elevar la solicitud ante diferentes autoridades, sean éstas administrativas, judiciales o privadas y además la audiencia puede ser solicitada cada vez que se presente el incumplimiento de la obligación pactada, más aún, en el caso del delito de inasistencia la ley penal no prohíbe que la conciliación extrajudicial pueda finiquitar un litigio penal una vez agotadas las dos oportunidades para

conciliar al interior del proceso penal, consagradas en el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal⁶.

Un segundo aspecto que llama la atención, es acerca de los efectos de cosa juzgada y de mérito ejecutivo del acta de conciliación obtenida al interior del proceso penal, que únicamente incidirían en la terminación anticipada del mismo, mas no en la terminación real del litigio que versa sobre la obligación alimentaria, pudiéndose reiniciar un nuevo proceso por los mismos hechos.

Además de los problemas relacionados con la competencia para conciliar, así como los efectos del acta de conciliación en materia de alimentos, también se vislumbra una tercera situación confusa. Se había expuesto en líneas anteriores que la ley permite demandar frente al incumplimiento de lo conciliado ante distintas autoridades: civiles, de familia, o penales, evento último en el cual, se ofrecen otras dos oportunidades de conciliar⁷. Tal y como están descritas las normas vigentes en materia penal, la conciliación celebrada en la etapa de investigación o de juicio, solo permite pactar lo atinente al pago de las mesadas atrasadas y en consecuencia se terminaría el proceso; más no se establece nada acerca de la facultad que tiene o no el funcionario penal para producir una nueva acta conciliatoria que fije una nueva cuota alimentaria de llegar a hacerse necesario, cuando las circunstancias lo ameritan y las parten así lo consientan.

Una cuarta inquietud está dada por la intervención del Estado a través de los funcionarios judiciales, de quienes se cuestiona su neutralidad e imparcialidad como principios rectores de la institución de la conciliación y del proceso penal. Durante el desarrollo de éste trabajo, se pretenden dilucidar las inquietudes planteadas en líneas anteriores.

Así pues, el planteamiento del problema puede resumirse en la siguiente pregunta:

¿En qué medida es aplicable la figura de la conciliación dentro del proceso penal de inasistencia alimentaria?

⁶ Según el artículo 533 de la Ley 904 de 2004 por medio de la cual se expide el Nuevo Código de Procedimiento Penal, ésta regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005, es decir, que los procesos en curso todavía se rigen por el anterior Estatuto Procesal Penal o Ley 600 de 2000

⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. (Ley 600 de 2000) artículo 41.

JUSTIFICACIÓN

Es importante abordar este trabajo desde el estudio del Derecho, para sustentar la viabilidad o no de la implementación de la figura de la conciliación dentro del proceso penal en materia de alimentos, dada su contradicción con los principios rectores del mismo (renuncia expresa a la garantía de la jurisdiccionalidad 'renuncia al proceso' y violación al principio de la presunción de inocencia), además porque en algunos casos (los no conciliados), se prolonga infructuosamente un trámite caracterizado por su lentitud, que tarda aproximadamente tres años en resolverse⁸, y porque la pretensión del proceso penal es muy diferente a la de la jurisdicción civil y de familia, es decir, que mientras en el primero se busca determinar la ocurrencia o no de un delito, en el segundo se propende por la efectividad del derecho de alimentos al fijar una obligación y al permitir su exigibilidad mediante un proceso ejecutivo.

En la parte final del presente trabajo (capítulos 6 y 7), se expone el novedoso tema de la justicia restaurativa que introdujo el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 904 de 2004), que el legislador propone como una solución a muchos de los problemas de la justicia penal.

Se recogen en parte los postulados de la victimología, que es la moderna tendencia desde la orilla criminológica que elabora para el derecho penal nuevos contenidos que propugnan por la necesidad de concederle a la víctima, en el proceso de penalización, toda la importancia que tiene no solo por su implicación en la producción del hecho ilícito,

⁸ LEGIS, ÁMBITO JURÍDICO. Op. Cit., p 6.

sino también por la necesidad de tenerla como protagonista en la actuación penal, al reconocerle la importancia de su rol como sujeto de atención del estado, y quien al fin y al cabo es el sujeto en el que se concreta la vulneración del bien jurídicamente protegido, pues también en su beneficio es que opera el servicio público de la administración de justicia.

Por lo anterior se permite que en eventos punibles específicos, el proceso penal agote su objeto cuando a la víctima se le indemniza integralmente y se le repara económicamente por parte del imputado o procesado, como consecuencia del acuerdo de voluntades surgido en las audiencias de conciliación implementadas por el legislador para tal fin, dando una respuesta menos violenta y estigmatizante dentro del sistema penal.

Para lograr evidenciar algunos problemas de la figura jurídica de la conciliación en el proceso por inasistencia alimentaria, se tratará de conformidad con los objetivos específicos, lo relacionado con la competencia legal, los efectos del acta de conciliación, el tratamiento de los alimentos como obligación civil y como delito, para finalmente dedicar un capítulo a la recapitulación de los problemas formulados.

Como se acaba de mencionar, el presente trabajo, pretende dar claridad sobre el tratamiento mismo de la conciliación en los campos civil y penal, lo cual produce un beneficio tanto económico, como de tiempo en favor de las partes que pudiendo conciliar su diferencia por fuera del trámite del proceso penal, optan por acudir a la querrela iniciando dicho proceso, pretendiendo que tendrán mayor posibilidad de lograr un acuerdo rápido y eficaz, convencidos de lograr la garantía de su derecho; desconociendo que el objeto de la audiencia de conciliación que se da al interior del proceso penal gira exclusivamente en torno al delito y no propende por la eficacia real del derecho alimentario que reclaman, ya que no se trata de fijar nueva cuota, ni de lograr por medios cautelares el cumplimiento de la obligación.

Se considera que la causa de esta realidad social es el desconocimiento en materia jurídica por parte de las personas y que por tanto, si se tuviera claridad sobre los anteriores aspectos se evitaría el desgaste innecesario del aparato jurisdiccional; además se haría efectivo el principio de *última ratio* del derecho penal, lo que proporciona una solución a una necesidad jurídica existente en nuestro medio.

Por último, se considera que el actual momento histórico exige una nueva orientación, una perspectiva diferente, que se acerque a las inquietudes, necesidades y vivencias de los ciudadanos, siendo necesario modificar la dinámica y el discurso propios del derecho penal, manteniéndolo dentro de los límites del principio de necesidad, sin pasar por alto el hecho de que la conciliación ocupa un espacio en el control social de los comportamientos que son incluidos dentro del sistema penal.

METODOLOGÍA

El tema propuesto se abordó con base en elementos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, realizando un estudio descriptivo y analítico de la teoría jurídica, que permitió determinar algunas inconsistencias que se presentan al aplicar la figura de la conciliación dentro del procedimiento penal cuando del delito de inasistencia alimentaria se trata.

Para lograr los objetivos propuestos, se utilizó una metodología básicamente exploratoria, descriptiva y analítica, ya que el discurso que se tiene sobre el tema a tratar, presenta una tensión entre las normas del Código de Procedimiento Penal vigente y la legislación colombiana en materia de conciliación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pretendió agotar las fuentes principales y la literatura básica a consultar para el desarrollo del proyecto que incluyó: la legislación (Constitución, leyes y normas reglamentarias), la doctrina (libros, tesis de grado y artículos de revistas especializadas), y la jurisprudencia (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia), e información electrónica tomada de Internet relacionada con el tema de estudio. Por lo tanto, la técnica para el procesamiento de la información recolectada consistió en la clasificación de los argumentos jurídicos obtenidos, y elaboración de fichas temáticas.

Para éste trabajo la interpretación de la ley sustantiva y procesal penal, se toma de manera sistemática, teniendo en cuenta todo el conjunto normativo, a la luz de los principios generales de derecho y de las normas rectoras del proceso penal.

Se termina el trabajo con unas conclusiones generales que reflejan lo sustancial, es decir, el producto final de la exploración sobre las situaciones planteadas, incluyendo nuestra posición frente a la conciliación dentro del proceso penal en el ámbito de la inasistencia alimentaria, dando respuesta al interrogante que sintetizó el planteamiento del problema del presente trabajo.

En realidad este trabajo es una investigación secundaria ya que la metodología utilizada se basó en la interpretación de documentos preexistentes, analizando el contenido de textos normativos y doctrinales.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Evidenciar algunos problemas jurídicos que se presentan en la conciliación celebrada al interior del proceso penal de inasistencia alimentaría.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Analizar los elementos del tipo penal de inasistencia alimentaría.

Dar a conocer la competencia que tienen diferentes autoridades en materia de alimentos y su incidencia dentro del proceso penal de inasistencia alimentaría.

Establecer la tensión existente entre los principios rectores del procedimiento penal con la figura de la conciliación en materia de alimentos.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN

1.1 DE LA CONCILIACIÓN EN GENERAL

1.1.1 Consagración constitucional.

Los métodos alternativos de solución de conflictos tienen carácter jurisdiccional otorgado constitucionalmente, así lo dispone el artículo 116 de la Carta Política que define la naturaleza de la función administrativa de justicia y el papel de la conciliación en el cumplimiento de dicha función como una forma de descongestión judicial, como una vía alternativa de acceso a la justicia y un medio pacífico de participación de la comunidad en la solución de sus conflictos.

La Corte Constitucional ⁹ habla del espíritu pacifista que informa la Constitución Política, mediante el cual se busca una solución de compromiso sin necesidad de que un tercero decida lo que las mismas partes pueden convenir.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-165 de 1993

Así mismo, la Carta Política permite extender transitoriamente la potestad de administrar justicia a los particulares en calidad de conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad. En este mandato está el origen de los denominados mecanismos alternos de resolución de conflictos y dentro de ellos el de la conciliación.

La Corte Constitucional reconoce:

Con todo se han identificado algunos de los peligros que encierra la puesta en práctica de la justicia informal: las profundas desigualdades materiales entre las partes, que inclinaría la balanza a favor del más poderoso; la existencia de una justicia comunitaria de tipo sancionador; la trivialización de las demandas ciudadanas de cambio social; la desactivación de los movimientos de organización comunitaria mediante la judicialización de la participación social y la legitimación de una descarga de trabajo para la administración de justicia.

*En este contexto resulta, pues, claro que la justicia informal proveniente de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos no es sustitutiva sino complementaria de la justicia estatal formal. De ahí la necesidad de que sea desarrollada gradualmente por el legislador, como expresión de una política de Estado tendiente a propiciar la vinculación de la sociedad civil en la construcción de su propio destino*¹⁰.

Las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales. A través de ellas, no sólo se acoge el artículo 116 Superior sino que se interpretan y se desarrollan los principios y valores que regulan a toda la Constitución, como es la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo¹¹.

Es pertinente anotar que *“Tanto el derecho civil como el derecho procesal están en relación de subordinación con el derecho constitucional, y en relación de coordinación entre sí”*¹².

1.1.2 Fundamento legal.

La conciliación encuentra su primer fundamento jurídico en la autonomía de la voluntad privada que permite a los sujetos jurídicos renunciar a los derechos conferidos por las leyes *“con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no este prohibida su renuncia”* (artículo 15 y 1602 del Código Civil).

La conciliación versa sobre derechos susceptibles de transigir; de ésta forma, se puede renunciar total o parcialmente a los derechos susceptibles de disposición, siempre que se cuente con capacidad y ánimo conciliatorio, que no exista prohibición legal al respecto y que no se afecten derechos fundamentales de las partes o intereses

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 893 de 2001

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 037 de 1996

¹² RODRÍGUEZ ROSSI, Ernesto. Cosa Juzgada Civil, Penal, Administrativa

superiores de la comunidad.

El fundamento Legal está determinado por las siguientes normas:¹³

- Artículo 8 de la Ley 270 de 1996 que dice: *“Alternatividad. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de los honorarios por estos servicios. “*

- Artículo 13 de la Ley 270 de 1996: *“Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley.”*

1.1.3 Definición.

Muchas definiciones han sido elaboradas en torno al concepto de la conciliación, todas ellas guardan en su esencia, la idea de que es una herramienta ofrecida por el aparato jurisdiccional del Estado como mecanismo que hace posible la solución directa y amistosa de un conflicto sin necesidad de recurrir a un juicio. No obstante, la ley o una decisión judicial pueden imponer la conciliación como obligatoria, pero la regla general es que sea un planteamiento voluntario de las personas en conflicto, con la colaboración activa de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador, quien carece de jurisdicción y por ende de capacidad para imponer a las partes la solución del conflicto que ellas mismas pueden convenir. El conciliador es un tercero neutral e imparcial que actúa siempre habilitado por las partes, facilitando el diálogo entre ellas y promoviendo fórmulas de arreglo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para ambas partes.

En esta medida, cuando acudir a la conciliación proviene de la voluntad de las partes, o cuando lo exige la ley como una etapa obligatoria preprocesal, puede decirse que la conciliación es un instrumento generador de la privatización de los conflictos, ya que es un mecanismo para la solución de los mismos, que actúa con independencia y autonomía, pretendiendo acabar con la práctica exagerada de la judicialización de las controversias.

1.1.4 Filosofía de la conciliación.

A nivel constitucional los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen un fundamento adicional al básico del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas interesadas, en el contenido del artículo 2º de la Constitución Política, en virtud del cual uno de los fines esenciales del Estado es *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”* y en el artículo 95, en virtud del cual son deberes de la persona y del ciudadano

¹³ RESTREPO SERRANO, Federico. La Conciliación En Materia Civil Diploma En Conciliación: Ley 640 de 2001. Tercera Cohorte. Universidad de Antioquia.

*“participar en la vida política, cívica y comunitaria del país” y “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”*¹⁴ .

La filosofía que ha inspirado la conciliación, además de la participación de los individuos en la solución de sus altercados y la colaboración con la administración de justicia, se basa también en que las mismas partes sean quienes resuelven su conflicto mediante la auto composición, en forma pacífica, con la ayuda de un tercero que puede ser una persona natural o un centro de conciliación y aun el mismo juez en algunos casos.

El tercero, distinto a las partes en conflicto, conocedor amplio de la situación controvertida, ofrece o propone fórmulas de arreglo, sin que sean de obligatoria acogida. Así se supera el debate propiamente jurídico y permite una solución personalizada, una negociación asistida: las mismas partes eligen lo que mas les convenga, creando un espacio de libertad, seguridad, justicia y compromiso relativo y además se garantiza un mejor y más depurado acceso a la justicia.

No se puede pasar por alto otro propósito importante y que constituyó el fundamento de la introducción legal de la conciliación como instrumento jurídico alternativo para la solución de conflictos, como fue el propender por la descongestión de los despachos judiciales, buscando su mejor desempeño y eficacia.

La Corte Constitucional ha considerado indispensable fijar un marco teórico en el cual se precise cuál es el perfil constitucional de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, de los cuales forma parte la conciliación¹⁵ .

1.1.5 Clases de conciliación.

El artículo 67 de la Ley 446 de 1998 que establecía la distinción entre la conciliación judicial y la extrajudicial, la cual puede ser institucional, o administrativa o en equidad, según la naturaleza del régimen de los centros de conciliación, de las autoridades publicas y de otras instancias facultadas para la prestación del servicio de conciliación extrajudicial, fue parcialmente modificado en la Ley 640 de 2001, que mantiene la distinción entre conciliación judicial y extrajudicial, elimina la sub-clasificación de la conciliación extrajudicial e introduce un cambio, la noción de *“conciliación extrajudicial en derecho”* como categoría conceptual diferenciadora frente a la conciliación extrajudicial en equidad (artículo 3 Ley 640 de 2001).

La conciliación extrajudicial en derecho es aquella que se lleva a cabo ante un centro de conciliación debidamente autorizado por el Ministerio de la Justicia y del Derecho, con la intervención de un conciliador inscrito en ese centro, o ante un servidor publico en cumplimiento de sus funciones conciliatorias o ante un notario publico. Los servidores públicos facultados para el efecto son: delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Publico en materia civil, los personeros,

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 187 de 2003

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 893 de 2001

jueces promiscuos o civiles municipales y específicamente en materia de familia, el defensor de familia, el comisario de familia, el inspector de corregimiento donde resida el menor y los jueces de familia o promiscuos de familia.

Por su parte la conciliación extrajudicial en equidad se realiza ante un conciliador en equidad, quien es un ciudadano miembro de determinada comunidad urbana o rural, debidamente designado como conciliador en equidad conforme a la ley.

La conciliación judicial es la que se adelanta en desarrollo de un proceso judicial en la oportunidad y de acuerdo con las reglas especiales establecidas para el efecto en la correspondiente normativa procesal, teniendo como conciliador al juez competente que conoce el proceso.

1.1.6 Características. Como institución procesal o extraprocesal,

La conciliación tiene las siguientes características y ventajas:

Es una figura reconocida por la Constitución Política y reglamentada en la ley, que proporciona efectividad es decir, tiene plenos efectos legales para las partes.

Proporciona libertad de acceso a la justicia, ya que toda persona puede acudir a la conciliación sin necesidad de abogado; con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, cualquier ciudadano puede acudir a la conciliación como una alternativa para solucionar sus conflictos. Las personas pueden acudir libremente a un centro de conciliación, o ante un funcionario público habilitado por la ley para conciliar o ante un notario para solicitar una conciliación.

Es un mecanismo ágil; procura la eficiencia mediante arreglos rápidos en comparación con la duración de los procesos judiciales en Colombia. La conciliación tiene la duración que las partes establezcan de común acuerdo con el conciliador; por lo general se desarrollan en una sola audiencia.

Es un mecanismo de bajo costo para los implicados, pues las partes se ahorran los costos que implica un largo proceso judicial. En la conciliación las partes pueden o no utilizar los servicios de un abogado. Dependiendo de la persona o de la institución a la que las partes acudan se puede o no cobrar una tarifa para la conciliación que es significativamente menos costosa que un juicio.

Los acuerdos resultantes de una conciliación extrajudicial en materia de familia gozan de eficacia jurídica (fuerza vinculante), traducida en los efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo, tal y como lo establece el artículo 136 del Código del Menor, características propias de una sentencia.

La conciliación implica interdisciplinariedad, se cuenta con la posibilidad de utilizar criterios diferentes de los jurídicos provenientes de áreas afines, como la filosofía, psicología, el trabajo social, la sociología, etc., que unidos llevan al éxito de la figura, siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales, las normas y principios de obligatorio cumplimiento.

El logro de acuerdos entre las partes es eminentemente voluntario y son ellas quienes controlan los resultados de la audiencia.

La audiencia de conciliación se desarrolla por medio de un procedimiento menos formal que el judicial o arbitral.

Generan en las personas implicadas, satisfacción con el acuerdo toda vez que el mismo es fruto de su propia voluntad.

Mejora las relaciones entre las personas porque la solución a su conflicto fue construido por ellas mismas, fortaleciendo sus relaciones.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA

Puede afirmarse que la conciliación desde el punto de vista de la audiencia o trámite conciliatorio, es de carácter procesal, dadas sus solemnidades, requisitos y efectos que son de obligatorio cumplimiento. Ahora bien, desde el punto de vista de la conciliación como acuerdo conciliatorio, consignado en un acta, es de carácter contractual y de derecho privado porque en él interviene fundamentalmente la voluntad de las partes, haciendo que una de ellas asuma la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor de la otra, es decir, surge una obligación unilateral, o la obligación de dar, hacer o no hacer una cosa en favor de la otra, recíprocamente, por tanto nace un contrato bilateral.

En el área del derecho penal, esta institución tiene sus particularidades, como se planteará en el capítulo 6° del presente trabajo.

Cuando la conciliación es judicial, no hay duda de su categorización procesalista; formal y materialmente es una etapa del proceso, las normas procesales son de orden público y por tanto la conciliación como etapa procesal es de naturaleza pública.

Cuando el acuerdo conciliatorio se produce extrajudicialmente, no puede afirmarse lo anterior y en vista de que son las partes quienes haciendo uso de la autonomía concedida legalmente, recurren a este método alternativo, solo en este sentido sus características son de naturaleza jurídica netamente privada pero con la salvedad de que deben observarse y respetarse las formalidades legales de la audiencia.

Tal como se afirma en Sentencia de la Corte Constitucional ¹⁶ :Finalmente, por definición la conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula". Y más adelante determina que la conciliación "es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial. (rei iudicata) y presta mérito ejecutivo. (Artículo 66, Ley 446 de 1998).

¹⁶ *Ibid.*, p. 17.

En la misma sentencia, la Corte expone que el texto del artículo 116 de la Ley Fundamental, otorga excepcionalmente a las autoridades administrativas la posibilidad de ser investidas legalmente de la función de administrar justicia en las materias específicamente previstas en la ley, siempre y cuando esta habilitación no implique la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos.

El artículo 116 de la Constitución Política define la naturaleza de la función de administración de justicia y el papel de los conciliadores en el cumplimiento de dicha función con carácter transitorio. Igualmente, la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en su artículo 13 confirma la función jurisdiccional de los conciliadores, y en sentencia de la Corte Constitucional se reafirma que “...los particulares, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley”¹⁷. Pero la función jurisdiccional del conciliador particular en materias como el derecho civil y comercial, es discutible aunque en materia de familia, si se ejercen funciones coactivas, propias de los jueces que son equivalentes e inherentes a la jurisdiccionalidad, tal es el caso de las medidas provisionales; o cuando el defensor de familia toma las medidas adecuadas a la protección de los derechos de los menores y de los mismos cónyuges, independientemente de que se logre o no un acuerdo conciliatorio. Es preciso aclarar, que el conciliador no está facultado para decidir la controversia, sino que son las mismas partes quienes definen el conflicto cuando logran llegar a un acuerdo. Pero la función jurisdiccional en su máxima expresión implica la expedición de providencias suscritas por el juez con carácter de fuerza obligatoria para los implicados y en el caso de la conciliación, con la firma del conciliador se acredita el acto, dándole un carácter de obligatoriedad, con calidad de cosa juzgada y préstamo de mérito ejecutivo, pero que no satisface a cabalidad el concepto de jurisdicción.

Vale la pena anotar que la norma constitucional en comento adolece de algunas deficiencias técnicas en su redacción, en la medida en que su texto da pie para entender que particulares habilitados como conciliadores por las partes en conflicto puedan administrar justicia en condiciones similares a las de los árbitros, cuando en realidad, el quehacer de aquellos no puede asimilarse a la de estos, ya que mientras los árbitros ejercen jurisdicción y están llamados a dirimir las controversias sometidas a su consideración, siendo en consecuencia sus decisiones vinculantes para las partes, los conciliadores carecen de jurisdicción y por ende de capacidad para imponer a las partes la solución del conflicto¹⁸.

Así el acceso a la justicia se puede lograr a través de la conciliación dentro del marco institucional y participativo, no mediante el ejercicio propiamente dicho de la función jurisdiccional por parte de un juez, la misma Corte Constitucional destaca la estirpe democrática de la conciliación. Sobre el particular ésta misma Corporación en sentencia C - 160 de 1999 ha precisado:

La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. ,p.14.

¹⁸ VARÓN PALOMINO, Juan Carlos. Régimen Jurídico de la conciliación en materia civil y comercial. *En: Revista de Derecho Privado. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá. N° 28, (Sep. 2002).*

a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial o particular, no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. El conciliador simplemente se limita a presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr la solución del conflicto y a presenciar y a registrar el acuerdo a que han llegado éstas; el conciliador por consiguiente, no es parte interesada en el conflicto y asume una posición neutral.

En la conciliación extrajudicial puede decirse que con relación al tercero conciliador, las figuras del impedimento y la recusación (calidad de administrador de justicia) son esenciales y hacen parte de su carácter eminentemente voluntario. Así mismo, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil.

En el área de derecho de familia, cuando se sometía a la jurisdicción civil, la ley 1ª de 1976, estableció la obligatoriedad de celebrar audiencia de conciliación entre los cónyuges en trámites de proceso de divorcio, haciéndola extensiva a los procesos de separación de cuerpos en matrimonios civiles y católicos. En concordancia con el Decreto 2272 de 1989, hoy es aplicable a dicha jurisdicción todo lo referente al proceso civil en lo relacionado con los procesos verbales, así como la Ley 23 de 1991 en sus artículos 47 al 58 y 75, lo mismo que el Decreto 2651 de 1991 en lo compatible con la conciliación y específicamente en el tema de derechos de alimentos con el proceso verbal sumario. La celebración de la conciliación se contempla en el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil, aunque aquí el principio de la disponibilidad de derechos propios se ve arrastrado por la supremacía del derecho del menor.

Al respecto, cabe destacar que si bien es cierto que en las relaciones particulares, las partes acuden a la conciliación para disponer libremente de sus derechos, en conciliación en materia de familia, el tratamiento es diferente; así, cuando se trata de una conciliación alimentaria en favor de un menor, no es válido exonerar a uno de los padres del pago de esta cuota, estando en capacidad de proveerla, o que se permita fijar una suma irrisoria frente a la verdadera capacidad del obligado. Igualmente, el acuerdo conciliatorio no tiene previsto una homologación judicial, salvo cuando intervengan incapaces.

En la doctrina existe discusión con relación a las ventajas de la conciliación. Se afirma que el Estado no puede procurar transacciones en materia de justicia, porque existe sacrificio para una de las partes¹⁹.

La Corte Constitucional afirma que “*Conciliar no implica por esencia renuncia, sino recíproca y voluntaria limitación de las pretensiones de las partes, de tal manera que a través de ella buscan armonizar los derechos por éstas invocados*”²⁰.

¹⁹ TORRES ORTIZ, Javier Bernardo. La conciliación en el Procedimiento Penal Colombiano: Aspectos dogmáticos y criminológicos. Medellín, 1996

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 197 de 1995

1.3 DE LA CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA

El trámite de la conciliación tiene una consagración de carácter procesal por su objetivo, naturaleza y procedencia; con aplicabilidad a todas las áreas del derecho, pero en el área de familia su aplicabilidad es restringida²¹.

Básicamente, la conciliación en el área de familia tiene como función evitar la dilación en los procesos, para obtener una solución pronta y eficaz, evitando la agudización de los conflictos familiares. En éste sentido, su aplicación resulta de gran utilidad cuando existen problemas de comunicación, puesto que no hay que dar a conocer a un extraño los secretos familiares, conservando de ésta forma la intimidad de cada uno de sus integrantes.

La ley procesal colombiana, ofrece la posibilidad de conciliar los conflictos familiares, entre ellos la fijación de asignaciones por alimentos, la cual puede darse tanto en la etapa prejudicial, como durante el proceso y aun en la etapa de aplicación de las decisiones judiciales. (Ley 23 de 1991).

Así pues, se intenta la conciliación ante el defensor de familia competente, como autoridad administrativa, previamente a la iniciación del proceso judicial como lo determina la Ley 23 de 1991 que consagra la conciliación en derecho de familia ó durante el proceso ante un juez de familia o juez promiscuo de familia. Posteriormente mediante la Ley 640 de 2001 se establece la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder al aparato jurisdiccional. Esta puede ser adelantada también ante los siguientes funcionarios: los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales. El acta de conciliación en materia de alimentos

En el acta de conciliación por alimentos se debe determinar claramente la cuantía, el lugar y forma de cumplimiento, la persona a quien debe hacerse el pago y los descuentos salariales y sus garantías. Si no hay acta, no hay prueba de la conciliación

El conciliador (funcionario público) de un asunto de fijación de cuota alimentaria, está facultado para solicitar al juez de familia el decreto y la práctica de medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes propios y sociales. Si el acuerdo fracasa, las medidas cautelares se mantienen hasta la iniciación del proceso, si este se promueve dentro de los tres meses siguientes. (Artículos 48 y 51 de la Ley 23 de 1991)

La Ley 640 de 2001 en su artículo 31 dispone que el defensor de familia, y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y

²¹ ROA GÓMEZ, Gloria Nelly. La conciliación, solución a los conflictos familiares. 1995

administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, medidas cautelares (artículo 444, num. 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil) a petición de parte o de oficio si es de urgente necesidad. Estas medidas son:

- Disponer provisionalmente sobre la cuota alimentaria a favor de los hijos menores o del cónyuge

- Decretar y ordenar la práctica de medidas cautelares sobre los bienes de la sociedad conyugal que están en cabeza del cónyuge no solicitante. Estas medidas cautelares las decreta y ordena el Defensor de Familia o el funcionario público antes citado, pero deben ser practicadas y cumplidas por el juez de familia. Para tal fin, se oficiará al juzgador de familia (reparto). El juez decidirá todo lo concerniente a su práctica y a las oposiciones de terceros.

- Disponer de la comparecencia de los menores para ser oídos dentro del proceso conciliatorio.

- En tratándose de asuntos referentes a cumplimiento de cuotas alimentarias podrá decretar el embargo preventivo hasta del 50% del sueldo y las prestaciones sociales, oficiando para tal fin al respectivo pagador o empleador para que proceda a efectuar las retenciones correspondientes (medida que toma directamente sin acudir al juez). Igualmente podrá decretar el embargo de los bienes muebles e inmuebles en cantidad suficiente para garantizar el pago de las cuotas alimentarias, y deberá comunicar al juez de familia quien procederá a practicarla (artículo 153 Código del Menor)

- También podrá oficiar al DAS y demás autoridades de inmigración para que impidan la salida del país del obligado a pagar alimentos, sin cumplir o prestar caución suficiente para el cumplimiento de las mismas.

En cuanto a medidas provisionales, el artículo 32 de la Ley 640 de 2001 autoriza adoptarlas. Para que tales medidas subsistan en el tiempo deberán ser refrendadas por el juez de familia. No podrán tomar esas medidas los conciliadores de los centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales ni los notarios, quienes únicamente las podrán solicitar al juez de familia competente. Al igual que al defensor de familia el artículo 32 de la referida Ley 640 autoriza al comisario de familia para tomar hasta por treinta días medidas provisionales si fuere urgente.

El juez decreta la medida definitiva a solicitud del defensor, pues no es función de este último funcionario decretar en forma definitiva tales medidas.

2. LA CONCILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA

2.1 DESARROLLO LEGISLATIVO EN COLOMBIA

La figura de la conciliación antecedió incluso en el tiempo a la intervención decisoria de jueces y árbitros, lo cual es propio de un Estado. La conciliación en su forma tuvo origen en el siglo XVIII y se generalizó con la revolución francesa.

Como se expuso en el capítulo 1, la base constitucional de la conciliación se encuentra consagrada en el artículo 116, inciso 4 de la Constitución Nacional.

Inicialmente la figura de la conciliación tenía un carácter voluntario. Incluso antes de la Constitución Política ya se habían promulgado leyes que hacían referencia a la conciliación como en materia civil donde esta institución hace parte integrante del proceso verbal desde la entrada en vigencia del Decreto 1400 de 1970, que en su artículo 445 introduce la conciliación como una audiencia que desarrolla ese mecanismo. Luego, en la reforma del procedimiento, en el Decreto 2282 de 1989, se introduce el artículo 101, implementándose la conciliación como paso obligado dentro de la audiencia, pero solo en procesos ordinarios y abreviados en los que la norma procesal no lo prohibiera. En el campo civil, luego se extendió a los procesos verbales de mayor y menor cuantía y

a los procesos verbales sumarios, dentro de los cuales se ubica el tema de los alimentos.

En Colombia la evolución de la conciliación en materia civil se puede clasificar en normas anteriores a la Constitución Política de 1991, tales como:

2.1.1 El Código de Procedimiento Civil

Decreto 1400 de 1970 en cuyo artículo 445 la contemplaba como etapa dentro de la audiencia del proceso verbal. Éste mismo Estatuto, en sus artículos 432 y 439, la impone en procesos verbales de mayor y menor cuantía y en los procesos verbales sumarios, mediante los cuales se tramita los procesos de alimentos.

2.1.2 El Decreto 2282 del 7 de octubre de 1989

Que junto con los Decretos 1400 de agosto 6 de 1970 y 2019 de 1970, hacen parte del Código de Procedimiento Civil, el cual en su artículo 101 instituyó la conciliación como obligatoria dentro de la audiencia, para los procesos ordinarios y abreviados en los que las normas procesales no lo prohibieran.

2.1.3 Además los desarrollos legales posteriores a la Constitución Política de 1991

Como la Ley 23 de 1991 que regula la conciliación en materia de familia entre otras. Modifica la estructura de manera que el Juez no sea el único autorizado para conciliar, haciendo posible que otras personas revestidas constitucionalmente de potestad para administrar justicia tuvieran la facultad de conciliar, sin la intervención de funcionarios de la rama judicial.

Con base en esta ley se crean en Colombia los centros de conciliación.

La Ley 23 de 1991 en su artículo 75 posibilita la celebración de la conciliación aunque haya proceso en marcha, y hasta antes de proferirse sentencia de primera instancia, ante los centros de conciliación creados por ésta, ante jueces y conciliadores en equidad; y señala que excepto en materia de familia, el acta de conciliación tendría efectos de cosa juzgada y prestaría mérito ejecutivo. A la conciliación en materia de familia, no se concedió el efecto de cosa juzgada y solamente se dispuso que en materia de alimentos el acta de conciliación prestara mérito ejecutivo y fuera exigible por el proceso ejecutivo de mínima cuantía, en caso de incumplimiento. Según el artículo 49 de dicha Ley: *"De lograrse la conciliación se levantará constancia de ella en acta. En cuanto corresponda a las obligaciones alimentarias entre los cónyuges, los descendientes y los ascendientes, prestará mérito ejecutivo, y serán exigibles por el proceso ejecutivo de mínima cuantía en caso de incumplimiento"*. Además establece la posibilidad de intentar la conciliación ante los mismos funcionarios aún habiéndose iniciado un proceso judicial, según lo indica la misma norma textualmente: *"durante el trámite de este"*.

2.1.4 El Decreto 2651 de 1991

Adoptado como legislación transitoria para la descongestión de los despachos judiciales, extiende la conciliación a todo tipo de procesos, incluyendo procesos arbitrales.

2.1.5 La Ley 270 de 1996

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en su artículo 8 consagra el principio de alternatividad.

2.1.6 La Ley 446 de julio 7 de 1998

por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. El Decreto 1818 de 1998 que agrupa todas las normas conciliatorias en un solo cuerpo legal y se conoce como Estatuto de los Mecanismos Alternativos de solución de conflictos.

2.1.7 La Ley 640 de enero 5 de 2001

por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y que incluye a los notarios dentro de las autoridades con facultades para conciliar extrajudicialmente en derecho²², estableció de forma clara y expresa, que la conciliación podrá adelantarse también ante los centros de conciliación, lo cual se venía implementando, ya que la Ley 23 permitió su creación, y derogó expresamente los artículos 28, 29, 34, 42, 60, 65, 65 parágrafo, 72, 73, 75, y 80 de la Ley 23 de 1991 y de la Ley 446 de 1998 los artículos: 67, 74, 76, 78, 79, 88, 89, 93, 95, 97, 98, y 101²³.

2.1.8 Actualmente según el Decreto 2272 de 1989

Que crea la jurisdicción de familia, es aplicable a ese procedimiento todo lo referente al procedimiento civil que se aplica a procesos verbales. Al respecto, el artículo 16 numeral 1 de dicho ordenamiento faculta para conciliar sobre alimentos, en el caso de que haya hijos menores, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y además especifica que será función de esta entidad aprobar las conciliaciones cuando no hubiere proceso en curso. Fracasada esta conciliación, el Instituto podrá adoptar medidas provisionales necesarias, sin perjuicio de la competencia atribuida a los jueces de familia. Así, sin

²² Ley 640 de 2001, artículo 19, 27 y 31

²³ VARÓN PALOMINO, Op. Cit., p 22.

existir un estatuto legal que regulara la conciliación, se facultó a dicha entidad para la celebración de audiencias conciliatorias y para adoptar medidas provisionales solo en casos en que no hubiera proceso en curso²⁴.

2.1.9 El Código del Menor o Decreto 2737 de 1989

Que conforme a su artículo 136 señala con relación a la conciliación de alimentos para menores, que la solicitud puede ser realizada por uno de sus padres, sus parientes hasta cuarto grado de consanguinidad, tutor o curador, y que en toda conciliación se deberá prevenir sobre el hecho de que si no se cumple con el pago de las cuotas alimentarias, el deudor no podrá ser oído en ningún tipo de conciliación o proceso judicial que tenga relación con la custodia, cuidado y visitas de los menores, según el artículo 150 del mismo Estatuto. Igualmente se reguló en forma más precisa la competencia en la conciliación administrativa como facultad del defensor de familia, quien es un funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Así se habla de un funcionario especializado para la conciliación del asunto específico de asistencia alimentaria. También se le otorgó competencia a este funcionario para fijar prudencial y provisionalmente los alimentos, en caso de que fracase la conciliación o ante la inasistencia en dos oportunidades a la citación a audiencia de conciliación.

2.1.10 El Código de Procedimiento Penal

Que en su artículo 41 consagra la posibilidad de realizar dos audiencias de conciliación en materia penal y la Ley 311 de 1996 por la cual se crea el Registro Nacional de Protección Familiar que ordena a los fiscales locales reportar al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) la identidad de aquellas personas contra quienes exista medida de aseguramiento porque se hayan sustraído sin justa causa al cumplimiento de la obligación alimentaria decretada mediante auto que ordene alimentos provisionales o cuando se libre mandamiento de pago en dichos procesos. Sobre éste particular, se tratará con mayor detalle en el capítulo 5 del presente escrito.

2.2 LEGISLACIÓN REFERENTE A CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA

2.2.1 La Ley 1ª de 1976

,Representa la primera norma de la que se tiene conocimiento en Colombia que habla de

²⁴ GALLÓN GIRALDO, Carlos. La conciliación administrativa no es requisito de procedibilidad ante la jurisdicción de familia. En: Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. N° 95 (Dic. 1988).

conciliación en materia de familia, después del Código Canónico. Esta ley en su artículo 27, numeral 3°, dispuso: *“Contestada la demanda de divorcio y la reconvención en su caso, ordenará al juez la citación de ambos cónyuges para que concurran personalmente a una audiencia de conciliación.....”*.

2.2.2 Decreto 2272 de 1989.

Mediante este decreto se adscribe a la jurisdicción de familia, el conocimiento de varios procesos de los que venía tratando la jurisdicción civil (artículo 5°), y a los cuales se le aplican las normas de procedimiento civil en lo referente a los procesos verbales (artículo 101) y para procesos ordinarios que no tuvieran otro trámite.

2.2.3 Igualmente la Ley 23 de 1991

En sus artículos 47 al 58, en concordancia con la Ley 446 de 1998, Decreto 1818, y Ley 640 de 2001, deben ser aplicadas en lo compatible con la conciliación. O sea, se traslada la conciliación obligatoria del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, a la jurisdicción de familia.

2.2.4 Decreto 2737 de 1989

Código del Menor, que en su artículo 136 autoriza la conciliación para acordar alimentos para menores. La norma dice:

En caso de incumplimiento de la obligación alimentaria para con un menor, cualquiera de sus padres, sus parientes, el guardador o la persona que lo atenga bajo su cuidado, podrán provocar la conciliación ante el Defensor de Familia, los jueces competentes, el Comisario de Familia o el Inspector de los Corregimientos de la residencia del menor, o estos de oficio. En la conciliación se determinará la cuantía.....

El Artículo 277 del mismo Estatuto, autoriza a los Defensores de Familia para aprobar las conciliaciones que celebren los cónyuges, los padres y demás familiares en asuntos extrajudiciales.

2.2.5 La Ley 446 de 1998

Que crea el requisito de procedibilidad en materia de familia. El artículo 88 dice:

La Conciliación deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial, ante el Juez de Familia, el Defensor de Familia, o en su defecto, ante el Juez Promiscuo Municipal de acuerdo con lo establecido en el Capítulo I del presente título. Los Jueces de Familia, Los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991.

La expresión “*deberá intentarse...*”, indica la obligatoriedad y por tanto la determinación del requisito de procedibilidad. En cuanto a los asuntos conciliables, hace referencia a las normas generales de la Ley; en su artículo 65, establece que serán materia de conciliación todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

Este requisito de procedibilidad se reitera en la Ley 640 de 2001 en su artículo 35, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C- 893 de 2001 pero solamente en lo relacionado con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en materia laboral, por lo cual sigue vigente esta exigencia en materia civil, contencioso administrativa y de familia.

2.2.6 Decreto 1818 de 1998

: En su artículo 30, señala la conciliación extrajudicial ante el Defensor de familia competente, antes o durante el proceso, en asuntos como la inasistencia alimentaria, entre otros.

En el artículo 32 establece que en materia de obligación alimentaria respecto de menores, el Defensor podrá adoptar las medidas señaladas en los ordinales 1 y 2 del artículo 153 del Código del Menor, relativos al embargo de salario, de inmuebles o embargo y secuestro de bienes muebles. Señala además que en caso de que la conciliación fracase y se inicie el proceso, por el hecho de haberse intentado la misma, se excluirá su actuación en dicho proceso y se dará cumplimiento sólo a los restantes aspectos del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, a menos que las partes de consuno manifiesten su deseo de conciliar.

2.2.7 Ley 640 de 2001

En su artículo 31 sobre la conciliación extrajudicial en materia de familia, se agregó de forma clara y expresa, que la misma podrá adelantarse también ante los Centros de Conciliación, lo cual se venía realizando ya que la Ley 23 de 1991 permitió la creación de éstos entes.

En el artículo 32 en cuanto a medidas provisionales se refiere, extendió la posibilidad de que sean solicitadas por los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales y los notarios.

2.3 PROCEDENCIA DE LA CONCILIACIÓN DE LOS ALIMENTOS EN DERECHO DE FAMILIA

En materia de familia se debe ser supremamente cuidadoso en determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación, por el papel importante que juegan los artículos 15 y

16 del Código Civil, que consagran:

Artículo 15: *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”*

Artículo 16: *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”*

Las normas anteriores establecen criterios o reglas generales consistentes en que solo se podrán renunciar o ser objeto de transacción: derechos que están dentro de la autonomía de la voluntad del individuo, que no estén prohibidos por la ley y que no esté involucrado el orden público y las buenas costumbres.

En materia de derecho procesal familiar sólo es procedente la conciliación en los casos en que la misma ley lo estipula, o sea, en los casos del artículo 47 de la Ley 23 de 1991, que se tramitan mediante el proceso verbal, bien sea de mayor o de menor cuantía o por el proceso verbal sumario (juicio específico para la fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos y restitución de pensiones alimenticias); casos en los cuales, se facilita la conciliación dado que ésta es una etapa dentro del proceso según los artículos 432 y 439 del Código de Procedimiento Civil. Entre los casos contemplados están los referentes a los alimentos.

El artículo 101 del Decreto 2282 de 1989, estableció la conciliación como obligatoria dentro de la audiencia, pero solo en procesos ordinarios y abreviados en los que las normas procesales no lo prohibieran. Esta audiencia del artículo 101 también tiene como objetivo el saneamiento del proceso, la decisión de excepciones previas que no requieran práctica de pruebas y la fijación de los hechos y pretensiones materia del litigio.

En los casos diferentes a los anotados no procede la conciliación, fundamentalmente porque se trata de casos de jurisdicción voluntaria, en los que por su naturaleza no cabe la conciliación o porque corresponden a normas de orden público.

2.4 LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

2.4.1 En materia civil el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 establece que si el conflicto en materia civil es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios.

Por tanto, el Ministerio del Interior y de Justicia ordenó la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad en materia civil para todos los distritos judiciales del país.

En materia de familia el artículo 40 de la Ley 640 de 2001 establece que sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta Ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso

judicial en los siguientes asuntos: “2. *Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias*”, entre otros.

Igualmente, el Ministerio del Interior y de Justicia ordenó la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad en materia de familia para todos los distritos judiciales del país.

3. COMPETENCIA PARA CONCILIAR EN MATERIA DE ALIMENTOS

3.1 NOMBRAMIENTO DEL CONCILIADOR

La Corte Constitucional se pronunció sobre el nombramiento del conciliador ²⁵ de la siguiente manera: *“La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por los interesados, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto”*. Así, los ciudadanos son investidos ocasionalmente por la ley de la función de impartir justicia, en condición de conciliadores. Esta facultad es esencialmente ocasional o transitoria y es además de carácter voluntario, por cuanto dentro del contexto de la norma superior en comento son las partes quienes habilitan al particular para resolver su controversia.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit., p. 17.

La transitoriedad y alternatividad deriva del hecho de que constituyen una forma de participación o colaboración de los particulares para el buen desempeño de la administración de justicia (artículo 95-7 de la Constitución Política). De ahí que por razones de orden público no sea concebible el traslado permanente de la función jurisdiccional a los particulares.

Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aceptación de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia. En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario²⁶.

Si bien es cierto que extraprocesalmente las partes pueden libremente escoger la institución o habilitar al conciliador que consideren mas les convenga; dentro de un proceso ya sea civil, de familia o penal, es el funcionario judicial quien desarrolla esta actividad, limitando así la libertad de escogencia de las partes involucradas, a menos que se busque la alternativa de conciliar por fuera del proceso y aportar el acta resultante al mismo.

3.2 NORMAS SOBRE COMPETENCIA PARA CONCILIAR EN MATERIA DE ALIMENTOS

Las normas sobre el tema de la competencia en el proceso de alimentos no son lo suficientemente armónicas ni congruentes ya que no permiten concluir de manera inexorable cuál es el juez competente para conocer del juicio de alimentos. Anteriormente era competencia de jueces municipales y jueces de menores, estos últimos en los asuntos en que estuviera involucrado un menor, salvo casos que conllevaran procesos de divorcio, separación de cuerpos o de nulidad matrimonial. Actualmente no hay claridad para establecer esa competencia dada la desarmonía existente entre las normas que se ocupan del tema: Decreto 2272 de octubre 7 de 1989 sobre organización de la jurisdicción de familia, el Decreto 2737 de noviembre 27 de 1989 o Código del Menor y el Decreto 2282 de 1989 que reformó el Código de Procedimiento Civil.

Según el artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, los jueces de familia son competentes para conocer de los procesos de alimentos, de la ejecución de los mismos y de su oferta.

Por su parte el Código del Menor en el artículo 136 no indica claramente quien es el juez competente para conocer de los procesos de alimentos, pero según el 139, se deduce que el procedimiento allí indicado se aplica al caso de menores y faculta al juez de familia o juez municipal de la residencia del menor para su conocimiento.

²⁶ Ibid., p. 35.

3. COMPETENCIA PARA CONCILIAR EN MATERIA DE ALIMENTOS

Sumado a lo anterior, el Decreto 2282 de 1989 establece la competencia en primera instancia de los jueces municipales, de los procesos de alimentos que no correspondan a los jueces de menores, casos de conocimiento de los jueces de familia en la actualidad, de acuerdo con el Decreto 2272 de 1989.

Sin embargo, en materia conciliatoria el artículo 136 del Código del Menor dispone que en caso de incumplimiento de la obligación alimentaria para con un menor, cualquiera de sus padres o la persona que lo tenga bajo su custodia y cuidado podrá provocar la conciliación ante el defensor, juez o comisario de familia, o inspector de la región donde el menor reside, a efectos de determinar la obligación alimentaria, su cuantía, forma de pago, los descuentos salariales y las garantías que aseguren su cumplimiento.

También el Código del Menor faculta a los funcionarios en mención para fijar prudencial y provisionalmente los alimentos, cuando la conciliación fracase o en los casos en que el notificado y obligado a suministrar alimentos no comparece.

La Ley 23 de 1991 en su artículo 75 establece la conciliación para procesos en marcha, antes de proferir sentencia de primera instancia ante centros de conciliación, conciliadores en equidad aún ante el mismo juez.

Con base en la Ley 640 de 2001, artículo 32, se le da competencia para decretar medidas provisionales en la conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de familia a los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales, quienes podrán adoptar hasta por treinta (30) días dicha determinación, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.

También los conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales y los notarios, podrán solicitar al juez competente que decrete las medidas señaladas.

Así, las personas involucradas en un conflicto que sea transigible, desistible o conciliable pueden acudir en general ante los conciliadores de los centros de conciliación, los notarios, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los inspectores de trabajo, los defensores de familia, los comisarios de familia, los jueces civiles o promiscuos municipales, los fiscales, los personeros, los defensores del cliente en las entidades del sistema financiero, los funcionarios encargados de la Procuraduría, la Dirección Nacional de Derechos de Autor, el Ministerio de Desarrollo Económico, la Superintendencia de Valores, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Superintendencia de Transporte, la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Salud, la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. También los estudiantes de derecho en atención en consultorios jurídicos. Todos los anteriores dentro del marco de sus funciones.

3.3 COMPETENCIA PARA CONCILIAR EN MATERIA DE ALIMENTOS.

La Ley 640 de 2001 lo que hizo fue ampliar el abanico de quienes pueden dirigir válidamente la conciliación en alimentos. En su artículo 31 señala que las autoridades facultadas para decretar la medida provisional por alimentos y determinar la cuota debida son los defensores de familia, los comisarios de familia, los agentes del ministerio público y los jueces civiles o promiscuos municipales; los restantes conciliadores que la ley autoriza no pueden por si mismos fijar la cuota y perseguir en sus bienes al deudor obligado; en estos casos se debe remitir la solicitud al juez indicado para que la decrete. Según el artículo 32 de la Ley citada, estos funcionarios además de fijar la cuota pueden embargar, secuestrar y retener ingresos o bienes del demandado para asegurar el pago de la cuota impuesta, en defensa del principio de solidaridad familiar y con base en el derecho fundamental de asistencia al menor. Estas medidas cautelares se autorizan solamente por 30 días y para conservarla o mantenerla, se requiere que dentro de ese término sea presentada la demanda de alimentos y se solicite su refrendación por el juez competente. Si no se realiza este procedimiento el afectado con la cuota puede solicitarle a quien la fijó o a quien impuso la medida cautelar, su levantamiento.

Legalmente las autoridades con facultades para dirigir una conciliación en tema de alimentos son:

3.3.1 Defensor de Familia: en virtud del artículo 47 de la Ley 23 1991

Se puede tramitar la fijación de la cuota alimentaria ante el Defensor de Familia. En su artículo 48 dispone que este funcionario público podrá ordenar medidas cautelares (artículo 444, numerales 1 literal e y 2 que remite al artículo 442 del Código de Procedimiento Civil), a petición de parte o de oficio si es de urgente necesidad. Estas medidas en materia de alimentos consisten en disponer provisionalmente sobre la cuota alimentaria en favor de los hijos menores o del cónyuge y en relación con asuntos referentes a cumplimiento de cuotas alimentarias podrá decretar el embargo preventivo hasta del 50% de sueldo y las prestaciones sociales, oficiando para tal fin al respectivo pagador o patrono para que proceda a efectuar las retenciones correspondientes (medida que toma directamente sin acudir al juez). Igualmente podrá decretar el embargo de los bienes muebles e inmuebles en cantidad suficiente para garantizar el pago de las cuotas alimentarias, y deberá comunicar al juez de familia quien procederá a practicarla (artículo 153 Código del Menor). También podrá oficiar al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y demás autoridades de inmigración para que impidan la salida del país del obligado a pagar alimentos, sin cumplir o prestar garantía suficiente para el cumplimiento de las mismas. El defensor de Familia podrá pedir o decretar las medidas cautelares ya descritas anteriormente, hasta el inicio del proceso judicial respectivo, y si no se adelanta la acción dentro del término señalado posterior a su

decreto, pierden vigencia. Estas medidas cautelares las decreta y ordena el Defensor de Familia, pero deben ser practicadas y cumplidas por el juez de familia, para lo cual, se oficia al juzgador de familia (reparto). El juez decidirá todo lo concerniente a su práctica y a las oposiciones de terceros. En la jurisdicción de familia la mayoría de procesos se tramitan por proceso verbal sumario, bien sea de mayor o de menor cuantía casos en los cuales, se procura la conciliación, dado que ésta es una etapa dentro del proceso según los artículos 432 y 439 del Código de Procedimiento Civil.

3.3.2 Ante un Centro de Conciliación y Arbitraje

(Ley 23 de 1991 artículos 66 y 75, Ley 446 de 1998, artículo 91) y Consultorios Jurídicos de las facultades de derecho (Ley 23 de 1991 artículo 68).

Tiene las mismas características y efectos de las demás audiencias de conciliación en otras instituciones, pero el conciliador carece de facultades para decretar medidas cautelares como las tienen el juez y defensor de familia.

Tampoco disponen de autoridad para hacer comparecer a las partes a la audiencia; cuando éstas no se presentan se da por terminado el trámite y se deja la constancia respectiva (artículo 2 Ley 640 de 2001).

Los apoderados pueden conciliar a nombre de otras personas o de las partes, cuando se les faculta expresamente; el acuerdo suscrito por éstos tiene plena validez.

En los Centros de Conciliación de los Consultorios Jurídicos públicos, privados, o universitarios se pueden tramitar los mismos asuntos que se tramitan ante las Defensorías de Familia.

3.3.3 Ante Comisario de Familia:

estas autoridades fueron creadas por el Decreto 2737 de 1989, artículos 295 a 299, tienen carácter policivo y sirven como órgano colaborador del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en la protección del menor y en la atención de los conflictos familiares. Cuentan con un equipo interdisciplinario de profesionales para cumplir con sus funciones: médicos, psicólogos, trabajadores sociales, abogados, entre otros. El Comisario de Familia aprueba la conciliación por medio de auto que notifica a las partes en estrado. Quien incumpla lo pactado se hace acreedor a las sanciones estipuladas en el artículo 68 del Código del Menor: multa o arresto.

3.3.4 Ante Conciliador en Equidad:

Ante él se concilian todos los asuntos susceptibles de transacción y desistimiento. El acta tiene todos los efectos jurídicos de la de cualquier otra institución que facilita la conciliación.

3.3.5 Ante Juez de familia:

Son conciliables ante este funcionario todos los asuntos estipulados en el Decreto 2272 de 1989, artículo 5º (Competencia de los Juzgados de Familia) y el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o Decreto 2282 de 1989, susceptibles de transacción, desistimiento, de allanamiento y que sean renunciables.

3.3.6 Ante Inspector o Comisario de Policía:

Todas las contravenciones especiales son susceptibles de conciliación por requerirse querrela de parte, o formulación de la queja por parte del ofendido y por admitir desistimiento.

3.3.7 Ante Fiscal o Juez Penal:

También se concilia sobre los asuntos que admiten desistimiento y aquellos que sean querellables, como el delito de inasistencia alimentaria. La competencia para conciliar en materia penal no se encuentra expresamente tratada en las leyes vigentes sobre la conciliación, pero tomando como referente la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, aún vigente en nuestro Distrito Judicial se tiene que en el artículo 41, el legislador autoriza la celebración de la audiencia de conciliación en cualquier tiempo durante el proceso penal, si lo solicitan los sujetos procesales o si el funcionario judicial lo decreta de oficio. Lo anterior sin perjuicio de la audiencia de conciliación que debe celebrarse dentro de los diez días siguientes a la resolución de apertura de instrucción. Aquí se permite la presencia de los apoderados de ambas partes, pero únicamente con el fin de ofrecer asesoría a sus poderdantes y además ofrecer fórmulas de arreglo. Igualmente, en el proceso penal quien avala el acuerdo, en caso de lograrse, es el funcionario judicial: fiscal o juez si lo considera ajustado a la ley; porque la instrucción corresponde a los fiscales locales, radicados en la mayoría de los municipios y pueblos de Colombia, y el juzgamiento a los jueces penales municipales. En este caso, se concede un plazo máximo de 60 días para verificar el cumplimiento del compromiso, sin posibilidad de prórroga, y por tanto, se suspende la actuación procesal.

Igualmente, el Nuevo Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004, en su artículo 37 numeral 3 consagra la competencia de los jueces penales municipales para conocer de los procesos por delitos que requieren querrela aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad e implique investigación oficiosa.

El delito de inasistencia alimentaria, corresponde a los llamados "*delitos de omisión propia*", y se considera consumado, de conformidad con el artículo 14 del Código Penal, en el lugar donde debió ejecutarse la acción omitida. Sin embargo, cuando el titular del derecho vulnerado con la infracción es un menor, la competencia por el factor territorial la fija el artículo 271 del Código del Menor no en el juez del lugar donde debió realizarse la acción omitida, sino en forma prevalente en el juez municipal del lugar de residencia del titular del derecho. Surge así una excepción legal al factor territorial de competencia en materia penal.²⁷ Lo anterior se establece por una parte, con fundamento en el artículo 44 de la Constitución que reconoce a los menores como titulares de derechos específicos que prevalecen sobre los derechos de los demás, atendiendo al interés superior del

menor y por otra, como destinatarios beneficiarios de las obligaciones de asistencia y de protección a cargo de la familia, la sociedad y el Estado.

Así pues la competencia, cuando el titular del derecho jurídicamente tutelado es un menor, la determina la residencia del sujeto pasivo del delito al momento de formularse la denuncia, esta competencia se fija con carácter inmutable, así los beneficiarios del derecho varíen su residencia, evitando vulnerar las garantías del procesado.

Es así como con relación a dicha competencia por el factor territorial que se señala para el caso de alimentos, si se ha iniciado un proceso en el lugar de residencia de un menor, como se determina legalmente, no se debe remitir el expediente al juez del lugar donde se traslade la residencia del menor; por tanto el juez original no pierde la competencia y debe seguir adelante con el trámite, dando cumplimiento al principio de la improrrogabilidad de la competencia²⁸. El Estado no puede prestar el servicio de administración de justicia según el lugar que la madre demandante elija para radicar su residencia, pues con ello se vulneraría la distribución de competencias que hace el Consejo Superior de la Judicatura.

Las posibilidades de conciliar durante el proceso penal se limitan a dos; sin embargo se admiten actas conciliatorias que se hayan producido por fuera de este proceso, ya se trate de conciliación en derecho o en equidad, siempre que se aporten antes de proferirse la sentencia de primera instancia.

El artículo 521 del Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de Agosto 31 de 2004, consagra la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación como mecanismos de justicia restaurativa.

La conciliación preprocesal en los delitos querellables está reglamentada por el artículo 522 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, que prescribe:

La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación. Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación²⁹.

Sin embargo, la audiencia prejudicial de conciliación no será requisito de

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación penal. M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Proceso N° 1711310 de julio de 2.000 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 2002.M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo.

²⁸ RAMIREZ SANCHEZ, John Eisenhower. Casuística en derecho de familia. Alimentos. Santiago de Cali. 2002. 68 p.

²⁹ Ley 906 de 2004

procedibilidad cuando se ignoren el domicilio, habitación y lugar de trabajo del citado, y cuando se quieran solicitar medidas cautelares. En ambos casos podrá presentarse directamente la demanda.

“La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente. En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001”³⁰.

Este procedimiento tendrá vigencia en el Distrito Judicial de Medellín hasta el 1° de enero de 2006, cuando entrará en vigencia la Ley 906 de 2004 o nuevo Código de Procedimiento Penal que remite a la Ley 640 de 2001 en lo relacionado con la conciliación aplicada dentro del proceso penal.

Así pues la cuota alimentaria puede acordarse por arreglo directo entre las partes, si no se puede negociar directamente se puede acudir a interpuesta persona: familiar o amigo que actúe como amigable componedor y en caso contrario, por medio de la ayuda institucional: a través de un conciliador en equidad, un juez de paz, un defensor de familia, un comisario de familia, un juez civil o promiscuo municipal, el conciliador de un centro de conciliación, de la personería o un notario.

También se debe conciliar, previamente al proceso, para solicitar revisión de cuota (aumento, disminución o exoneración), causa que se deba llevar a cabo ante un juez civil municipal o promiscuo municipal del domicilio del menor, o ante un juez de familia si lo hay en el lugar.

Los funcionarios personeros municipales y los jueces civiles o promiscuos municipales solo podrán dirigir la conciliación si en el respectivo municipio no existe ninguno de los funcionarios enunciados antes: Los defensores de familia, comisarios de familia, delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia, notarios, centros de conciliación autorizados: personas sin ánimo de lucro, entidades públicas y consultorios jurídicos .

Específicamente en cuestión alimentaria el artículo 136 del código del menor autoriza también a los inspectores de policía de los corregimientos.

3.4 INCIDENCIA DE CONCILIACIONES EXTRAJUDICIALES EN LA CONCILIACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL DE INASISTENCIA ALIMENTARIA.

Como se ha puntualizado, existen autoridades, entidades y hasta personas particulares

³⁰ *Ibidem.*

investidas transitoriamente para administrar justicia, que se encuentran facultadas legalmente para llevar a cabo una audiencia de conciliación, sin que exista limitación respecto al número de veces que se pueda acudir a esta figura jurídica, en lo que al tema de la obligación alimentaria se refiere, dado el efecto relativo de la cosa juzgada en esta materia y por tanto, si hay voluntad de llegar a un nuevo acuerdo entre las partes implicadas, no hay impedimento para realizar una audiencia tras otra.

Las actas de conciliación resultado de esas audiencias pueden aportarse dentro del proceso penal, otorgándose la posibilidad de hacerlo al instaurar la querrela o durante el curso del proceso penal. Asimismo, dentro de éste también se dan dos oportunidades para conciliar; siendo así múltiples las oportunidades que tienen las partes para llegar a un acuerdo.

Ni el actual Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), ni el nuevo (Ley 906 de 2004 que tendrá vigencia en nuestro Distrito Judicial a partir de enero de 2006), exigen como requisito para iniciar un proceso penal que se aporte el acta de conciliación procedente del último acuerdo obtenido ante cualquier autoridad facultada; simplemente, si el sujeto pasivo desea, la aporta al proceso para que se incorpore en el pronunciamiento del fiscal o del juez sobre la suspensión de la actuación para efectos de verificar su cumplimiento, por un término máximo de sesenta (60) días, improrrogables, como consta en el actual Código de Procedimiento Penal. La nueva Ley 906 de 2004 no indica nada sobre el término estipulado para la verificación del cumplimiento de lo acordado, siendo un aspecto de suma importancia por tratarse en este caso de una obligación de tracto sucesivo. La inasistencia alimentaria es un delito de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto su proceso consumativo comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida; la obligación de la parte se va cumpliendo periódicamente durante la vida del alimentario, es decir, se encuentra directamente ligado con el transcurrir del tiempo y en estas condiciones, es indiscutible que es determinante dicho término para definir la oportunidad para ejercer la acción correspondiente. Sobre éste punto, se profundizará más adelante en el capítulo 5° del presente trabajo.

4. EFECTOS DEL ACTA DE CONCILIACION EN MATERIA DE ALIMENTOS OBTENIDA DENTRO DEL AREA CIVIL

Para que el negocio jurídico que surge con ocasión de la conciliación en materia de alimentos surta efectos, debe cumplir con los siguientes requisitos, algunos de ellos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil:

Provenir de personas legalmente capaces. Mayores de 18 años, no haber sido declarados interdictos para que puedan tomar decisiones autónomamente y en el caso de menores o incapaces, tener la representación legal para poder decidir sobre sus derechos. Consentimiento libre de la conciliación, es decir, que no haya presencia de ningún vicio: error, fuerza y dolo; dialogar y decidir sin ningún tipo de presión, en condiciones de igualdad, sin temor a venganzas.

Recaer sobre objeto lícito y tener causa lícita.

Cumplir con algunas formalidades legales, tales como: contar con la presencia obligatoria de un tercero conciliador, observar el principio de oralidad, establecer obligaciones susceptibles de ser cumplidas por las partes y elaborar un acta que deberá ser firmada y aprobada por el facilitador o tercero conciliador.

El acta válidamente firmada produce todos los efectos que produciría una sentencia judicial debidamente ejecutoriada.

En general los efectos procesales de la conciliación son: hace tránsito a cosa juzgada, presta mérito ejecutivo, termina anormalmente del proceso, suspende la caducidad e interrumpe la prescripción.

4.1 EFECTOS JURÍDICOS DE TODA ACTA DE CONCILIACIÓN

Los efectos del acta de conciliación en materia civil deben diferenciarse en cuanto a si el acuerdo se obtuvo en audiencia de conciliación desarrollada dentro de un proceso judicial o por fuera de él, ya que sus efectos difieren, así:

- En el acuerdo conciliatorio extrajudicial: El Conciliador extenderá el acta de conciliación si se logran acuerdos de manera total o parcial, siguiendo la prescripción legal que fundamenta los efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo.

- En el acuerdo conciliatorio judicial: El juez extenderá el acta de conciliación que tendrá efectos de cosa juzgada, mérito ejecutivo y además termina anticipadamente el proceso.

En términos generales, los efectos del acta conciliatoria tienen las siguientes características:

4.1.1. Cosa Juzgada: También

Se le denomina principio de irrefragabilidad, en razón de que la decisión emitida sobre el caso es inmutable, intocable, definitivo y no puede ser modificado por el juez una vez que dicha decisión de fondo se encuentre en firme; si no fuera así, la vida jurídica estaría regida por la mas absoluta incertidumbre y la actividad jurisdiccional se vería gravemente disminuida, sin poder cumplir sus fines.

Por cosa juzgada se entiende la situación en que se encuentra determinado fenómeno, en que por razones de orden público, la ley ha querido que no sea sometida a debate y a decisión judicial, por haber alcanzado ya el estado de ser imperiosa, inmutable y definitiva, dotada de eficacia y obligatoriedad³¹.

Sin embargo esta máxima no rige de manera absoluta, pues debe tenerse en cuenta que las condiciones suelen consagrar diversas excepciones que confirman su carácter relativo. Por ejemplo, cuando se presenta el llamado "*juicio de revisión*" de la sentencia proferida, tendiente a examinar nuevos elementos de prueba o a desechar medios probatorios ilegalmente aducidos o a subsanar errores judiciales de los cuales se pueda inferir la absolución del procesado; así mismo es posible que apliquen al caso, acciones

³¹ JUNCO VARGAS, José Roberto. La conciliación aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 2002

de tutela encaminadas a revisar las sentencias judiciales desconocedoras de los derechos constitucionales.

Por el aspecto relativo, la cosa juzgada solo produce efectos entre las partes que figuraron en el primer litigio; en éste sentido al acta de conciliación se aplican los mismos principios que a la sentencia en general. Sin embargo, hay algunas excepciones a esta regla, según las cuales, los efectos de la cosa juzgada se producen *erga omnes*, tal como opera para la sentencia. Hay algunas sentencias, las constitutivas o modificativas, en las cuales el efecto de cosa juzgada produce resultados respecto de todos, en las demás clases de sentencias, las condenatorias y declarativas, (como es el caso de los alimentos), los efectos de la cosa juzgada son eminentemente relativos a las partes y a quienes con ellas tienen identidad jurídica.

Aquí es preciso hacer la diferencia entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La de carácter formal impide que dentro del mismo proceso se pueda revisar la decisión adoptada; significa que el fallo o decisión sobre un asunto no puede ser sometida nuevamente a juicio de la jurisdicción; mientras que la de carácter material o sustancial implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso, sino frente a cualquier otro proceso en el que los mismos sujetos, con fundamento en una misma causa, quieran discutir el objeto ya tratado, todo lo cual identifica la sentencia con una norma jurídica de carácter individual y como tal debe ser acatada y cumplida, no solo por los destinatarios de ella, sino incluso por la jurisdicción³²

La fuerza formal de la cosa juzgada significa la imposibilidad de impugnar la resolución judicial o el acuerdo conciliatorio; la fuerza material de la cosa juzgada es el efecto vinculante (indiscutibilidad) del contenido de los mismos en otro proceso. Estos conceptos tienen existencia independiente, puesto que la fuerza formal, comienza a existir en el momento mismo de la publicación de una sentencia cuando no es admisible contra ella ningún recurso ó a partir de la elaboración y firma del acta conciliatoria. Y la fuerza material opera solamente con referencia a sentencias definitivas y al contenido del acta conciliatoria.

Es la ley la que determina que un asunto o institución jurídica adquiera la calidad de ser cosa juzgada; entonces por voluntad de la ley el Estado pierde la potestad jurisdiccional frente a esa situación jurídica, bien sea porque ya se agotó un procedimiento y existe sentencia ejecutoriada, o porque la ley impide la procedibilidad de conocimiento como en el caso de la transacción y la conciliación.

La cosa juzgada persigue la seguridad jurídica y la estabilidad del orden público al impedir que una situación sea sometida nuevamente a la acción del aparato jurisdiccional.

Características de la cosa juzgada:

Obligatoriedad: tanto para las partes como para el Estado, si una de las partes incumple, la otra debe alegar como excepción previa o de fondo la existencia de una

³² PATIÑO, Mauricio. Notas de clase de derecho procesal parte general. Medellín Universidad de Antioquia. Facultad de derecho, 2002. p. 240

decisión de fondo o excepción de cosa juzgada.

Inmutabilidad: no puede modificarse ni siquiera con la intervención del aparato jurisdiccional.

Impide la jurisdicción: porque se presume que están satisfechas todas las pretensiones.

Es cosa juzgada por disposición de la ley: el Estado soberano dispone no tener que conocer nuevamente el asunto.

De acuerdo con el profesor Mauricio Patiño, el principio procesal de cosa juzgada está relacionado con la seguridad jurídica y con la idea de que el proceso nace para poner efectivamente fin a un litigio, que de no lograrse, el proceso no cumpliría ninguna función; por esta razón se hace imposible juzgar dos veces la misma situación. Se refiere entonces a situaciones consolidadas, ya que se impide su posterior modificación.

- La cosa juzgada en la conciliación. Este efecto de la cosa juzgada de la conciliación se reconoce legalmente en los artículos 34, 60, 80, 87 de la Ley 23 de 1991 y artículos 66, 109 y 131 de la Ley 446 de 1998, señalando que contra el acuerdo contenido en el acta no procede recurso alguno. Igual efecto se contempla legalmente para la conciliación en equidad.

La cosa juzgada es una institución jurídica eminentemente legal, cobija fenómenos que la ley expresamente ha determinado y además puede producir efectos *erga omnes*, cosa juzgada general, o a unos sujetos en particular, cosa juzgada relativa o *inter partes*. En este sentido, la ley ha establecido que en el caso de la conciliación y si el acuerdo se ajusta a derecho, haga tránsito a cosa juzgada, pero cosa juzgada relativa. Así la oponibilidad del acto es relativa, es decir, limitada solo a quienes expresaron su consentimiento, a excepción de que haya algún tercero que dependa jurídicamente de una de las partes, caso en el cual si operaría la oponibilidad, por ejemplo en el caso de deudores solidarios, por la misma característica de la obligación.

Es imposible que la conciliación produzca efectos de cosa juzgada general porque este efecto solo se atribuye a sentencias específicas en las que la ley ha dado ese carácter de forma expresa, por ejemplo en procesos declarativos de pertenencia.

En relación con el acta de conciliación que hace tránsito a cosa juzgada, significa que los acuerdos adelantados ante los respectivos conciliadores habilitados por ley, aseguran que lo consignado en dichos acuerdos no sea de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. El efecto mencionado busca darle certidumbre al derecho y proteger a ambas partes de una nueva acción o una nueva sentencia, es la representación de la autoridad del acuerdo conciliatorio que al tener la facultad de no volver a ser objeto de discusión, anula todos los medios de impugnación que puedan modificar lo establecido en él.

La cosa juzgada además de vincular a las partes, vincula también al Estado por medio de su aparato judicial para hacer que una determinada situación jurídica no sea sometida a un proceso porque ya está revestida de firmeza, inmutabilidad, eficacia, obligatoriedad, e impedimento de acción.

Para que el acuerdo obtenido y consignado en un acta de conciliación judicial obre

los efectos de cosa juzgada es necesario además un acto decisorio por parte de un juez manifestado por un auto, donde se certifique que el acuerdo es ajustado a derecho, según el caso debatido y que por tanto no viola o vulnera derechos de las mismas partes y de terceros.

El acuerdo conciliatorio que hace tránsito a cosa juzgada, no impide que dicho acuerdo sea objeto de revisión jurisdiccional, en tanto como acuerdo de voluntades debe someterse al cumplimiento de exigencias relativas a su objeto, causa y capacidad como requisitos de validez y no sobre lo acordado, objeto de la conciliación. A esto precisamente se refiere el paso de la homologación o refrendación del acuerdo que debe surtirse en algunas audiencias conciliatorias (dentro de un proceso judicial) para que se de el tránsito del acuerdo al estado de cosa juzgada.

En estos casos, para que exista cosa juzgada con base en la conciliación se debe aportar el acta que recoge la audiencia respectiva, junto con la copia del auto que la apruebe y donde se declare que el acuerdo esta ajustado a la ley. Si la conciliación es extrajudicial, basta con la firma del conciliador y si es judicial debe aparecer el auto aprobatorio en el mismo cuerpo del acta.

Este alcance de cosa juzgada viene dado por ministerio de la ley, lo que indica que es imposible iniciar proceso judicial alguno sobre los hechos conciliados, salvo que se trate de pretender anular lo acordado porque así lo amerite. Este acuerdo por el contrario, le permite al interesado invocar lo acordado dentro de un proceso judicial, como una excepción; se anexa el acta conciliatoria refrendada por el juez, si el acuerdo se logró dentro de un proceso judicial, o solamente con la firma del conciliador si es conciliación extrajudicial, como prueba y el juez se pronuncia sobre ella en la sentencia.

Como requisito de forma para lograr el estado de cosa juzgada, el acuerdo debe estar contenido en un acta, la cual es un documento público donde se inserta el acuerdo y como requisitos de fondo están el de eficacia, identidad de los sujetos, determinación del conflicto que motivó el acuerdo y el convenio mismo; y el de validez: en cuanto que no debe existir ningún vicio que afecte el acto porque podría ser sometido a proceso de nulidad por vicios. También en este sentido y como se indicó antes, se aprecia la cosa juzgada relativa, ya que puede ser sometida a juicio si aparece algún vicio que conlleve nulidad.

4.1.2 El acta de conciliación presta mérito ejecutivo:

Esta facultad permite exigir el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la conciliación, de forma inmediata y forzosa por la vía de ejecución. La Ley 23 de 1991, en su artículo 49, la contempla para las obligaciones alimentarias incumplidas, mediante un proceso de mínima cuantía. (Código de Procedimiento Civil, artículo 488), de aquí la importancia de cumplir con todos los requisitos relativos a la elaboración del acta conciliatoria.

En éste punto del trabajo, es preciso reiterar que el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo respecto a los alimentos ya causados y no pagados, en lo que haya sido objeto de conciliación; por consiguiente si no hay

cumplimiento voluntario es posible su cobro coactivo.

Para ello se exige al conciliador que se inserte dentro del acta claramente cuales son las partes objeto del acuerdo, cada una de las obligaciones asumidas por las partes, procurando establecer los montos, condiciones de exigibilidad, plazos concretos y ciertos y demás aspectos que aseguren una obligación expresa, clara y exigible y que proviene de una de las partes en forma concreta. "Podemos decir que el "ARQUITECTO" de los acuerdos totales o parciales contenidos en el acta de Conciliación es el Conciliador, de donde se desprende una responsabilidad adicional de suma importancia como tercero orientador y dirigente de la audiencia de Conciliación"³³.

Como se anotó antes, en la conciliación judicial se requiere además del acta, una manifestación especial (auto) por parte del conciliador (juez) que convalide ese acuerdo por estar ceñido a la ley, lo que implica una providencia aprobatoria. Por tanto es necesario un título ejecutivo complejo.

De otra parte el acta de conciliación presta mérito ejecutivo dentro de los términos del artículo 66 de la Ley 446 de 1998, esto es que cuando el acta de conciliación contenga una obligación clara, expresa y exigible, será de obligatorio cumplimiento para la parte a la que se imponga dicha obligación. En caso de incumplimiento total o parcial de lo acordado por parte de uno de los conciliantes, la autoridad judicial competente podrá ordenar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, dando efectividad a los acuerdos.

Debe tenerse presente que la primera copia del acta es la que presta mérito ejecutivo.

Para determinar el momento a partir del cual se puede predicar que el acta conciliatoria extrajudicial cumple los efectos de cosa juzgada y prestar mérito ejecutivo debe tenerse en cuenta varias etapas:

a. El Conciliador levanta el acta de conciliación si se logran acuerdos de manera total o parcial. El acta deberá contener:

- El encabezado de identificación del Centro de conciliación
- El tipo de asunto o conflicto que se pretende conciliar
- Identificación del conciliador y de los sujetos intervinientes en la Audiencia.
- El lugar, fecha y hora de inicio de la audiencia³⁴
- La exposición detallada del trámite de la audiencia en donde se explica a las partes la naturaleza, propósito y voluntariedad de la conciliación y se expone además el procedimiento a seguir durante la audiencia y los efectos de la conciliación.
- La síntesis del conflicto, la cual comprende el resumen de las intervenciones de las partes respecto a la identificación del conflicto.
- La relación detallada de los documentos que las partes aportan

³³ RESTREPO SERRANO, Op. Cit., p. 15.

³⁴ El acta contendrá, además, la fecha y hora de su reanudación cuando fue suspendida.

- Los puntos conciliados o acuerdos, sean totales o parciales.
- La anotación de que los acuerdos logrados se constituyen en cosa juzgada y de que el acta que se suscribe y entrega a cada una es la primera copia y que presta mérito ejecutivo.
- La constancia de lectura y notificación del acta.
- Los nombres de los intervinientes, con la indicación correspondiente a la calidad en que actuaron: del Director o Coordinador del Centro de Conciliación, del Conciliador y el de cada una de las partes, para efecto de su suscripción.

b. Deberá suscribirse el acta para lo cual el conciliador entregará el acta, en primer lugar, al Director o Coordinador del Centro de Conciliación; luego deberán suscribirla las partes y por último el Conciliador.

Si al momento de la suscripción del acta alguna de las partes se niega a firmar, se dejará constancia en ella y se informará a las demás partes que no hubo conciliación. En caso de que alguna de las partes no sepa firmar, deberá optarse por la figura de la firma a ruego, con una constancia de este hecho³⁵.

c. Una vez esté suscrita el acta por todas las partes, el conciliador y deberá entregar una copia al centro de conciliación para efectos de proceder con su registro, y su posterior archivo y conservación.

Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del acta y sus antecedentes, el centro certificará en cada una de las actas la condición de conciliador inscrito y hará constar si se trata de la primera copia que presta mérito. El centro sólo registrará las actas que cumplan con los requisitos formales establecidos legalmente. Posteriormente el conciliador hará entrega a cada una de las partes de una copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia con el efecto antes anotado.

De esta manera, los efectos del acuerdo conciliatorio y del acta de conciliación previstos en el artículo 66 de la Ley 446 de 1998, sólo se surtirán a partir del registro del acta en el Centro de Conciliación³⁶.

4.1.3 Termina anticipadamente el proceso

Por lo que es considerada una forma anormal de terminación del mismo, lo cual se lograría mediante una sentencia judicial; en el caso de la conciliación este fin anticipado se alcanza mediante el arreglo consignado en el acta de conciliación.

Una vez obtenida el acta de conciliación, si ésta se produce dentro del proceso civil (proceso verbal sumario), el juez emite la providencia para la terminación anticipada del proceso; si el acta se obtiene al interior del proceso penal el funcionario judicial está obligado a proferir la resolución inhibitoria, la resolución de preclusión de la investigación

³⁵ Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Consultorio Jurídico "Guillermo Peña Alzate". Manual de Procedimiento del Centro de Conciliación.

³⁶ Ley 640 de 2001. Artículo 14

o la providencia de cesación del procedimiento, según corresponda a la etapa en que se realizó el acuerdo, trayendo como consecuencia la terminación anticipada del proceso.

4.1.4 Suspende la caducidad de la acción.

La acción para reclamar un derecho por la vía judicial caduca por no haber formulado la demanda correspondiente dentro del término previsto por la ley, pero no se afecta el derecho. Este efecto de un acta de conciliación no se contempla en el caso de conciliaciones por obligaciones alimentarias, ya que en esta materia el derecho se tiene durante toda la vida del alimentario, mientras subsistan las causas que lo legitiman y pueden pedirse cada vez que se presenten los supuestos legales. Pero la prestación de alimentos no opera con retroactividad, es decir, la ley supone que el alimentario no tenía la necesidad de recibir alimentos sino hasta cuando demandó.

4.1.5 Interrumpe la Prescripción.

Contrario a la caducidad, la prescripción sí afecta el derecho por no haberlo ejercido. La acción caduca y el derecho prescribe. En materia de familia la prescripción no opera en el caso de reclamación de derechos patrimoniales sobre alimentos.

El artículo 21 de la ley 640 de 2001 establece que con la presentación de una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho se suspende la caducidad o la prescripción de la acción por un plazo de hasta tres meses.

4.2 EFECTOS EN MATERIA DE ALIMENTOS

Algo muy importante a tener en cuenta es que en derecho de familia, el tránsito a cosa juzgada es relativo, para determinados trámites. Es decir, opera con carácter de absoluto en procesos de divorcio, separación de cuerpos y de bienes, y en los de declaración de la existencia de la unión marital de hecho, adopción, terminación de la patria potestad, nulidad de matrimonio civil, reconocimiento de hijo extramatrimonial (casos éstos últimos en los cuales no cabe la posibilidad de conciliar porque son derechos no disponibles por las partes) y opera con carácter relativo en materia de alimentos, tenencia y cuidado de hijos, régimen de visitas, suspensión (casos en los que si se debe acudir a la institución jurídica de la conciliación) y rehabilitación de la Patria Potestad; se exceptúan éstos últimos casos porque es posible que cambien las circunstancias que dieron origen a la demanda, pudiéndose ventilar nuevamente entre las mismas partes.

Algo muy importante a tener en cuenta es que en derecho de familia, el tránsito a cosa juzgada es relativo, para determinados trámites. Es decir, opera con carácter de absoluto en procesos de divorcio, separación de cuerpos y de bienes, declaración de la existencia de la unión marital de hecho, adopción, terminación de la patria potestad, nulidad de matrimonio civil, reconocimiento de hijo extramatrimonial y opera con carácter

relativo en materia de alimentos, tenencia y cuidado de hijos, régimen de visitas, suspensión y rehabilitación de la Patria Potestad; se exceptúan éstos últimos casos porque es posible que cambien las circunstancias que dieron origen a la demanda, pudiéndose ventilar nuevamente entre las mismas partes.

Aunque la Ley 23 de 1991 en su artículo 80 confiere al acta de conciliación que contenga el acuerdo al que llegaron las partes, el efecto de hacer tránsito a cosa juzgada y prestar mérito ejecutivo, en la parte donde se regula específicamente la conciliación en la legislación de familia, en su artículo 49, solo le da el efecto de mérito ejecutivo, y de hacerse exigible por el proceso ejecutivo de mínima cuantía en caso de incumplimiento, en cuanto corresponda a obligaciones alimentarias entre los cónyuges, descendientes y ascendientes. También existe la posibilidad de acudir al sistema penal instaurando una querrela por el delito de inasistencia alimentaria, donde igualmente el fiscal deberá citar a la audiencia de conciliación. Por lo anterior el efecto de cosa juzgada que debe entenderse como una forma de desarrollar la seguridad jurídica, plantea una antinomia con la justicia, porque muchas veces, lo que es cierto en el proceso: el acuerdo, no lo es en la vida real, generando un choque entre lo seguro y lo justo que se evidencia en el incumplimiento sobreviniente a lo pactado por las partes.

En razón a lo expuesto y atendiendo a la justicia como un valor de mayor prioridad que la seguridad jurídica, ante el incumplimiento de la obligación alimentaria se contemplan varias vías, no excluyentes, que el afectado o su representante legal pueden tomar para hacer efectivo su derecho: acudir al procedimiento administrativo solicitando conciliación ante comisario de familia, defensor de familia, o inspector del corregimiento ó acudir a los jueces competentes: la jurisdicción de familia o civil municipal, y la jurisdicción penal, en donde también se tendrán oportunidades legales para conciliar.

Este principio de cosa juzgada en el tema de alimentos es un aforismo de índole procesal que supone para el juez la obligación de dictar sentencia sin que le sea posible emitir un nuevo fallo o decisión de fondo, cuando ya haya conocido del asunto mediante providencia judicial anterior, por lo cual se dice que la cosa juzgada penal tiene efecto negativo, a diferencia de la cosa juzgada civil, que tiene alcance positivo, pues el funcionario está obligado a fallar de nuevo. Del axioma estudiado se desprende una regla muy importante: *el non bis in ídem*, según la cual no se puede juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho entendiendo por identidad del hecho la coincidencia entre la persona, el objeto y la causa de persecución penal. Por otra parte, existen posiciones que argumentan que la cosa juzgada civil no debe tener fuerza en el juicio penal, porque se trata de cuestiones propiamente penales sometidas por razones de orden público a procedimientos diferentes de los que rigen en materia civil, que garantizan mas ampliamente el derecho de defensa del procesado y la defensa social, por la publicidad y amplitud del juicio y por las garantías de que se le rodea ³⁷.

El hecho de que el conciliador actúe como director del arreglo conciliatorio en un acta acordada únicamente por las partes, haría discutible la función jurisdiccional del conciliador particular (facultad otorgada constitucionalmente), pero hay que considerar

³⁷ DIAZ, Pedro. Citado por REÁTIGA S., Félix Eduardo. Algunas consideraciones sobre la cosa juzgada en materia civil y penal. Medellín, 1944, 194 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

que además el conciliador en materia de familia, ejerce funciones coactivas inherentes a los jueces y que son equivalentes a la jurisdiccionalidad, como es el caso de las medidas provisionales. De lo anterior se concluye la naturaleza procesal y de orden público de la conciliación prejudicial, carácter confirmado por la Corte Constitucional en Sala Plena, según Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996. De aquí que los efectos procesales en materia de alimentos siguen siendo válidos: cosa juzgada, mérito ejecutivo y terminación anormal del proceso; este último en caso de tratarse de una conciliación producida dentro del proceso judicial.

En cuanto al mérito ejecutivo se tiene que se podrán cobrar por la vía ejecutiva tanto los alimentos definitivos establecidos en un acta de conciliación, como los provisionales, determinados en auto que señale la cuota provisional. Para el cobro de los alimentos provisionales se seguirá ejecución en el mismo expediente, en cuaderno separado, por el trámite del proceso ejecutivo de mínima cuantía, cuando se ha incoado una demanda en el ámbito civil o de familia. El juez ordenará que se den alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, siempre que lo solicite el demandante y acompañe prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado. La sentencia podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta los satisfaga; en tal caso, si el demandado no cumple la orden en el curso de los diez días siguientes, el demandante podrá pedir al juez, en el mismo expediente y por el trámite del proceso ejecutivo de mínima cuantía, que decrete el embargo, secuestro, avalúo y remate de bienes del deudor en la cantidad necesaria para la obtención del capital fijado. En este proceso no se admitirá la intervención de terceros acreedores. En estos trámites ejecutivos sólo puede proponerse la excepción de cumplimiento de la obligación.

Con relación al efecto de prescripción o de caducidad debe anotarse que el derecho de alimentos como tal no admite restricción, pero sí las pensiones por alimentos atrasadas, que podrán renunciarse o compensarse e igualmente ser combatidas por la prescripción en su cobro en el proceso ejecutivo, tal como lo faculta el artículo 426 del Código Civil dentro del término del artículo 2536 del mismo texto, reformado por la Ley 791 de 2002 de reducción en los términos de prescripción en materia civil.

Es necesario entonces distinguir entre el derecho a pedir alimentos y la deuda por alimentos, pues el primero, por su carácter de inalienable, impide que su beneficiario sea privado de él por un pacto o porque el transcurso del tiempo lo extinga por no ejercerlo, situación que no acontece cuando se trata de la existencia de una deuda.

5. LA INASISTENCIA ALIMENTARIA COMO INCUMPLIMIENTO A UNA OBLIGACION CIVIL Y COMO DELITO

5.1 LA INASISTENCIA ALIMENTARIA COMO INCUMPLIMIENTO A UNA OBLIGACIÓN CIVIL

5.1.1 Naturaleza de la obligación alimentaria.

En la legislación colombiana la obligación de dar alimentos^{38 39}, es de naturaleza civil, porque el derecho privado le atribuyó el carácter jurídico a una obligación que en principio

³⁸ De conformidad con el artículo 133 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto".

³⁹

es natural, trayendo consigo repercusiones legales como lo es la posibilidad de hacerla exigible ante los estrados judiciales.

Respecto a la naturaleza de la obligación alimentaria, el Diccionario de Derecho Privado⁴⁰ enseña que:

La deuda alimenticia no puede conceptuarse como de naturaleza puramente patrimonial aun cuando en definitiva, se resuelva en una pretensión de esta índole. El derecho del alimentista no constituye un elemento activo de su patrimonio, porque no es algo de lo que pueda disponer, un valor que aumente el patrimonio y sirva de garantía a los acreedores. Es un interés de orden superior y familiar. Inversamente el débito por alimentos no constituye para el obligado un elemento pasivo de su patrimonio, ya que su valor no se tiene en cuenta cuando se valúa el patrimonio del deudor, entonces no hay ni ventaja, ni carga patrimonial, su carácter prevalente es la naturaleza familiar y social de la institución que la excluye del ámbito de las relaciones individuales puras y simples de contenido económico.

Acerca de la naturaleza del deber alimentario, la Corte Constitucional enseña: "...es una obligación personal e intransferible, irrenunciable, recíproca, indivisible, indeterminada, no susceptible de embargo, novación, compensación, ni transacción"⁴¹. Ésta misma Corporación mediante la Sentencia T-212 de 1992 señaló las características de la obligación alimentaria: "recíproca, sucesiva, divisible, alternativa, imprescriptible, asegurable y sancionada en su incumplimiento"

El tratadista Suárez Franco, define: "*La pensión alimenticia es una obligación de carácter civil que recae sobre determinadas personas, específicamente determinadas por la ley, económicamente capaces...*"⁴².

5.1.2 Titulares del derecho de alimentos.

El artículo 411 del Código Civil Colombiano, consagra que se deben alimentos a las siguientes personas:

- 1) Al cónyuge.
- 2) A los descendientes legítimos.
- 3) A los ascendientes legítimos.
- 4) Modificado. Ley 1ª. de 1976, artículo 23. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.
- 5) Modificado. Ley 75 de 1968, artículo 31. A los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales.
- 6) Modificado. Ley 75 de 1968, artículo 31. A los ascendientes naturales.

⁴⁰ DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor S.A. Barcelona Madrid.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 237 de 1997. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

⁴² SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Temis, 1992, p. 368-370

- 7) A los hijos adoptivos.
- 8) A los padres adoptantes.
- 9) A los hermanos legítimos.

10) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada. La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

Los sujetos relacionados en el artículo 411 del Código Civil, están entre sí, recíprocamente, obligados a suministrarse alimentos

El artículo 422 *ibídem* establece el derecho de alimentos para los mayores de 18 años que se encuentren con algún impedimento corporal o mental, y se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo.

Según el artículo 135 del Código del Menor *“La mujer grávida podrá reclamar alimentos respecto del hijo que está por nacer, del padre legítimo o del que haya reconocido la paternidad en el caso del hijo extramatrimonial.”*

Entre esposos el vínculo es el matrimonio. De ahí que desaparezca la deuda alimenticia en casos de divorcio o nulidad.

Valga anotar, que entre los parientes subsisten el derecho y el deber de alimentos con independencia del matrimonio de los padres, o de que estos conserven o no la patria potestad, tal como lo dispone el artículo 156 del Código del Menor, *“Cuando a los padres se imponga la sanción de suspensión o pérdida de la patria potestad, no por ello cesará la obligación alimentaria. Esta obligación termina cuando el menor es entregado en adopción”*.

5.1.3 Clases de alimentos.

La legislación civil colombiana, (artículos 413 y 414 del Código Civil y 137 del Código del Menor) divide los alimentos en congruos y necesarios en los siguientes términos:

“Congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida.

Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de diez y ocho años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio”.

Los alimentos fijados por el juez se dividen en provisorios, (artículo 417 del Código Civil) y definitivos, sea para establecer originalmente su cuantía o para modificar la establecida con anterioridad.

De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional evidenciado en la Sentencia C-092 de 2002, en la cual se declara inexecutable la expresión *“la quinta causa de”*, contenida en el numeral 5 del artículo 2495 del Código Civil, adicionado por el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989, y executable en forma condicionada el resto de la misma disposición, esto es, siempre que se entienda que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de menores

prevalecen sobre todos los demás de la primera clase; prevalencia jurídica que es otorgada a los menores, con el fin de darles un tratamiento preferencial. Dicha prevalencia es de aplicación superior, siendo por tanto coercible y de obligatorio cumplimiento y acatamiento⁴³.

La legislación civil colombiana prevé un sistema de preferencias, dependiendo de la calidad del crédito, por tal razón clasifica los créditos en cinco clases, otorgando preferencia a los de las cuatro primeras, en cambio la quinta agrupa los créditos comunes, cuyo pago depende del remanente una vez cancelados todos los anteriores.

5.1.4 Elementos del derecho de alimentos.

La obligación de asistencia alimentaria se establece entre ciertas personas y sobre estos requisitos indispensables:

- La necesidad económica del beneficiario equivale a carecer de bienes y rentas de fortuna, (artículo 177 Código de Procedimiento Civil).
- La capacidad del deudor. Dispone el artículo 419 del código civil: "En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas. En los términos del artículo 259 ibídem es un deber del juez rectificar los desajustes entre la capacidad económica y la cuota que hubiere fijado.
- El vínculo jurídico entre ellos (Artículo 411 Código Civil)

5.1.5 Presunción del salario mínimo para la fijación de la cuota alimentaria.

El artículo 155 del Código del Menor consagra la presunción del salario mínimo en los siguientes términos: "*Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el Juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. (En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.)*"⁴⁴. Ésta misma posición fue asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵.

La presunción del salario mínimo es utilizada cuando de fijar el monto de los alimentos se trata, ya sean definitivos cuando se culmina el proceso con sentencia condenatoria o sean provisionales fijados ante la no comparecencia a la audiencia de conciliación (artículo 137 del Estatuto del Menor), o desde la admisión de la demanda (artículo 148 del Código del Menor).

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-092-2002

⁴⁴ El aparte entre paréntesis fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 388 de 2000. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación civil, mediante Sentencia de mayo 15 de 1987.

En el artículo 26, parágrafo 3 de la ley 446 de 1998, se dispuso la necesidad de demostrar los ingresos reales, en *“asuntos de familia, al obligado a suministrar alimentos se le considerarán sus otras obligaciones alimentarias legales y sus ingresos reales para la tasación”*

Con la anterior norma, un sector de la doctrina ⁴⁶ considera que perdió vigencia la presunción del artículo 155 del Código del Menor por el fenómeno jurídico de la derogatoria tácita.

5.1.6 Proceso ejecutivo de alimentos.

La providencia judicial o el acta de conciliación que contiene el acuerdo sobre el monto de la prestación alimentaria, presta mérito ejecutivo, sin embargo, es importante que el funcionario conciliador exija garantías suficientes y reales que permitan el cumplimiento del acuerdo, pues no solamente se trata de un mecanismo de descongestión, sino de un instrumento que busca la solución efectiva a un conflicto.

Cuando el obligado no cumple con lo ordenado en la sentencia o con lo pactado en el acta de conciliación, se procede a hacer efectivas las garantías reales prestadas por el alimentante mediante la instauración del proceso ejecutivo de alimentos *“...en el cual no se admitirá otra excepción que la de pago.* (Artículo 152 del Estatuto del Menor).

En virtud del principio de especialidad procesal, ante el incumplimiento de las cuotas alimentarias fijadas civilmente, debe seguirse con el proceso ejecutivo, siendo inapropiada la querrela o denuncia penal, como lo indica el tratadista Hernán López Blanco *“si por cualquier motivo el demandado no cumple la obligación de pagar la mensualidad fijada de manera provisional, se podrá cobrar las mensualidades atrasadas (y las que se vayan causando) por la vía propia del ejecutivo de mínima cuantía sin que importe cuál es la suma fijada...”* ⁴⁷ .

5.2 LA INASISTENCIA ALIMENTARIA COMO DELITO

5.2.1 Tipificación de la inasistencia alimentaría

Como delito. La Constitución Política fortaleció la idea de la protección integral a la familia, al consagrarla como institución básica de la sociedad (artículo 5° Carta Política).

Por su parte el artículo 44 ibídem consagra de forma categórica que *“los derechos fundamentales de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*, incluyendo

⁴⁶ POVEDA PERDOMO, Op. Cit., p. 6.

⁴⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al decreto de descongestión de despachos judiciales, Decreto 2651 de 1991. Bogota. 1992. 250 p.

entre ellos el derecho a una alimentación equilibrada. Los menores son considerados como grupo destinatario de una atención especial estatal que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad.

El tratadista Francisco Muñoz Conde ⁴⁸ acerca del fundamento de la inasistencia alimentaria como hecho punible afirma que:

Este delito se da normalmente en el seno de las relaciones familiares o por quebrantamiento de los deberes que surgen dentro de la misma. El bien jurídico protegido es el derecho a la seguridad material que deriva de las relaciones materiales. El término seguridad indica ausencia de todo peligro y en este sentido, ni la ley penal, ni nadie puede garantizar una protección absoluta que excluya todo peligro ya que es inevitable un cierto grado de peligro en toda actividad humana. La seguridad en este asunto se refiere a la expectativa jurídica fundada que puede tener toda persona a ser ayudada por sus familiares obligados a ello, si así lo necesita o que por lo menos no va a ser puesta en situación de peligro por esos familiares. Entonces la tipificación responde a la idea de seguridad material en el ámbito familiar.

El primer antecedente se encuentra en la ley 83 de 1946 (orgánica de la defensa del niño), en su artículo 78 se sanciona el delito de abandono de familia, lo cual significó a decir del profesor Pérez ⁴⁹ *“un avance en la tutela de los descendientes, al establecer sanciones pecuniarias y privativas de la libertad para el padre, que pudiendo, se niegue a satisfacer una pensión alimenticia y al asimilar a delito de estafa la ocultación parcial o total de sueldos, salarios, jornales o bienes de cualquier clase, con los cuales podía cumplirse el deber de asistencia”*.

Más tarde, el artículo 67 del Decreto 1699 de 1964, conocido como el estatuto sobre “conductas antisociales”, sancionó a quien incumpliera, sin justa causa, sus obligaciones económicas y morales para con su familia.

Este tipo penal fue incorporado en la ley 75 de 1968; con ésta norma nace en Colombia la inasistencia familiar, tanto moral como alimentaria. Se trata de nuevas figuras delictivas que habrían de incorporarse al sistema penal, que para algunos autores buscó *“fortalecer la unidad y la armonía familiar y de lograr una paternidad realmente responsable”* ⁵⁰, para quienes ven en el derecho penal una herramienta necesaria de protección a la familia.

La Corte Suprema de Justicia ⁵¹ señala que *“La obligación de prestar alimentos constituye el reconocimiento normativo del deber moral de socorro cuando así lo impone la existencia de vínculo de solidaridad que liga a los integrantes del consorcio familiar”*. Y

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal parte especial. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch., 1996. p. 264 a 286

⁴⁹ PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Partes general y especial. Bogotá: Editorial Temis, 1985

⁵⁰ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. El delito de inasistencia Alimentaria. En: Ideación Jurídica N°2. Corporación Universitaria de Ibagué. 1996.

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 81 del 13 de junio de 1991

como lo anota la Dra. Melba Arias L., *“la obligación alimentaria constituye uno de los efectos del parentesco y su incumplimiento es generador de violencia intrafamiliar. No puede soslayarse la gravedad del comportamiento delictual, cuando se advierte en las estadísticas que el mismo corresponde la 50% de los punibles contra la familia”*⁵².

*Hay falta de asistencia moral cuando se incumpla voluntariamente con la obligación del auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole y especialmente si el estado de abandono o peligro proviene de actos y omisiones de la persona obligada*⁵³.

El Código Penal (La Ley 599 de julio 24 de 2000) en su artículo 233 describe el delito de inasistencia alimentaria, así:

El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años.

A renglón seguido, el artículo 234 contempla las *“Circunstancias de agravación punitiva. La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio”*.

Por su parte el artículo 270 del Código del Menor (Decreto 2737 de noviembre 27 de 1989), estatuye *“Cuando el delito de inasistencia alimentaria se cometa contra un menor, la pena será de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a cien (100) días de salario mínimos legales”*.

5.2.2 La inasistencia alimentaria como delito querellable.

En los delitos que admiten desistimiento se requiere para su procedibilidad que se formule querrela de parte. Como una facultad conferida por el Estado a los particulares para que decidan si se inicia o no la acción penal. En ellos la acción no puede iniciarse de oficio por ser considerados menos graves, por el menor daño social que ocasionan.

El artículo 35 del Código de Procedimiento penal (Ley 600 de julio 24 de 2000), estableció los delitos que requerían querrela, entre ellos el delito de inasistencia alimentaria, salvo en tratándose de menores de edad, frente a quienes se pretende que el proceso penal inicie rápido y en forma expedita y por tanto se abre la posibilidad de iniciarlo de oficio.

Otros autores⁵⁴ sostienen que el delito de inasistencia alimentaria es querellable

⁵² ARIAS LONDOÑO, Melba. La conciliación en Derecho de Familia, Guía Jurídico-Práctica. Primera Impresión. Bogotá: Legis Editores, 1998.

⁵³ HERNÁNDEZ QUINTERO, Ibidem.

porque el legislador quiso garantizar su cumplimiento rápido y ágil a través de las audiencias de conciliación, ya que ésta institución incorporada al procedimiento penal, obliga al funcionario instructor a convocarla.

El autor Ranieri,⁵⁵ afirma que el delito de la violación de las obligaciones de asistencia familiar es uno de los delitos contra la familia clasificado dentro del grupo de los delitos que ofenden los deberes y potestades familiares.

5.2.3 Principio de oportunidad.

Según el 323 del Nuevo Código de Procedimiento Penal *“La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad”*, contemplado en el artículo 321 del mismo Estatuto y cuyo efecto inmediato es la extinción de la acción penal, tal y como lo establece el artículo 329 *ibídem*.

En derecho penal, en aplicación del principio de discrecionalidad y oportunidad existen normas que regulan el proceso y que evitan el manejo arbitrario de los funcionarios encargados de investigar y juzgar el hecho punible, a través del principio de legalidad. También se incluye la antijuridicidad material, la cual contempla la facultad a discreción del funcionario de excluir o no de persecución penal las conductas que por la poca o casi nula lesividad causan un daño intrascendente al bien jurídico protegido.

Con fundamento en lo anterior, es evidente que la aplicación del principio de oportunidad respecto al delito de inasistencia alimentaria, como cualquiera de los delitos querellables, queda a discrecionalidad del funcionario judicial que tenga a su cargo el caso particular.

5.2.4 Tipo penal en blanco.

Tipo penal abierto o en blanco se dice de los tipos penales que son insuficientes por sí mismos, que requieren de otra norma de igual o superior jerarquía, para establecer la comisión de un delito, para integrarlas y conocer el verdadero sentido del legislador penal⁵⁶.

La inasistencia alimentaria es un tipo penal en blanco, en el que es necesario acudir a las normas civiles y de familia, para completar la correspondiente descripción típica, por ejemplo para saber a quien se deben alimentos es preciso la remisión a los artículos 245 y 411 del Código Civil, 31 y 33 de la Ley 75 de 1968, 23 de la Ley 1 de 1976, 97 del

⁵⁴ ARISMENDY OSORIO Maria Angela, GAVIRIA MONTOYA Marta Lucia, HENAO OLARTE Gloria Elena. La inasistencia alimentaria y su reincidencia en los procesos conciliadores de la unidad 2ª de delitos querellables fiscalías locales de Medellín. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. No. 98. Agosto de 1997.

⁵⁵ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte especial. Bogota: Editorial Temis. 1998.

⁵⁶ POVEDA PERDOMO, Op. Cit., p. 6.

Código del Menor, y para definir que se entiende por obligación alimentaria se debe acudir al artículo 133 del Código del Menor.

En éste sentido se pronunció el tratadista Muñoz Conde, cuando afirmó: *“El supuesto de hecho debe buscarse en los preceptos civiles reguladores de estos deberes”*⁵⁷.

La obligación alimentaria, como toda obligación civil, depende de unos presupuestos de hecho previstos en norma jurídica que consagra los efectos jurídicos.

El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas” (...). Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones, como la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al legislador, y no a los jueces ni a la administración.

*El principio de estricta legalidad o taxatividad tiene entonces dos implicaciones naturales: la prohibición de la analogía in malam partem y la proscripción de los tipos penales ambiguos. (...) La indeterminación de la ley, o la permisón de la analogía en perjuicio del procesado, tiene entonces como efecto que el funcionario judicial deja de estar verdaderamente vinculado a la ley pues los jueces, con posterioridad a los hechos, son quienes definen en concreto cuáles son los delitos*⁵⁸.

Se debe establecer la existencia de la obligación legal civil, como fuente necesaria de la responsabilidad penal.

5.2.5 Análisis dogmático del delito de inasistencia alimentaria.

a. Se requiere un sujeto activo cualificado, que es toda persona obligada por ley a prestar alimentos, como a continuación se expone:

Ascendiente. Es aquel miembro familiar en línea directa del cual desciende otro. En este caso, puede ser el padre o la madre natural o adoptante, con relación al hijo; y otros ascendientes como los abuelos con relación al nieto y que sean menores de edad, sometidos al ejercicio de la patria potestad.

Descendiente. En el supuesto contrario al anterior. Pudiendo serlo el hijo o nieto con relación a su ascendiente que se encuentre incapacitado para valerse por sí mismo.

El hijo adoptado; cualquiera que ejerce por mandato legal una forma de dependencia, como el tutor con relación al menor o el curador con el mayor declarado incapaz.

El cónyuge con respecto al otro que se encuentre inválido o incapacitado económicamente

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 67.

⁵⁸ POVEDA PERDOMO, Op. Cit., p. 6.

Es de anotar que en relación con los titulares del derecho, la norma civil es más amplia que la penal, pues comprende también a los hermanos legítimos y al que hizo una donación cuantiosa siempre que no la haya rescindido o revocado.

Actualmente, a través de la vía civil, un juez puede imponer una cuota para exigir los alimentos de un compañero permanente a otro compañero permanente, pero lo que no se puede es imponer una sanción de carácter penal, es decir, aplicar una condena de cárcel por inasistencia alimentaria entre parejas que conviven en unión libre. Sobre el particular, la Corte Constitucional⁵⁹ se abstuvo de adicionar el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, que la hubiera llevado a introducir una modificación en un elemento estructural del tipo penal, función que es exclusiva del legislador.

Sujeto pasivo: titular del bien jurídico que protege el legislador y que resulta afectado por la conducta del sujeto agente.

Objeto jurídico: el bien jurídico que el Estado pretende proteger es la familia, cuya armonía se altera cuando se pone en peligro la subsistencia de seres queridos

Objeto material: la persona a quien no se asiste en sus necesidades alimenticias

Conducta delictiva: La conducta objetiva o externa en el delito de inasistencia alimentaria consiste en sustraerse, sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, lo que implica una conducta omisiva, es un delito propio de omisión. La doctrina enseña que " *la sustracción de un deber no consiste en separarse de él, en abandonarlo, sino en eludirlo, esquivarlo, en librarse de ese deber, en no ejecutarlo estando precisado a ello*"⁶⁰. Por ser tipo de omisión propia o simple, no admite tentativa. Es de mera conducta y de peligro abstracto, esto es, que el comportamiento se agota con la conducta omisiva, sin que se requiera esperar a que se ocasione la destrucción o el daño del bien jurídico tutelado⁶¹.

Antijuridicidad de la conducta. La lesión o exposición a peligro del interés jurídico tutelado, frente al delito de inasistencia alimentaria es el de la solidaridad familiar, no el del patrimonio económico, se compromete cuando no se suministra alimentos debidos, por quien está legalmente obligado a hacerlo. Tal estado antijurídico, socava la estructura familiar y eventualmente arriesga la vida. Algunos autores⁶², por el contrario afirman que el bien jurídico protegido es el presupuesto familiar, más no la familia. Se trata de un delito de peligro, quiere decir que la responsabilidad penal no exige una lesión concreta, basta la creación de un riesgo con segura probabilidad de acontecimiento de la lesión.

Culpabilidad: es un delito esencialmente doloso, que se traduce en conocer el deber de prestar alimentos y abstenerse voluntariamente de suministrarlos.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-016 de enero 20 de 2004. M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

⁶⁰ PÉREZ, Op. Cit., p. 67.

⁶¹ HERNÁNDEZ QUINTERO, Op. Cit., p. 68.

⁶² HERNÁNDEZ QUINTERO Ibidem

Punibilidad: La consecuencia punitiva por comisión del hecho desviado es la pena privativa de la libertad y eventualmente una sanción pecuniaria. Además, la conducta es agravada cuando el agente fraudulentamente oculte, disminuya o grave su renta o patrimonio, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, evento en el cual la pena se incrementa hasta en una tercera parte.

Además de lo previsto por el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, el Juez, al otorgar la libertad provisional, determinará las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Sin perjuicio de las sanciones mencionadas, el artículo 150 del Código del Menor consagra una sanción adicional, al establecer que *“(Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del menor, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en el ejercicio de otros derechos sobre el menor.) ...”*⁶³

Sumado a lo anterior, la Ley 311 de 1996 creó el Registro Nacional de Protección Familiar, que consiste en una lista en la cual se incluirán los datos personales de quien sin justa causa se sustraiga de la prestación de los alimentos debidos por ley (artículo 2 ibídem). El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), queda encargado de mantenerlo actualizado (artículo 3 ibídem). Los jueces de la república, deben suministrar la información de las personas contra quienes haya decretado auto ordenando alimentos provisionales o como ejecutado cuando se libre mandamiento de pago en dichos procesos. Los fiscales locales que conozcan de procesos por el presunto delito de inasistencia alimentaria, remitirán las respectivas identificaciones al DAS, de aquellas personas contra quienes exista medida de aseguramiento o resolución acusatoria. De igual manera notificarán de oficio al DAS, dentro de los cinco (5) días siguientes la cancelación, revocatoria o levantamiento de la medida (artículo 4 ibídem). Uno de los efectos del registro, acaece al tomar posesión de un cargo público o privado, donde será indispensable declarar bajo la gravedad del juramento, no tener conocimiento de procesos pendientes de carácter alimentario o que cumplirá con sus obligaciones de familia (artículo 6 ibídem). Ésta es la razón para que muchos empleadores al momento de contratar exijan el pasado judicial, que es un certificado que emite el DAS sobre los antecedentes penales de cualquier persona.

5.2.6 No es necesaria la previa fijación civil de los alimentos.

Para iniciar el proceso penal por inasistencia alimentaria, no se requiere sentencia previa del juez de familia, de éste parecer es el profesor Bernardo Gaitán Mahecha, citado por el autor Alejandro Bernal, cuando sostiene que *“La conducta es criminosa por sí misma y no por obra de un fallo civil”*. Ésta posición ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁶⁴, y retomada por la Corte Constitucional⁶⁵ cuando manifiestan que no es necesario en la configuración del delito de inasistencia alimentaria, la previa

⁶³ Sobre este delito hay en Colombia dos estudios extensos: GÓMEZ V, Gustavo. Delitos contra la asistencia familiar, Medellín, Pequeño Foro, 1973, y REYES ECHANDÍA, Alfonso. Delitos contra la asistencia familiar, segunda edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1974.

declaración judicial de alimentos. Dice la sentencia en lo pertinente:

. . . A partir de uno cualquiera de los momentos precedentemente señalados puede iniciarse el incumplimiento de la obligación alimentaria y, por ende, el reconocimiento judicial por la vía civil del débito económico en el monto que corresponda a la respectiva situación; la no cancelación de las mesadas, provisional o definitivamente decretadas por el juez civil o de menores, ubica al incumplidor en el marco de este tipo penal; lo que no significa que la configuración del hecho punible dependa de la declaración judicial de alimentos o del no pago de las mesadas decretadas, pues él surge realmente desde el mismo día en que existiendo para el agente la obligación alimentaria deja de satisfacerla, independientemente de que una decisión judicial haya reconocido la existencia de aquel deber y haya decretado el monto de las mesadas. Necesario es entonces distinguir el momento en que nace para el agente la obligación de suministrar alimentos y aquel en que tal obligación es judicialmente declarada; si bien la exigibilidad civil de aquella nace a partir del segundo momento, la configuración material del hecho punible emerge desde el primero, porque es el que naturalísticamente corresponde a la omisión del deber legal de asistencia económica o que el legislador quiso penalmente sancionar.

5.2.7 Causas que justifican la inasistencia alimentaria.

Son situaciones unidas con la inexigibilidad de la prestación, que constituye una faceta que impediría el encuadramiento típico de la conducta.

La ley penal no es expresa en cuanto a las justas causas que se puedan esgrimir para liberarse de la responsabilidad que acarrea el delito de inasistencia alimentaria, razón por la cual, la jurisprudencia y la doctrina divergen en torno a éste tema. No obstante, en virtud del principio de integración consagrado en el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, *"En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal"*.

Muchas de las justas causas están reconocidas por la legislación civil, así conforme al artículo 1625 del código civil, las obligaciones se extinguen por múltiples causas, de las cuales deben ser excluidas algunas para los alimentos, como ocurre con la prescripción y la nulidad, la compensación diferente a la prevista en el artículo 426 del código civil, con relación a las pensiones alimenticias atrasadas.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, el Código Civil ha establecido varias causales que dan por terminado en forma definitiva el derecho de alimentos, como a continuación se enuncia:

La exclusión del parentesco que da lugar al surgimiento del débito. Caben aquí tanto

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de abril de 1990.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-502 de 1992 M.P Alejandro Martínez Caballero y T-205 de 1994 M.P Jorge Arango Mejía

quienes no se comprenden dentro del alcance de la norma, así los hermanos, padrastros, primos, etc., como los que no posean el vínculo consanguíneo o civil generador de la prestación⁶⁶.

Injuria atroz del beneficiado contra el alimentante, esto es por delito grave o leve que entrañe ataque a la persona del alimentante (artículo 414 inciso final Código Civil). En éste evento la persona debe acreditar la Sentencia que condena al responsable de éstos hechos.

Cuando el alimentario cumple la mayoría de edad (18 años), salvo que presente algún impedimento corporal o mental, o se halle inhabilitado para subsistir por sí mismo, como por ejemplo por razón a sus estudios (413 y 422 Código Civil y 157 Código del Menor).

Muerte del beneficiario (artículo 424 Código Civil).

Existen otras situaciones que si bien, no finiquitan el vínculo entre el alimentante y el alimentario, si suspenden la obligación alimentaria mientras éstas circunstancias subsistan, a saber:

El cambio del titular del crédito entra a pertenecer a otro régimen, en donde asume la responsabilidad otro sujeto, por ejemplo con el matrimonio de la hija a quien se asistía económicamente, el cónyuge asume la obligación.

La desaparición de la necesidad por la solvencia económica del alimentado.

Cesación de la incapacidad física o psíquica que impedía al beneficiario trabajar y valerse por sí mismo.

La incapacidad económica del alimentante por desempleo involuntario, enfermedad o edad avanzada que le impidan conseguir empleo⁶⁷. En éste sentido se pronuncia otros autores que afirman que el abandono para constituir delito ha de ser voluntario. Además, el artículo 419 del Código Civil dispone que: *“En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas”*.

Como ejemplos de la incapacidad económica involuntaria pueden citarse los siguientes: deudas inaplazables, cuyos costos deben ser con urgencia cubiertos por éste, como sentencias ejecutivas y pago de rescates, extorsiones, etc.

No es posible aceptar el consentimiento como causal de justificación, ya que el artículo 424 del Código Civil le asigna a la recepción de alimentos un carácter de irrenunciable.

La impotencia económica equivale al reconocimiento de las máximas latinas. *Nemo potest ad impossibile obligari* (nadie puede ser obligado a lo imposible) e *Impotentia excusat legem* (la imposibilidad excusa de la observancia de la ley). *Pues la base de la*

⁶⁶ FERRO TORRES, José Guillermo. Delitos contra la familia. El delito de inasistencia alimentaria. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003; p. 505-521

⁶⁷ PÉREZ, Op. Cit., p. 67.

prestación está constituida por la capacidad de cubrirla, y quien no tiene con qué, se sitúa fuera del alcance coactivo del mandato, lo cual fue reconocido por la Corte Constitucional en las sentencias C-237 de 1997 y C-388 de 2000, que se excluye de la imposición de gravámenes de cualquier naturaleza quien, sin dolo o culpa grave, carece de los medios para sufragarlos. Sin embargo, nuestros funcionarios judiciales, haciendo caso omiso de realidad tan aplastante, han tomado el artículo 155 del Código del Menor como trinchera para llevar hasta la sede del proceso penal la presunción contenida allí... Previsión nefasta si la hay, porque de una parte ha sido utilizada para seguir la ley del menor esfuerzo y de otra ha sido dotada de un alcance que está lejos de poseer y que, incluso, traspone los linderos de la lógica y la constitucionalidad. La Corte se ha contradicho en sus reflexiones, por un lado en la C-388 de 2000 acepta como razonable la presunción del salario mínimo y por otro lado en la sentencia C-316 de 2002 declaró la inexequibilidad el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto fijaba el mínimo de la caución prendaria para obtener la excarcelación en un salario legal mensual, discurren en un sentido que pone en tela de juicio la validez de las que sirvieron de apoyo para la producción de la providencia en precedencia aludida. "...En Colombia, la existencia de personas incapaces de cancelar una caución prendaria equivalente a un salario mínimo legal mensual constituye una realidad verosímil, actual y cotidiana, antes que una circunstancia extraña o excepcional⁶⁸.

Continuando con el autor Ferro Torres define ésta presunción como “aberrante por ser contraria a la realidad, de que se devenga el salario mínimo”, afirma que los funcionarios judiciales que conocen del delito de inasistencia alimentaria dan más valor a la presunción legal acusada, que a la presunción de inocencia de rango constitucional, por tal razón, mediante la sentencia C - 237 de 1997, la Corte sostiene que la presunción establecida en el artículo 155 del Código del Menor puede ser desvirtuada por el deudor, porque nadie está dado a lo imposible; al desvirtuar la presunción el juez queda obligado a inaplicarla o a relevar al deudor del pago de la cuota fijada en virtud de un patrimonio que no corresponde a su realidad económica. Como lo ha reconocido la Corte⁶⁹, la carencia de recursos económicos, no solo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino la deducción de la responsabilidad penal. Los jueces y fiscales deben tener esa regla como aspecto fundante de cualquiera de sus decisiones sobre alimentos. En todo caso la conducta descrita solo es punible en la medida en que el obligado al pago pueda hacerlo, lo contrario supondría convertir el delito en una especie de “prisión por deudas”, lo que sería inconstitucional y contrario al pacto Internacional de los Derechos Civiles de 1966. En cuanto al tipo subjetivo, para que se configure es necesario el dolo o conciencia del incumplimiento del deber mencionado, es decir, que el sujeto conozca que está obligado a dicho pago y omite dolosamente su cumplimiento⁷⁰. Afirman que por inasistencia alimentaria cuando se condena es la incapacidad económica, la

⁶⁸ FERRO TORRES, Op. Cit., p. 77.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Op. Cit., p. 62.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 67.

salud, la juventud y hasta encontrarse vivo (de algo tiene que vivir), sin importar el mínimo vital, sin importar que la condena se presente sin demostrarse capacidad económica, ingresos de trabajo o capital. Eso es aplicar una responsabilidad objetiva". Y agrega: "Hay una presión muy grande de la justicia penal por mostrar estadísticas de eficiencia y ello muchas veces va en contravía de las necesidades de sanción y pacificación sociales"⁷¹.

Otros autores⁷², discrepan que la insolvencia económica del obligado sea una justa causa para sustraerse del deber de prestar alimentos, opinan que *"el autor, requerido o no, se halla obligado a esta prestación y nada puede relevarlo, porque incluso la pobreza no lo exime, dado que la falta o carencia de recursos puede ser la consecuencia de un comportamiento intencionalmente dirigido a su logro, o porque por su indiferencia el autor ha llegado a él"*.

Las anteriores solo son algunas de las posibilidades que se configuran para excluir la antijuridicidad de la conducta.

En cuanto a la culpabilidad, corresponde al Estado el deber de demostrar la existencia del dolo; puede darse el error de tipo: la equivocada percepción del agente puede centrarse alrededor de su calidad de obligado, por desconocimiento de su obligación, o por caso fortuito o fuerza mayor.

5.2.8 Disponibilidad del derecho de alimentos.

La conciliación de la obligación alimentaria. El artículo 158 del Código del Menor establece que *"El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él"*.

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, el derecho civil colombiano (Artículos 426 del Código Civil y 159 del Código del Menor) establece que "...las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse o cederse, con autorización judicial, sin perjuicio de la prescripción que compete alegar al deudor. El derecho de alimentos como tal no admite restricción, pero sí las pensiones alimentarias atrasadas, que podrán renunciarse o compensarse e igualmente ser combatidas por la prescripción en su cobro en el proceso ejecutivo, tal como lo faculta el artículo 426 del Código Civil dentro del término del artículo 2536 del mismo texto. Cabe entonces distinguir entre el derecho a pedir alimentos y la deuda, por alimentos, pues el primero, por su carácter de inalienable, impide que su beneficiario sea privado de él por un pacto o porque el transcurso del tiempo lo extinga por no ejercerlo, situación que no acontece cuando se trata de la existencia de una deuda"⁷³.

⁷¹ POVEDA PERDOMO, Op. Cit., p. 6.

⁷² HERNÁNDEZ QUINTERO, Op. Cit., p. 68.

5.2.9 Origen y evolución de la conciliación en materia penal.

En materia penal la conciliación aparece por primera vez en el Decreto 1861 de 1989, el cual introdujo modificaciones al Código de Procedimiento Penal vigente para esa época y se consagra la conciliación durante la indagatoria preliminar o el proceso penal, pero únicamente para los delitos que admiten desistimiento de la acción penal.

Posteriormente con el Código Penal de 1991 (Decreto 2700) se autoriza la conciliación para los mismos delitos, pero con la diferencia que ya no tiene lugar en todo el proceso sino únicamente en la investigación previa o en la instrucción y además ya no se exigió que se demostrara el cumplimiento del acuerdo sino era suficiente con que se garantizara el mismo para que el funcionario profiriera la resolución inhibitoria, o la preclusión de la instrucción, según fuera el caso. Igualmente se permite la conciliación en delitos officiosos: culposos o dolosos.

5.2.10 Conciliación extraprocesal y su convalidación dentro del proceso penal.

El ordenamiento penal permite que se aprueben por parte del fiscal o el juez conciliaciones que se celebren en centros de conciliación oficialmente reconocidos, siempre y cuando se hayan celebrado antes de proferirse sentencia de primera instancia.

Teniendo en cuenta la anterior, surge la inquietud acerca de la posibilidad de terminar el proceso por inasistencia alimentaria con un acta de conciliación lograda extrajudicialmente, una vez agotadas las dos audiencias de conciliación celebradas al interior del proceso penal. Evidentemente, se trata de un evento no regulado por la ley, que al no estar prohibido, se entiende que es permitido, sin embargo, he aquí una muestra fehaciente de la permisividad legal para celebrar audiencias de conciliación en materia de alimentos sin límite alguno.

En la medida en que la conciliación celebrada extrajudicialmente sea válidamente celebrada y verse sobre materia transigible, la misma es válida y eficaz y da lugar a la terminación del proceso judicial una vez se aporte al proceso

La legislación vigente (Ley 600 de 2000), no permite más de dos audiencias de conciliación

...y aducen como justificación a esta limitación el tratar de evitar la dilación del proceso; lo que confirma aún más el hecho que esta figura se estableció única y exclusivamente con ánimo de descongestión de los despachos judiciales, pues si fuera para la solución de conflictos no se pondría límites al número de audiencias, pues como se ha dicho por parte de los saben del tema de la conciliación en general, que los conflictos no tienen horas para solucionarse, ni números de audiencias, sino que es un proceso que puede conllevar muchísimas

⁷³ BERNAL, Alejandro. Ediciones. Prescripción en ejecutivo por alimentos En: Vademécum de Familia. No. 22. Segundo Trimestre de 2002; p. 18

horas y mas de dos momentos ⁷⁴ .

5.2.11 La indemnización de perjuicios en el delito de inasistencia alimentaria.

La comisión de un delito genera para el responsable la obligación de reparar los daños tanto materiales como morales que de él se desprendan, como lo contemplan los artículos 1613, 1614 y 1616 del Código Civil. De otro lado, la tasación de la indemnización causada por los perjuicios morales están autorizados por el artículo 92 del ordenamiento procesal penal (Ley 906 de 2004). “La conciliación en materia penal se traduce básicamente en indemnización de perjuicios irrogados con el hecho punible” ⁷⁵ . “La reparación del daño procedente del delito implica siempre el pago de las cuantías adeudadas” ⁷⁶ .

En cuanto al punible de inasistencia alimentaria, los perjuicios materiales se calculan desde el momento de consumación del ilícito, hasta que cese la omisión de suministrar los alimentos debidos por ley.

Se puede llegar a una conciliación sobre el monto de la indemnización y ahí si llegarse a la terminación de la acción penal, pero no por la conciliación sino por la indemnización integral de perjuicios. En la conciliación no necesariamente se debe llegar a acuerdos económicos, en la indemnización integral, sí ⁷⁷ .

⁷⁴ ADARVE CALLE, Lina Claudia. *La conciliación y la indemnización integral en el nuevo código de procedimiento penal Colombiano. Ley 640 de 2001. Tercera Cohorte. Diploma en conciliación. Medellín. 2003.*

⁷⁵ TOVAR HERNÁNDEZ, Luisa Fernanda. *La conciliación en materia penal como mecanismo de solución de conflictos. Bogotá, Universidad Nacional 1995. Trabajo de grado (Abogado).*

⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 67.

⁷⁷ ADARVE CALLE, Op. Cit., p. 83.

6. PROBLEMAS DE LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

6.1 DEL MODELO INQUISITIVO DE JUSTICIA PENAL AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Mucho se ha escrito, como bien lo dijo Luigi Ferrajoli ⁷⁸ acerca de que el derecho penal se concibe no solamente como un instrumento de prevención de delitos, sino también como técnica de minimización de la violencia y del arbitrio en la respuesta al delito, no obstante, en Colombia ha imperado el sistema penal inquisitivo, cuya filosofía es la aplicación de sanciones severas, muchas veces violatorias de las mínimas garantías procesales, como mecanismo de disuasión de los delitos.

En palabras del maestro Zaffarone citado por Guillermo Poveda: ⁷⁹

⁷⁸ FERRAJOLI Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, 1989. p.546.

⁷⁹ POVEDA, Op. Cit., p. 6.

El resultado del movimiento de organismos políticos que no sabiendo cómo responder a la opinión pública, producen leyes penales desordenadas para proyectar la impresión de eficacia en la solución de los grandes problemas sociales y de un aparato punitivo que se dinamiza en función de intereses sectoriales, no es otro que una planificación punitiva amplificada e irrealizable, que va aumentando el poder selectivo y de vigilancia “arbitrio que pasa a ser arbitrariedad de los organismos policiales

Son acertadas las palabras del doctrinante Reyes Echandía⁸⁰ cuando afirmó que el Derecho no es el nuevo resultado de caprichosas veleidades del legislador, sino esencialmente el producto y reflejo de una realidad social.

En vista de la necesidad insoslayable de un nuevo sistema penal, más garantista y más efficientista, se tiene, que el nuevo código de procedimiento penal colombiano (Ley 906 de 2004), introdujo el sistema penal acusatorio, cuyos principios fundamentales son la publicidad, la oralidad, la celeridad, la contradicción, la inmediación y la concentración. La publicidad solo puede lograrse plenamente mediante la oralidad, la cual, según el penalista Claus Roxin⁸¹, “tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, ausentes en la simple lectura de actas escritas contentivas de las diligencias realizadas, las cuales reflejan lo que otro funcionario hizo u oyó, pero no permiten, por ejemplo, valorar actitudes del testigo, contrainterrogarlo eficazmente o sopesar la prueba”.

El principio de celeridad en las actuaciones procesales conlleva el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. El problema surge además de la misma actuación procesal escrita y mediatizada, y de factores prácticos como los frecuentes recortes de presupuesto, la congestión de los despachos, la falta de personal para atender tareas de justicia... En Colombia suele confundirse la celeridad con la economía procesal, y con frecuencia se alcanza la segunda a expensas de la primera, que es una garantía para el procesado.⁸²

6.2 PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

En respuesta a todas las vicisitudes de la justicia en Colombia, desde hace varios años, emergió en la escena jurídica la figura de la conciliación como la solución contra la “indigestión”⁸³ judicial, hay quienes escriben sobre sus bondades⁸⁴, mientras que otros dan cuenta de sus dificultades, entre los cuales se destacan los ocasionados por su

⁸⁰ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Tercera reimpresión de la undécima edición. Bogotá: Editorial Temis, 1994. p. 8-9.

⁸¹ ROXIN. Claus La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Librería Tirant lo Blanch.

⁸² BENÍTEZ N, Hernán Darío; BOTERO MARTÍNEZ, Javier; ORTIZ ALZATE, John Jairo. *Pretensión y Proceso penal*. Medellín: Señal Editora, 1997

aplicación dentro del sistema penal.

Como argumento a favor de la figura de la conciliación, el autor Francisco Borrás es partidario de que las mismas personas deben llegar a la solución de sus problemas ante la penalización creciente de los conflictos, porque el Estado no necesariamente debe actuar siempre por medio de la represión, la amenaza, la intimidación y llegar al extremo de la sanción, por lo tanto, *“...es reprochable al Estado emitir una condena por inasistencia alimentaria, por todo lo que implica, esto, sin desconocer el derecho legítimo a los alimentos...”* y agrega: *“...equivocadamente hemos venido entendiendo que todo problema, conflicto, controversia, desacuerdo o cualquiera que él sea, debe ser avocado y resuelto por conducto del poder judicial”*⁸⁵.

Muchos tratadistas del Derecho Procesal le negaron al Estado, la facultad de procurar la conciliación de los intereses privados, con el argumento de que el único Juez de esos intereses es su propio dueño, es decir, que el Estado no puede patrocinar un acto por medio del cual una de las partes resulte perjudicado en justicia. En éste sentido, Bentham citado por Tulia Barroso⁸⁶, decía, que la conciliación *“es un mercado del que más regatea”*.

Es imperativo recordar que:

*La conciliación en asuntos penales esta permitida para los delitos que admitan desistimiento o indemnización integral, se puede realizar extra-proceso o ante un centro de conciliación o notaría y allegar el acta al proceso, durante cualquier etapa antes de sentencia. Son delitos desistibles los que requieren querrela es decir petición de parte.... Y la indemnización integral procede en los delitos que admiten desistimiento, es decir los querellables.... El que se llegue a una conciliación en las materias permitidas hace que se precluya la investigación o se profiera la cesación de procedimiento. Por lo anterior un homicidio doloso o un secuestro no serían conciliables.*⁸⁷

Si las partes dentro del proceso concilian sus intereses, ello es casual para dar por terminado el proceso judicial, salvo cuando sea parcial

En términos generales, la implementación de la conciliación, *“...ha generado una serie de problemas en su practica, consecuencia de la improvisación legislativa, de la falta de una adecuada información y capacitación al respecto, y la resistencia de la colectividad al cambio que implica romper con tradiciones ancestrales, como la tendencia a creer que solo el Estado puede y debe solucionar los conflictos de los particulares”*.⁸⁸

⁸³ “Indigestión” fue una expresión utilizada en el artículo: “El Valle es el segundo departamento del país en el que se tramitan más quejas por inasistencia alimentaria”, publicado en la página web <http://elpaiscali.terra.com.co> . Febrero 25 de 2004

⁸⁴ BORRAS MARÍN, Francisco. Primacía relativa de la conciliación y su promisorio futuro sobre la inoperante justicia estatal. En: Nueva Época. Bogotá. Volumen 09, No. 18-19. (Noviembre de 2002); p. 155-160

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ BARROSO OSORIO, Tulia del Carmen. Historia de la Conciliación en Colombia. 2001

⁸⁷ Disponible en Internet <http://www.conciliacion.gov.co/>

Específicamente en materia penal, el autor José Roberto Junco Vargas, advierte que uno de los problemas críticos consiste en que la conciliación entraba los procesos y dilata la administración de justicia.⁸⁹

6.2.1 Problema de la implementación de conciliación contraviene principios rectores del derecho penal.

A criterio de la profesora Lina Adarve⁹⁰, la implementación de las figuras de la indemnización integral, pero especialmente la conciliación dentro del proceso penal, quebranta los principios rectores del mismo,

...rompe con el esquema de un proceso penal garantista. A mi juicio, estas instituciones jurídicas-insisto con mayor intensidad la conciliación- son una renuncia expresa a la garantía de la jurisdiccionalidad (renuncia al proceso) y una violación al principio de la presunción de inocencia, tan caro para nuestra formación jurídica y política, pues junto con Ferrajoli considero que “ la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa "seguridad" específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica "defensa" que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria.”⁹¹

Sostiene además, que si en realidad el legislador quisiera dar solución a los conflictos, incluiría entre los delitos querellables y por lo tanto susceptibles de conciliación a todos aquellos que involucraran el patrimonio económico, sin embargo, esto no acontece, porque la ley tutela penalmente con mayor severidad los daños contra la propiedad privada, que a otros bienes jurídicos de mayor entidad

Así mismo, el autor Alejandro Bernal, afirma que “*El interés del legislador al imponer la conciliación no es el que los conflictos se solucionen sino por la necesidad de que se descongestionen los despachos judiciales, se debe educar para acudir a la vía negociada y no a la litigiosa*”⁹²

6.2.2 Problema de la competencia para conocer las conciliaciones por inasistencia alimentaría.

⁸⁸ FERRO TORRES, Op. Cit., p. 77.

⁸⁹ JUNCO VARGAS, Op. Cit., p. 49.

⁹⁰ ADARVE CALLE, Op. Cit., p. 83.

⁹¹ FERRAJOLI, Op. Cit., p. 85.

⁹² BERNAL, Alejandro. Op. Cit., p. 81.

Se aprecia una traba respecto al número de entidades públicas y particulares que están autorizados por ley para conocer y proferir decisiones en torno al tema de la fijación de la cuota alimentaria.

Existen distintas vías para la reclamación de las cuotas alimentarias debidas por ley. Así, el artículo 136 del Código del Menor dispone que éste proceso se puede adelantar por medio de diferentes organismos como el defensor de familia de los centros zonales del ICBF de todo el país, el Comisario de Familia (el Inspector de los corregimientos)⁹³ de la residencia del menor, o éstos de oficio, las personerías municipales como agentes del Ministerio Público, los procuradores judiciales, los jueces de familia en donde podrán adelantar el proceso de conciliación o de demanda y en su defecto ante los jueces civiles y promiscuos municipales. Por la vía penal, se realiza a través de los fiscales locales. Por su parte, la ley 640 de 2001 (artículos 19, 27 y 31) adiciona a la lista de posibles conciliadores en materia civil y de familia, a los conciliadores de centros de conciliación, a los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y a los notarios.

Es preciso aclarar, que algunos de ellos solamente pueden conciliar alimentos extrajudicialmente, y solo los jueces de forma judicial. En cualquier caso, todas éstas actas producen los mismos efectos jurídicos, porque la ley les otorga la misma validez a todas ellas. Debido a la posibilidad que existe de acudir ante distintos funcionarios para llevar a cabo una conciliación, puede ocurrir que un mismo sujeto esté obligado a suministrar a favor de un mismo beneficiario, cuotas alimentarias por un monto diferente al que ya había sido estipulado en actas de conciliación anteriores, debido a que los efectos de cosa juzgada relativos que poseen éstos acuerdos permiten celebrar un acta sobre otra sin límite alguno. *“Con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad privada, las partes pueden de común acuerdo modificar válidamente en cualquier tiempo los términos de un acuerdo conciliatorio previamente celebrado”*⁹⁴

Salta a la vista el interés del legislador por proporcionar al querellante todos los medios necesarios para que eleve su solicitud en materia de alimentos, sin embargo, es imperativo también que en la ley se regule la forma de acceder a cada uno de los organismos competentes, sin convertirse en un obstáculo de acceso a la justicia, es decir, que organice de forma jerárquica las instancias a las que se debe acudir cuando una persona ha sido inasistida en su derecho de alimentos, de manera tal que se agote primero la vía prejudicial, luego la vía civil y solo en un último caso la penal, mientras se mantenga la inasistencia alimentaria como un delito. Todo lo anterior con miras a resolver éstos asuntos de forma organizada y con celeridad, descongestionando los despachos judiciales y evitando de paso el desgaste innecesario del aparato jurisdiccional

⁹³ La expresión entre paréntesis fue declarada Exequible por la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 81 de 1991, del 13 de junio de 1991

⁹⁴ VARÓN PALOMINO, Op. Cit., p. 22.

6.2.3 Problema acerca del funcionario judicial que actúa como conciliador en el proceso por inasistencia alimentaria.

El Estado interviene a través de los funcionarios judiciales: fiscales y jueces penales, quienes por ministerio de la ley acogen la investidura de conciliadores dentro de la audiencia de conciliación celebrada al interior del proceso penal.

La jurisprudencia ha dicho que *“En la conciliación se presentan otros problemas, como los de saber si conviene que la efectúe el mismo juez que ha de fallar, para el caso de que no se produzca: o si debe presidirla un funcionario distinto, y el de si debe permitírseles a las partes interesadas en la conciliación a comparecer con abogados o sin ellos”*.⁹⁵

Es preciso recordar que la conciliación tiene dos pilares fundamentales: a) que sea voluntaria y no obligatoria; b) que el Juez conciliador sea distinto del que debe decidir el conflicto que ha de promoverse si no se logra la conciliación.

Por lo tanto, el *ius puniendi* estatal rompe con el esquema natural de toda conciliación, cual es la intervención de dos partes con la mediación de un tercero imparcial, y es evidente que el funcionario penal en su calidad de conciliador no deja de representar al Estado en su función represora

El ofrecimiento de alimentos frecuentemente ocurre con real libertad, especialmente en las diligencias ante los fiscales, quienes insisten, presionan para que se haga un ofrecimiento, un compromiso, coacción que por sutil que sea conlleva una intimidación para el reo. La comedia “rogativa” la hace quien dispone de su libertad. Suele suceder que han expresado su absoluta incapacidad económica y, por supuesto, son incapaces de cumplir su ofrecimiento. El espectáculo lo describimos: el investigador de un delito convierte el sumario en un “proceso ejecutivo penal” que ocasionalmente dará resultados favorables al menor, sacrificando derechos de múltiple naturaleza.⁹⁶

6.2.4 Problema respecto a la clase de alimentos que configuran el delito de inasistencia alimentaria.

Valga recordar que los alimentos congruos son los que se determinan según su rango o condición social y los necesarios son aquellos que excepcionalmente puede restringirse a lo estrictamente requerido para la subsistencia.

Ahora bien, en cuanto a la clase de alimentos que tipifican el delito, si son congruos o necesarios; el autor Alejandro Bernal Gómez⁹⁷ opina que *“en el campo penal la*

⁹⁵ Sentencia de Casación del 15 de diciembre de 1948. Gaceta del Tribunal. Tomo III. No. 17 a 28, p. 813 y siguientes. En: Revista de Derecho Privado. Facultad de Derecho. No. 28. Ediciones Uniandes. Septiembre de 2002

⁹⁶ **POVEDA PERDOMO, Op. Cit., p. 6.**

⁹⁷ **BERNAL GÓMEZ, Op. Cit., p. 81.**

asistencia alimentaria hace relación a los alimentos necesarios, nunca a los congruos, pues sería absurdo actuar criminalmente contra quien cumpliendo con sus deberes esenciales, se niega al pago de lo suntuoso”.

Igualmente el Doctor Gustavo Gómez Velásquez citado por Hernando Hernández afirma que “...*la asistencia alimentaria, en la órbita penal, sólo se relaciona con alimentos necesarios, y, de pretenderse la extensión a los congruos, la tacha de inconstitucionalidad de la norma aparece como insoslayable”.*⁹⁸

De otro lado, existen otros tratadistas como Hernando Hernández⁹⁹ y Luis Carlos Pérez¹⁰⁰ que creen que se trata de las dos clases de alimentos: congruos y necesarios, porque según ellos el código no efectúa distinción alguna.

6.2.5 Problema referente al pago parcial de la obligación alimentaria.

El autor Alejandro Bernal¹⁰¹ sostiene que “*quien paga parcialmente no es responsable del delito*”. En sentido contrario, otros autores como Hernando Hernández¹⁰² creen que:

No es posible parcelar de esta forma la responsabilidad penal, pues se alimenta o se incumple con la obligación que genera la responsabilidad penal. Por ser tipo de omisión propia o simple no admite tentativa. Es de mera conducta y de peligro abstracto, esto es, que el comportamiento se agota en la conducta omisiva, sin que se requiera esperar a que se ocasione la destrucción o el daño del bien jurídico tutelado”.

6.2.6 Problema respecto al momento consumativo de la inasistencia alimentaria

Como delito de ejecución permanente, necesario para la tasación de los perjuicios que pueden ser objeto de conciliación. El carácter permanente, implica que el operador jurídico debe fijar el momento desde el que ha de comenzar a contarse el término para la presentación de la querrela en los delitos que como requisito de procedibilidad la exigen, lapso que es de seis meses contado a partir de la comisión del delito.

La jurisprudencia¹⁰³ señala que la inasistencia alimentaria es un delito de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto su proceso consumativo, el cual se inicia

⁹⁸ HERNÁNDEZ QUINTERO, Op. Cit., p. 68.

⁹⁹ HERNANDEZ QUINTERO, Ibídem

¹⁰⁰ PÉREZ, Op. Cit., p. 67.

¹⁰¹ BERNAL GÓMEZ, Op. Cit., p. 81.

¹⁰² HERNÁNDEZ QUINTERO, Ibídem.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit., p. 62.

cuando el sujeto empezó a abstenerse conscientemente de cumplir su obligación alimentaria y se prolonga durante el tiempo que persista, siempre que haya dolo y se conserven las circunstancias que dieron motivo a su demanda. Por consiguiente, si se alteran las circunstancias mencionadas, pueden modificarse también la forma y cuantía de esa prestación alimenticia y aun obtenerse que se declare extinguida, lo que conlleva el efecto de que las sentencias que decreten o denieguen su pago, no adquieren el efecto de la cosa juzgada material, sino que están sujetas a los cambios que se produzcan en la situación del alimentante y del alimentario.

Se suspende al cumplirse la obligación o al aparecer una causa justa para no cumplir con ella. En una palabra, como lo indica Maggiore,¹⁰⁴ la conducta es de consumación indefinida.

En virtud del carácter permanente de la obligación alimentaria, subsiste siempre la posibilidad de que el responsable reincida en la comisión de éste delito, lo cual no impide la iniciación de otro proceso, independientemente de que exista sentencia condenatoria ejecutoriada (artículo 235 del Código Penal)

La doctrina¹⁰⁵ diverge respecto al momento consumativo del ilícito. Algunos autores opinan que la obligación es exigible judicialmente una vez determinado el surgimiento del deber de dar alimentos así:

Frente al cónyuge, desde la fecha del matrimonio legalmente celebrado

Frente a los hijos extramatrimoniales. A partir del nacimiento o aún durante el periodo de gestación, si en el curso del embarazo se fallo favorablemente el proceso de paternidad.

Frente a los hijos legítimos, desde la concepción

Frente a los demás familiares, a partir de la ocurrencia de la eventualidad de orden personal que requiera el auxilio ajeno

Según el Diccionario Jurídico¹⁰⁶,

El delito se considera consumado cuando en el hecho realizado por la persona (acción u omisión), se encuentran todas las características de determinada figura delictiva. Cuando se trata de un delito material la consumación se caracteriza por la existencia del resultado delictivo indicado en la ley, y cuando se trata de un delito formal, la consumación se caracteriza por la terminación de la acción. Por esto, como característica más importante del delito consumado debe considerarse, ante todo, el desarrollo pleno del aspecto objetivo del delito, puesto que el objeto, el aspecto subjetivo y el sujeto del delito son iguales en el acto delictivo preparatorio o en el delito consumado.

El delito de inasistencia alimentaria es una infracción permanente porque la omisión de proporcionar los medios económicos se prolonga en el tiempo, manteniendo así una

¹⁰⁴ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal. Parte Especial. Bogotá: Editorial Temis, 1989

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ QUINTERO, Op. Cit., p. 68.

¹⁰⁶ DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Op. Cit., p. 61.

situación típica, antijurídica y culpable. Comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida (requisito para que nazca la obligación alimentaria). Pero para iniciar proceso penal por inasistencia alimentaria no es necesario -como requisito de procedibilidad- que se haya adelantado previamente acción civil de alimentos, según la doctrina¹⁰⁷ y la jurisprudencia¹⁰⁸. No obstante, cuando se ha adelantado proceso civil de alimentos *"el juez penal deberá atenerse a la determinación tomada por la jurisdicción civil o de menores, según el caso, porque son las llamadas preferencialmente a decidir sobre estas cuestiones"*.¹⁰⁹

El incumplimiento de las mesadas provisionales o definitivas decretadas judicialmente, genera la relación de tipo penal. No obstante el delito surge cuando se incumple la obligación. Así mismo, el artículo 421 del Estatuto Civil consagra que *"Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas (...)"*

6.2.7 Problema frente a la caducidad de la querrela en la inasistencia alimentaria

Como delito de tracto sucesivo. El artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, establece que para iniciar la acción penal será necesaria la querrela en el delito de inasistencia alimentaria, entre otros, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad.¹¹⁰

Cuando se afirma que un delito es querellable, significa que admite la figura de la conciliación y del desistimiento. El artículo 73 del Estatuto de Procedimiento Penal establece que la querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. Transcurrido dicho término se entiende que la querrela ha caducado, en consecuencia, el procedimiento no puede proseguirse porque se dio una causal objetiva de cesación de procedimiento por cuanto siendo el delito de inasistencia alimentaria de carácter permanente y de tracto sucesivo, la acción penal no podía iniciarse respecto el acontecer delictual durante el cual no se haya interpuesto la querrela, por pregonarse frente a ese lapso retroactivo, la caducidad de la misma que extingue la acción penal, porque el paso del tiempo abatió el *ius puniendi* estatal.

No obstante, no ocurre lo mismo, en relación con la consumación de la conducta delictuosa, desde el momento a partir del cual se instauró la querrela hacía adelante, en cuanto -se repite- la infracción penal es de carácter permanente y de tracto sucesivo, en

¹⁰⁷ ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Nuevo Código Penal. Decreto 100 de 1980. Tomo II, vol. II

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Op. Cit., p76. y CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-205 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Op. Cit., p 76.

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIAS C-459 de 1995 M.P.:Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-113 de 1996 M.PDr. Carlos Gaviria Díaz

consecuencia, la caducidad de la querrela opera desde el lapso mencionado hacía adelante.

6.2.8 Problema atinente a la fijación retroactiva de alimentos o cobro de mesadas atrasadas.

De ahí que no resulte acertado pretender una fijación retroactiva de alimentos o un cobro de mesadas atrasadas, porque conforme el artículo 421 del Código Civil *"los alimentos se deben desde la primera demanda"* y si esta resultó fallida no puede pretenderse acudir a su fuente. Alrededor del punto la doctrina advierte: *"Debe, entonces, ser desterrado el malentendido, muy difundido en el país, atinente a que si no se demandan los alimentos ni se ha celebrado pacto al respecto, dejar pasar el tiempo conlleva un ahorro, pues el lapso transcurrido sin haberlos solicitado presume que hasta tanto no se hizo no eran necesarios y precluyó la posibilidad de solicitarlos respecto de las mesadas atrasadas"*¹¹¹.

6.2.9 Problema relacionado con la ejecución de las actas de conciliación producidas al interior del proceso penal de inasistencia alimentaría.

Por regla general, la providencia judicial o el acta de conciliación que contiene el acuerdo sobre el monto de la prestación alimentaría, presta mérito ejecutivo.

Sin embargo, llama la atención, la naturaleza peculiar de las actas de conciliación producidas dentro de un proceso penal, que deben ser cumplidas dentro del término máximo de 60 días¹¹², y que solo tienen como efecto la terminación anormal del proceso, obligando al funcionario judicial a emitir la resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación del procedimiento, según corresponda a la etapa en que se realice. Para éstas últimas actas, no se establecen en la ley de forma expresa los efectos de cosa juzgada, ni de mérito ejecutivo, lo que puede dar lugar a que cualquier persona pretenda iniciar un proceso ejecutivo por alimentos con base en el acta de conciliación obtenida dentro del proceso penal, ante el incumplimiento de la cuota fijada cuando dicho incumplimiento se ha producido después del término máximo de los 60 días, que tiene el funcionario penal para verificar su observancia.

¹¹¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo II, parte especial. Sexta edición. Bogotá. 1993. 248 p.

¹¹² Según el artículo 533 de la Ley 904 de 2004 por medio de la cual se expide el Nuevo Código de Procedimiento Penal, ésta regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005, es decir, que los procesos en curso todavía se rigen por el anterior Estatuto Procesal Penal o Ley 600 de 2000

7. CONCLUSIONES

1. Consagración de la inasistencia alimentaria como delito. Es obligación del Estado garantizar a los ciudadanos el derecho al acceso a la justicia lo cual es sinónimo de garantizar la protección de sus demás derechos. En consecuencia, y teniendo en cuenta que es deber especial de las personas velar por la subsistencia de aquellos a quienes la ley las obliga y con el fin de garantizar esa obligación alimentaria, el legislador consideró necesario, inclusive, acudir a la consideración y uso de una jurisdicción tan excepcional (*ultima ratio*) como la penal, para amparar el bien jurídico de la solidaridad familiar. En este sentido la Corte Constitucional ¹¹³ declaró exequibles los artículos 233 del Código Penal y 270 del Código del Menor, en el entendido que con el no cumplimiento de esa obligación se falta a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, poniendo en peligro su estabilidad y así la subsistencia del beneficiario.

Aunque se ha atacado la consagración de la conducta de inasistencia como delito, mediante criterios tales como que la obligación alimentaria es una deuda y, en consecuencia, el establecimiento de penas privativas de la libertad, como sanción para quien incurra en ella vulnera la prohibición contenida en el artículo 28 de la Carta Política, se quiere hacer énfasis en que la legislación colombiana consagra medidas más eficaces que la represión penal, para lograr coercitivamente el cumplimiento de la obligación ¹¹⁴. Lo anterior unido a que el derecho penal debe ser aplicado como última ratio, no es

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C -124 de 1998

¹¹⁴ SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit., p. 62.

conveniente utilizarlo frente a hechos susceptibles de ser intervenidos por otras vías legales. La ley concede al beneficiario de la asistencia alimentaria la posibilidad de demandar civilmente a quien se sustrae o a quien incumpla la prestación; así mismo, dicho beneficiario puede ejercitar otras acciones ante las defensorías de familia y ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante las cuales se puede perseguir los bienes de quien incumple, para lo cual se debe certificar el parentesco; todo esto encaminado a la protección del núcleo familiar. Este tipo de acciones legales representan una mayor eficacia y efectividad en el logro o realización del derecho; por tanto, la acción penal resulta inadecuada.

Dada la congestión de los despachos penales, se ha cuestionado la tipificación de la inasistencia alimentaria, por el incumplimiento de la cuota alimentaria impuesta por vía judicial o administrativa, como hecho punible, por quienes sugieren eliminarla del Estatuto represor para darle solución por vías no judiciales. Un sector de la doctrina ¹¹⁵, sostiene categóricamente que la justicia penal no es efectiva en la solución de conflictos familiares, a la luz del principio de la *ultima ratio*, según el cual el derecho penal, debería ser un último paso para lograr la resolución de las infracciones contra la ley, siendo la causa del delito la ausencia de políticas públicas que ataquen de principio los problemas surgidos al interior de la familia, sin dejar de lado otra causa: la falta de compromiso de muchos obligados, que teniendo los recursos económicos suficientes omiten suministrar los alimentos a favor del alimentario.

Además de lo anterior, los fiscales competentes para investigar los casos de inasistencia alimentaria están operando como conciliadores, degenerando en tramitadores de verdaderos “procesos ejecutivos penales” situación que desvirtúa la filosofía de la justicia penal al dejar en segundo plano la labor de investigar integralmente las circunstancias que rodean el ilícito ¹¹⁶. Además, Cuando los funcionarios son conciliadores y no investigadores, desconocen la posibilidad de la ocurrencia de una justa causa.

Asociado lo expuesto en los dos párrafos precedentes, a la falta de seguimiento sobre los acuerdos conciliados que son incumplidos, generando nuevas denuncias por inasistencia alimentaria tiempo después, reiniciando procesos sin fin.

Todo eso nos lleva a concluir que se presenta una tensión entre la teoría y la práctica jurídica que hace necesario un estudio de coordinación entre las diferentes normas de los sistemas jurídicos: civil, familia y penal relacionadas con la obligación alimentaria y con el delito de inasistencia.

2. Competencia para conciliar en materia alimentaria. Otro aspecto a resaltar es que un mismo caso por alimentos, puede llegar simultáneamente a conocimiento de comisarías de familia, zonales del ICBF y Fiscalía, siendo imposible resolver un único caso, ocasionando un desgaste costoso e innecesario del aparato jurisdiccional del Estado. Sobre el particular, el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) no ofrece ninguna solución, por el contrario continúa reglamentando el delito de

¹¹⁵ LEGIS, ÁMBITO JURÍDICO, Op. Cit., p. 6.

¹¹⁶

inasistencia alimentaria en lo referente a los mecanismos de resolución de conflictos y al tema de la justicia retributiva, lo cual implica no solo la permanencia de la inasistencia alimentaria como delito dentro del Código Penal, sino su fortalecimiento dentro del mismo.

Para iniciar proceso penal por el punible de inasistencia alimentaria no es necesario -como requisito de procesabilidad- que se haya adelantado previamente acción civil de alimentos. No obstante, cuando se ha adelantado proceso civil de alimentos *"el juez penal deberá atenerse a la determinación tomada por la jurisdicción civil o de menores, según el caso, porque son las llamadas preferencialmente a decidir sobre estas cuestiones"*.¹¹⁷

Sin lugar a dudas, constituye una conducta indebida y temeraria, el hecho de que se formule denuncia por inasistencia alimentaria en más de dos oportunidades o cuando en Juzgados de ciudades distintas se ha impetrado previamente demanda por alimentos contra el mismo obligado, sin agotar la vía civil del proceso ejecutivo. Se observa que ese accionar es no solo irregular, sino desproporcionado y solo tiene propósitos malsanos de perjudicar al demandado, es un comportamiento que contraviene la lealtad procesal, al formular dos demandas de alimentos en jurisdicciones distintas en épocas diferentes.

En este sentido y atendiendo al principio de necesidad y de ultima ratio, puede proponerse como respuesta al problema citado en este numeral y al de las múltiples ocasiones de conciliar que se ofrecen, tanto dentro del ámbito prejudicial penal como dentro del proceso mismo, que la ley procesal penal exija como requisito de procedibilidad para acceder a la vía penal, el haber agotado previamente la vía civil o de familia, incluyendo el proceso ejecutivo e igualmente exigir que se aporte el último acta de conciliación realizada. Valga anotar, que ésta solución se propone mientras permanezca la inasistencia alimentaria como delito, porque se reitera, ésta conducta ni siquiera debería estar tipificada como hecho punible, por existir otras formas menos gravosas para la consecución efectiva del derecho legítimo que le asiste al alimentario

3. Verificación del cumplimiento de la conciliación en alimentos dentro del proceso penal. La Ley 906 de 2004 no define un término para verificar el cumplimiento del acuerdo aprobado dentro del proceso penal y por tanto es indispensable hacerlo, porque la inobservancia de una obligación de tracto sucesivo que vulnera derechos fundamentales (caso de alimentos de menores), origina un daño que puede tornarse irreparable e irreversible, atendiendo a que *"en la inasistencia alimentaria no se pone en riesgo el patrimonio del beneficiario sino su propia subsistencia"*¹¹⁸. Con esto, se quiere dar a entender, que si el legislador tipificó la inasistencia alimentaria como delito, entonces también le compete reglamentar las situaciones bajo las cuales se es sujeto activo responsable penalmente del ilícito y no dejarlo a la discrecionalidad del funcionario judicial que conozca del caso particular. El hecho de advertir un vacío legislativo en el proceso penal de inasistencia alimentaria, específicamente en materia de conciliación, en manera alguna pretende justificar la tipificación de éste delito, sino que se está

¹¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit., p76.

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Op. Cit., p. 62.

cumpliendo con el objetivo del presente trabajo, cual es el de dar a conocer todos los problemas originados con la implementación de la figura de la conciliación en el proceso por inasistencia alimentaria.

El numeral octavo del artículo 324 del Nuevo Código de Procedimiento Penal consagra uno de los casos en los cuales procede la aplicación del principio de oportunidad, que dice:

“8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas. (...)”

Suspender el proceso penal, implica que existe la posibilidad de reactivarlo en un momento dado, es aquí donde cabe establecer el término del período de comprobación que amerita la conciliación en materia de alimentos para confirmar el cumplimiento del acuerdo, pero en esta nueva Ley no se hace explícito el término legal para ello.

4. Nuevo sistema penal acusatorio, la conciliación y la justicia restaurativa. La reforma propuesta al actual sistema de justicia se inspira por una parte, en la necesidad histórica de superar las deficiencias que experimenta el sistema judicial, especialmente el penal, que no asegura la imparcialidad, las garantías y el acceso de los ciudadanos; deficiencias visibles en los resultados estadísticos que se refirieron al inicio de este trabajo; y por otra, en la aplicación de los principios de defensa, contradicción, publicidad y celeridad contenidos en nuestra Constitución Política.

Se parte así, de la consideración de un sistema penal acusatorio que permite el sometimiento del infractor a un verdadero juicio, ofreciendo de paso una pronta solución a su conflicto.

En consecuencia, es posible avanzar hacia la construcción de un sistema de justicia eficaz, legítimo y más democrático, dada la posibilidad de acceso en condiciones de equidad, entendiendo que el Estado debe ser en última instancia, el garante exclusivo e indelegable de los derechos de todos los ciudadanos. Con base en lo anterior se persigue proporcionar un acceso más amplio, oportuno, eficaz y equitativo a la justicia, tanto judicial formal, como alternativa debidamente regulada, bajo una nueva concepción que implica el compromiso con una cultura de resolución pacífica de conflictos y en estricta observancia de la ley como se requiere en un Estado Social de Derecho.

De otra parte, las legislaciones del mundo incluyendo la colombiana, con el fin de moderar el efecto tan adverso que conlleva la privación de la libertad, *“...han desarrollado los beneficios y las rebajas de las penas, porque se ha evidenciado que no es con el aumento de éstas que se responde eficazmente al delito; por lo general esto no ha dado el resultado deseable y así lo demuestran las estadísticas, el aumento de penas no disuade, las teorías de la prevención general o de la prevención especial, son teorías que han fracasado a la luz del aumento de las penas, de tal manera que el remedio es otro”*.

¹¹⁹ En el caso específico del delito de inasistencia alimentaria debe atacarse la

¹¹⁹ REYES VESGA, Hernando. En: Dixi. Beneficios y rebajas de la ley penal colombiana. Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Bucaramanga. Edición No. 6. Medellín. (Dic. 2003); p. 47-53.

problemática social que es su fuente y enfrentarlo con alternativas diferentes a la pena de prisión.

Por todo lo anterior es que un sector de la doctrina, concibe la conciliación como el método más idóneo para ello, con el fin de reparar material y/o simbólicamente al sujeto pasivo, dando aplicación a una verdadera política de descongestión y de impulsar mecanismos pacificadores de reconocimiento a las víctimas del delito. En éste sentido, se han formulado argumentos a favor de la conciliación dentro del proceso penal, al resaltar la importancia de crear una cultura conciliatoria, esto es, aprender a manejar el mecanismo conciliatorio para obtener de él todas las ventajas y beneficios que supone, logrando el máximo provecho de éste instrumento que no puede dejarse desaparecer por interpretaciones equivocadas y formalistas, sino por el contrario, debe impulsarse, y perfeccionarse todos los días, para que cumpla los verdaderos fines para los cuales se estableció.

De otro lado, hay autores que ven la conciliación como una figura que vulnera muchas garantías del procesado, tal y como se expuso en el capítulo 6.

Es decir, la filosofía de la conciliación en sí misma es absolutamente valiosa como expresión máxima de la autonomía de la voluntad privada en cuanto a derecho se refiere, porque implica la capacidad para disponer de los derechos individuales transigibles, con repercusiones jurídicas para las partes. Sin embargo, cuando de proceso penal se trata, la conciliación pierde muchas de sus virtudes, por ejemplo: la neutralidad del conciliador, entre muchos otros problemas que ya han sido expuestos a lo largo de éste trabajo. No obstante, el tema de la justicia restaurativa ofrece una nueva visión de la sanción penal, como a continuación se expone.

Desde el punto de vista del proceso penal es necesario que el legislador analice el delito de la inasistencia alimentaria al interior de las estrategias de control social, propendiendo por el mantenimiento del principio penal de mínima intervención, lo cual hace necesario un replanteamiento de la política criminal existente, con miras a la descriminalización de esta conducta y a darle a la alternativa conciliatoria, más que un significado de alternatividad en la solución del conflicto, una dimensión de reparación para con la parte afectada con la conducta antijurídica, dentro del modelo restaurativo o reparativo, no retributivo, rehabilitador o disuasivo que es el basado en el castigo y la pena, propio del derecho penal tradicional. Se trata de una justicia reparadora cuya sanción se concreta en que se compensa, se reintegra y que encuentra su campo de aplicación en este caso, en un tema relacionado con la familia, donde existen afectos y sentimientos filiales, lo cual hace más fácil su aceptación y aplicación, entendiendo el concepto de mediación reparadora como *“un proceso de comunicación en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero, que supone una reparación de los daños causados, materiales e inmateriales”*.¹²⁰ Como anota Bustos Ramírez citado por Varona, *“una política criminal ‘alternativa’ solo adquirirá pleno sentido dentro de un proyecto global de transformación social, que suponga el tránsito de unas estructuras autoritarias a otras igualitarias y dinamizadoras de la participación y de la gestión social de los intereses comunitarios, el propio concepto de desviación habrá de*

¹²⁰ VARONA MARTÍNEZ, Gema. La mediación reparadora como estrategia de control social, p.2

revestir una connotación diferente”, siempre con la mira en la protección de los derechos de los infractores y de las víctimas. La compensación a la víctima ha llegado a ser un rasgo clave de justicia restaurativa en muchos países desarrollados; así la reparación se configura como sanción y desplaza el castigo tradicional de pena privativa de la libertad.

El objeto genérico de la conciliación en el ámbito penal es el aspecto patrimonial que ha generado el delito, tendiente a obtener la llamada indemnización de perjuicios causados por el hecho; hoy el nuevo Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004, amplía lo relacionado con la conciliación que en el anterior Código solo se trataba en el artículo 41, y además introduce con detalle una nueva figura de justicia restaurativa: la reparación integral, que además de considerar la reparación material o patrimonial, incluye una reparación moral a las víctimas o sujetos pasivos de la conducta lesiva es decir, a las “... *personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto*”. Además en el artículo 11 literales c y h, se consagra como uno de los principios rectores, el derecho de las víctimas: a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor y a ser asistidas durante el incidente de reparación integral. Esta nueva forma de ver el proceso penal, se concibe dentro de un nuevo lenguaje sobre el protagonismo de la víctima dentro del proceso, limitando el *ius puniendi* de que es titular el Estado.

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 y a las relaciones, más que en castigar a los delincuentes. No puede pasarse por alto que con la implementación de la conciliación dentro del sistema penal y de la justicia restaurativa, no solo se busca una solución ágil y humana, ya que “*aminora los efectos despersonalizadores de la justicia penal*”¹²¹, que permita la realización del derecho reclamado, sino que ante todo se defiende el derecho a la libertad del imputado, sindicado o condenado, que es un derecho muy superior al interés patrimonial que pueda tener la víctima. Obviar lo anterior es típico de una teoría del derecho penal retributivo, cuyo enfoque punitivo implica un control alto y apoyo de rehabilitación bajo; esta teoría contraviene los principios que orientan un derecho penal garantista, puesto que los litigios que tengan como objeto una pretensión económica, deben ser de competencia de la jurisdicción civil, y no de la penal.

La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado y evitar que ocurra nuevamente. Con ello se pretende humanizar la respuesta que el poder punitivo da al infractor. El enfoque restaurativo tiene un efecto integrativo, ya que las partes involucradas ostentan el derecho y el deber de participar en el proceso y además “*reintegrativo porque permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente*”¹²².

¹²¹ VARONA MARTÍNEZ, Ibidem

¹²² http://www.realjustice.org/library/paradigm_span.html

Los delitos dañan a las personas y las relaciones. La justicia exige que el daño se repare tanto como sea posible. La justicia restaurativa no se aplica porque es merecida, sino porque es necesaria; esta se logra mediante un proceso cooperativo que involucra a todas las partes interesadas en la decisión sobre la mejor manera de reparar el daño ocasionado, a la vez que disminuye el impacto de la conducta lesiva entre los implicados. Esta reparación al perjuicio producido se dirige a tres objetivos: reparación material, social y emocional de la víctima.

La implementación de esta justicia restaurativa como complementaria y paralela a la justicia penal tradicional, permite la reducción del delito, la satisfacción social o comunitaria, la humanización del proceso, la reparación de los lazos sociales y la armonía entre las personas en conflicto, además que recoge principios como los de neutralidad, imparcialidad, obtención de un consentimiento informado, además de confidencialidad de caso y rapidez en la solución.

Este modelo de justicia y la introducción del incidente de reparación integral tiende a simplificar la justicia penal tradicional y recalca la relevancia del principio de oportunidad que se ha implementado en nuestro nuevo Código de Procedimiento Penal según el artículo 323 así: *“La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad”*, contemplado en el artículo 321 del mismo Estatuto y cuyo efecto inmediato es la extinción de la acción penal, tal y como lo establece el artículo 329 del mismo Código.

También es claro que las condenas impuestas a los desempleados tienen un efecto perverso (expresión tomada de la sentencia C-657 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández), contrario al fin buscado, dañino para la justicia.

5. La consagración del delito de inasistencia alimentaria, no disuade a las personas. Las consecuencias del delito pueden atemorizar a la parte denunciada, razón por la cual en la mayoría de los casos persiste la no comparecencia a las audiencias de conciliación programadas, y el incumplimiento de los acuerdos. Es evidente que la pena por el delito de inasistencia alimentaria no es disuasiva, porque goza del subrogado penal de la libertad condicional (artículo 38-1 Código Penal), aunque en muchos casos no se accede a ella, por motivos subjetivos, como lo son la personalidad y la ‘peligrosidad’ del sujeto infractor.

6. La jurisdicción de familia es la competente para tutelar el derecho de alimentos. Se debe concientizar a la comunidad acerca de las ventajas de las demandas de alimentos que son presentadas ante el juez de familia donde las pretensiones son declarativas, mientras que las proferidas por los fiscales y jueces penales son de naturaleza condenatoria, cuya pretensión principal es la imposición de una pena, es decir, que el derecho del menor no se tutela por ésta vía, más aún, se está dilatando su protección, ya que éstos últimos funcionarios no les compete fijar una cuota alimentaria a favor del menor, (excepto cuando se llegue a ella mediante una conciliación donde actúan como conciliadores, no como jueces), sino que su función principal es la de castigar al sujeto incumplido en su obligación legal. *“El juez penal sólo se ocupará de fijar el monto de las mesadas, cuando tal determinación no haya sido tomada por el juez correspondiente y*

*sea indispensable para decretar las medidas penales respectivas, en cuanto ellas exigen que el procesado garantice el cumplimiento de las obligaciones alimentarias cuya violación origina el delito”*¹²³

Por tanto, si lo que se pretende en realidad es mejorar la manutención del menor o tutelar su subsistencia, se debe acudir ante el juez de familia quien si puede fijar una cuota alimentaria, la cual es exigible desde el día de la demanda. Por consiguiente, de no ser cumplida la sentencia, el representante del menor puede demandar ejecutivamente, reclamando el cumplimiento de lo ordenado.

Si el demandado tiene bienes embargables, el proceso prospera y el derecho de alimentos se hace efectivo. Si el demandado no tiene bienes sujetos a registro, sólo resta embargar bienes muebles. Es de conocimiento público que estos procesos implican muchos costos tales como: el pago de los honorarios al secuestre y al perito, la publicación para el remate de los bienes y la demora del mismo, incluso varios años. Tratándose de menores, la legislación civil debe corregir estos errores y adecuar el proceso ejecutivo de alimentos, de tal manera que realice los derechos de los menores. En el peor de los casos, puede suceder que se compruebe que el sujeto incumplido no posea ningún tipo de bienes, evento en el cual, encaja perfectamente la expresión popular que dice “*el que nada tiene, nada debe*”, porque a lo imposible nadie está obligado.

7. Conciliación extrajudicial allegada al proceso penal de inasistencia alimentaria. Si está en curso el trámite penal por el delito de inasistencia alimentaria, una vez agotada la etapa conciliatoria, cabe la posibilidad de terminarse el proceso anticipadamente con base en un acta de conciliación celebrada extrajudicialmente ante un funcionario competente. La ley admite que el funcionario judicial apruebe las conciliaciones que se hubieren logrado ante un conciliador reconocido, ya sea en derecho o en equidad, sin importar la etapa procesal en la que se halle el trámite judicial.

Para concluir, es preciso anotar que los resultados obtenidos en el presente trabajo, permiten afirmar que efectivamente se lograron los objetivos propuestos, por cuanto se dilucidaron algunos de los problemas jurídicos que se presentan durante el trámite de la conciliación al interior del proceso penal de inasistencia alimentaria. Para ello fue necesario exponer a grandes rasgos los elementos que configuran éste delito, seguidamente se dieron a conocer las diferentes autoridades competentes para dirigir una audiencia de conciliación en materia de alimentos y su consiguiente incidencia cuando del punible de inasistencia alimentaria se trata. En la parte final del presente trabajo se estableció claramente la tensión existente entre los principios del procedimiento penal con la figura de la conciliación en materia de alimentos. Todo lo anterior conlleva implícita la pretensión de constituirse en un importante aporte ‘bibliográfico’ para la actividad académica de la universidad, especialmente para los estudiosos del derecho.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 144 de 2001

BIBLIOGRAFÍA

- ADARVE CALLE, Lina Claudia. La conciliación y la indemnización integral en el nuevo código de procedimiento penal Colombiano. Ley 640 de 2001. Tercera Cohorte. Diploma en conciliación. Medellín, 2003
- ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al nuevo código penal. Decreto 100 de 1980. Tomo II, volumen II.
- ARIAS LONDOÑO, Melba. La conciliación en Derecho de Familia, Guía Jurídico-Práctica. Bogotá: Legis Editores, Primera Impresión, 1998
- ARISMENDY OSORIO, María Angela, GAVIRIA MONTOYA, Marta Lucía y HENAO OLARTE, Gloria Elena. La inasistencia alimentaria y su reincidencia en los procesos conciliadores de la unidad 2ª de delitos querellables fiscalías locales de Medellín En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. N° 98. (Ago. 1997)
- BARROSO OSORIO, Tulia del Carmen. Historia de la Conciliación en Colombia, 2001
- BENÍTEZ N, Hernán Darío, BOTERO MARTÍNEZ, Javier y ORTÍZ ALZATE, John Jairo. Pretensión y Proceso penal. Medellín: Señal Editora, 1997
- BERNAL GONZÁLEZ, Alejandro. Los alimentos. Medellín: Bernal Gómez Editores, 1992

Procedimiento de familia y de menores. Medellín:

Bernal Gómez Editores, 1994

El juez competente para conocer de la inasistencia alimentaria. En: Vademécum de Familia. No. 22. (Segundo Trimestre de 200); p. 9-12

Prescripción en ejecutivo por alimentos. En: Vademécum de Familia. No. 22. (Segundo Trimestre de 2002); p. 18.

BORRAS MARÍN, Francisco. Primacía relativa de la conciliación y su promisorio futuro sobre la inoperante justicia estatal. En: Nueva Época. Volumen 09. No 18-19. (Noviembre de 2002); p. 155-160

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor S.A. Barcelona Madrid.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, 1989

FERRO TORRES, José Guillermo. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la familia: El delito de inasistencia alimentaria. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 505-521

GALLÓN GIRALDO, Carlos. "La conciliación administrativa no es requisito de procedibilidad ante la jurisdicción de familia". En: Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. No. 95 (Dic. 1998); p. 271-284

HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. El delito de inasistencia alimentaria. En: Ideación Jurídica. Corporación universitaria de Ibagué. No. 2. (Oct. 1996); 32 p.

JUNCO VARGAS, José Roberto. La conciliación aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 2002

LEGIS. ÁMBITO JURÍDICO. Excelencia en la Justicia: Justicia penal frente a la familia, el delito de inasistencia alimentaria más allá de la justicia (mar.11-24 2002); p. 19

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo II, parte especial. Sexta edición, 1993. 248 p.

Comentarios al decreto de descongestión de despachos judiciales, Decreto 2651 de 1991. Bogotá, 1992.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal. Parte Especial. Bogotá: Temis, 1989

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Bogotá: Ediciones Jurídicas Wilches, 1997

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal parte especial. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1996. p. 264 a 286

PATIÑO, Mauricio. Notas de clase de derecho procesal parte general. Medellín Universidad de Antioquia. Facultad de derecho, 2002

PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Partes General y Especial. Bogotá: Temis, 1985

POVEDA PERDOMO, Guillermo. La Falaz inasistencia alimentaria. En: Revista Jurídica Alé-Kumá. No. 15. (May.- ago. 2002); p. 33-64.

RAMIREZ SANCHEZ, John Eisenhower. Casuística en derecho de familia. Alimentos. 1ª. Edición. Santiago de Cali, 2002

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho penal. Parte especial. Bogotá: Temis, 1998.

REÁTIGA S., Félix Eduardo. Algunas consideraciones sobre la cosa juzgada en

- materia civil y penal. Medellín, 1944, 194 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
- RESTREPO SERRANO, Federico. La conciliación en materia civil. Diploma en conciliación: Ley 640 de 2001. Tercera Cohorte. Medellín, 2003
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. Delitos contra la familia, en Derecho Penal Especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985.
- _____ Derecho Penal. Tercera reimpresión de la undécima edición. Temis, 1994. p. 8-9.
- REYES VESGA, Hernando. Beneficios y rebajas de la ley penal colombiana. En: Dixi. Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Bucaramanga. Edición N° 6, (Dic. 2003); p. 47-53.
- ROA GÓMEZ, Gloria Nelly. La conciliación, solución a los conflictos familiares. Bogotá. 1995, 125 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- RODRIGUEZ ROSSI, Ernesto. Cosa juzgada civil, penal y administrativa. 2000
- ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Librería Tirant lo Blanch
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II. Bogotá: Temis; 1999
- TORRES ORTIZ, Javier Bernardo. La conciliación en el proceso penal colombiano: aspectos dogmáticos y criminológicos. Medellín, 1996. 92 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- TOVAR HERNÁNDEZ, Luisa Fernanda. La conciliación en materia penal como mecanismo de solución de conflictos. Bogotá, 1995. 115 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema. La mediación reparadora como estrategia de control social: una perspectiva criminológica. España: Editorial Comares, 1998
- VARÓN PALOMINO, Juan Carlos. Régimen jurídico de la conciliación en materia civil y comercial. En: Revista de Derecho Privado. Facultad de Derecho. Volumen 16. N° 28. (Sep. 2002); p. 101-183
- Constitución Política de Colombia
- Código Civil Colombiano
- Código de Procedimiento Civil
- Código del Menor
- Ley 1ª de 1976
- Decreto 2272 de 1989
- Decreto 2282 de 1989
- Decreto 2651 de 1991
- Ley 23 de marzo 21 de 1991
- Ley 311 de 1996

Ley 446 de julio 7 de 1998

Decreto 1818 de 1998

Decreto 1908 de 2000

Código Penal. Ley 599 de julio 24 de 2000.

Código de Procedimiento Penal. Ley 600 de 2000

Ley 640 de enero 5 de 2001

Nuevo Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de agosto 31 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-502 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-165 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-205 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-459 de 1995

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 197 de 1995

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 037 de 1996

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 de 1996

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237 de 1997

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -124 de 1998

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388 de 2000

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 893 de 2001

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-144 de 2001

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-011 de 2002

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 187 de 2003

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-016 de 2004

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación del 15 de diciembre de 1948. Gaceta del Tribunal. Tomo III. No. 17 a 28. En: Revista de Derecho Privado. Facultad de Derecho. No. 28. (Sep. 2002); p. 813 y siguientes

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de mayo 15 de 1987.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de abril 03 de 1990

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 81 del 13 de junio de 1991

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 10 de julio de 2000

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 9 de abril de 2002