

**EL ALCANCE Y EFECTIVIDAD DE LA CONCILIACIÓN EN LA CONDUCTA
PUNIBLE DE INASISTENCIA ALIMENTARIA Y SUS GARANTÍAS PARA LOS
NIÑOS**

Scope and effectiveness of conciliation in the punishable conduct of child support non-attendance and its guarantees for children.

*** ANGIE DELGADO JOYA¹**

**** MORELIA ALVAREZ VARGAS ²**

RESUMEN

Desde la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998 en nuestro país se contempló la facultad de recurrir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), para buscar una solución alterna, eficaz y pronta a las controversias y/o conflictos que se deriven entre partes, evitando con ello acudir a la jurisdicción correspondiente para solucionar un pleito pendiente; debido a ello se reguló la ley 640 de 2001, la cual esboza la conciliación como un instrumento facultado para dirimir conflictos en las diferentes ramas del derecho. Es por ello que en el marco de la comisión del delito de inasistencia alimentaria, el cual ha tenido en los últimos años un incremento significativo en denuncias ante el ente acusador, los MASC son una herramienta de

¹ Abogada egresada de la Universidad Cooperativa de Colombia- Seccional Bucaramanga. Actualmente estudiante de la especialización de derecho procesal de la Universidad Libre Seccional Bogotá

² Abogado egresado de la Universidad La Gran Colombia, seccional Bogotá, actualmente estudiante de la especialización de derecho procesal de la Universidad Libre Seccional Bogotá

gran valor para la descongestión de estos despachos judiciales, sin embargo, hay que observar que se garanticen en debida forma los derechos de los niños, niñas y adolescentes que son los principales afectados y/o víctimas dentro de esta conducta punible; pues pese al trabajo constante del ente acusador como director de la acción penal en representación del Estado para velar por la protección de las víctimas y obtener su debida reparación; a través de dicho mecanismo el cual puede resultar en algunas oportunidades obsoleto e inoperante, en razón a que el victimario a fin de evitar la futura privación de su libertad, de manera inconsciente entabla un acuerdo conciliatorio con la víctima y más adelante continúa sustrayéndose de su obligación alimentaria, pues como bien lo han expresado las altas cortes en reiterados pronunciamientos, con el actuar de los progenitores que se sustraen de las cuotas alimentarias y los deberes que como padres ostentan con sus hijos, se ha creado una afectación irreparable a los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes, ya que al justificar de cierta forma la sustracción alimentaria de estos en los fallos por carecer de recursos económicos y no tener las capacidades para cumplir con sus obligaciones como individuo, dejan a la deriva la protección jurídica que como órgano jurisdiccional y estatal les compete por ser los juzgadores de dicho proceso penal, desprotegiendo así el interés superior del menor, vulnerando su mínimo vital y la posibilidad de tener una mejor calidad de vida, pues al evitar el esfuerzo de sus progenitores para una mejor subsistencia viola directamente las garantías de la víctima.

Palabras Clave:

Conciliación, inasistencia alimentaria, derechos fundamentales, acción penal, mecanismos alternativos de solución de conflictos, justicia restaurativa.

Abstract

Since the issuance of Law 446 of 1998 in Colombia, the possibility of resorting to alternative dispute resolution mechanisms (MASC) has been contemplated, with the purpose of seeking an

alternative, effective and prompt solution to the controversies and/or conflicts that arise. derive between parties, thus avoiding going to the corresponding jurisdiction to solve a pending lawsuit, due to this, Law 640 of 2001 was regulated, which outlines conciliation as a mechanism empowered to resolve conflicts in the different branches of law. That is why, within the framework of the commission of the crime of lack of food, which has had a significant increase in complaints to the Attorney General's Office in recent years, the MASC are a tool of great value for decongesting these offices. judicial, however, we must observe a lawyer that the rights of children and adolescents who are the main affected and/or victims within this punishable conduct be duly guaranteed; because despite the constant work of the accusing entity as director of the criminal action on behalf of the State to ensure the protection of the victims and obtain their due compensation; through said mechanism, which can sometimes be obsolete and inoperative, because the perpetrator, in order to avoid future deprivation of liberty, unconsciously enters into a conciliatory agreement with the victim and later continues to withdraw from his or her food obligation, because as the high courts have expressed in repeated pronouncements, with the actions of the parents who subtract from the food quotas and the duties that as parents they have with their children, an irreparable affectation has been created to the rights of children and/or adolescents, since by justifying in a certain way the subtraction of food from them in the judgments due to lack of economic resources and not having the capacities to fulfill their obligations as an individual, they leave adrift the legal protection that as a jurisdictional and state body, they are responsible for being the judges of said criminal process, thus unprotecting the superior interest or of the minor, violating his minimum vital and the possibility of having a better quality of life, because by avoiding the effort of his parents for a better subsistence, he directly violates the rights of the minor victim.

Key words:

conciliation, food shortage, fundamental rights, criminal action, alternative dispute resolution mechanisms, restorative justice.

INTRODUCCIÓN

En el Sistema Penal Acusatorio (SPA) se contempla en el artículo 74 del C.P.P. aquellos delitos querellables en donde es viable acudir a la conciliación como (MASC), con el fin de reparar a la víctima del daño antijurídico causado por el indiciado (a) con la comisión de la conducta punible, sin embargo con la regulación de la ley 1542 de 2012 en su artículo 1 expresa la consigna de *“eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal”*(p.1)

Teniendo en cuenta lo anterior, se elimina el carácter de querellable y desistible del punible de inasistencia alimentaria, con el fin de garantizar la protección de los derechos de las víctimas que en su mayoría son niños, niñas y/o adolescentes; no obstante gracias al trabajo constante del ente acusador se ha podido evidenciar que con la realización de los acuerdos conciliatorios que aún se conllevan pese a la eliminación de la figura querellable en dicho delito, se llegaron a restablecer los derechos fundamentales y garantías constitucionales de un sin número de víctimas que añoran su protección.

De igual forma, la presente investigación se plantea con la finalidad de establecer si dicho mecanismo alternativo puede ser utilizado de manera permanente en el punible de inasistencia alimentaria, con el fin de dar celeridad a las denuncias instauradas, evitar que los victimarios obtengan un antecedente penal y el bien jurídico tutelado del niño, niña y/o adolescente no siga siendo menoscabado por el progenitor que incumple con lo pactado por la entidad judicial o administrativa. Por otro lado, es importante analizar si es necesario que el legislador y el Gobierno Nacional implementen políticas públicas y/o mecanismos que sean efectivos y coadyuven al cumplimiento de las obligaciones alimentarias que están a cargo del progenitor (a)

que día a día evade su responsabilidad, con el fin de brindar las garantías necesarias para regular los derechos de las víctimas de este delito, evitando con ello llegar al archivo de la investigación por el constante incumplimiento de los acuerdos conciliatorios realizados en los despachos judiciales entre las partes, en donde lo único que ha obtenido la víctima a lo largo del tiempo por parte del victimario es la burla ante el obsoleto sistema de justicia que regula dicho delito, pues se ha observado que en la mayoría de los casos el obligado pese a tener una sentencia condenatoria sigue reincidiendo en la conducta punible, sin importarle el bienestar del niño por consiguiente en la precariedad en donde vive y su nivel socioeconómico.

Por ende, el objetivo principal es determinar la efectividad del (MASC) en el desarrollo de un proceso penal por la conducta de inasistencia alimentaria, para la protección y garantía del interés superior del niño.

Así mismo, se adelantará conforme a lo que reseña el artículo 233 del Código Penal Colombiano, es decir en la población denominada como “descendientes”, en específico niños, niñas y adolescentes, en donde sus progenitores se sustraen de las obligaciones económicas y/o alimentarias que les competen. De igual manera, se desarrollará conforme a lo sucedido es los años 2012 a la actualidad, teniendo en cuenta la connotación por la que ha trascendido éste delito, esto es de querellable y desistible y las posibilidades de prever un acuerdo para la garantía de los derechos fundamentales de las víctimas sin importar que el mismo ya no pertenezca a la categoría de delitos leves que requieren agotar previamente el requisito de procedibilidad; pues lo que se busca es la reparación y amparo de los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes para el crecimiento efectivo de su vida en la sociedad.

1. LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En el siguiente capítulo lo que se busca es dar una noción grosso modo del concepto, contextualización y surgimiento de la conciliación en Colombia, su desarrollo, avance y finalidad; es por ello que se define como aquel medio por el cual las partes pueden llegar a un acuerdo para finiquitar las controversias y/o desacuerdos que entre ellos han surgido y han generado un conflicto. Es por esto que el MASC es empleado en varias áreas del derecho, entre estas la rama penal, situación que nos incumbe para el desarrollo de la presente investigación, ya que se ha convertido en una figura controversial en algunas oportunidades reparadora, satisfactoria y garantista para las partes del conflicto y en otras generadora del surgimiento de nuevos conflictos; trayendo de esta manera pros y contras desde su origen,

1.1. ANTECEDENTES Y SURGIMIENTO DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA.

La conciliación como medio de resolución de conflictos, es un mecanismo que ha sido utilizado a lo largo de los años por todos los seres humanos, que de una u otra forma no han podido por sí solos obtener una solución pronta y eficaz a los problemas y/o conflictos que se han generado por diversas situaciones con la población; situación que los ha obligado a acudir a terceros intermediarios para la solución y resarcimiento de los mismos y sus derechos.

Se puede decir que la conciliación llega al mundo como una salida a los problemas generados entre las partes, un punto final al conflicto y el inicio de la razonabilidad del ser humano que se vio en la tarea de encontrar la forma de llegar a un consenso y evitar la postergación de un conflicto para así obtener una convivencia pacífica en la sociedad.

Ahora bien, en Colombia la Conciliación llega para ser parte de los denominados (MASC), como un salvavida para la restauración de los derechos de las personas en aquellos casos donde es procedente la conciliación como requisito de procedibilidad y medio de restauración para la descongestión judicial, pues no es un secreto que el país presenta un alto índice de demandas y denuncias que han imposibilitado el avance del aparato judicial a corto plazo, trayendo como consecuencia la inoperancia, inseguridad jurídica y falta de celeridad de los despachos judiciales.

Es por ello que nace la necesidad jurídica de realizar un estudio agrosomodo de la trascendencia, beneficios y dificultades que ha tenido a lo largo de los años la conciliación, pues es de gran importancia saber si con la aplicación de ésta en los procesos judiciales se ha obtenido una solución eficaz, inmediata y de lleno que garantice y restablezca los derechos fundamentales de las víctimas e incremente el índice de descongestión judicial.

La conciliación como institución jurídico procesal en Colombia data sus inicios desde mucho antes de la promulgación de la Carta Magna de Colombia de 1991, sin embargo para no ir tan lejos se trae a colación el artículo 116 ibidem que expresa sobre esta figura lo consecuente:

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados de las causas criminales, conciliadores o en la de

árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley (p. 36)

Significa que la conciliación entra a regir a nivel interno desde la entrada en vigencia de la carta magna, pues la misma contempla la posibilidad de acudir a ésta con el fin de evitar el desgaste judicial, reparar a las víctimas del conflicto, crear armonía entre los individuos, democratización y convivencia en la sociedad para así evitar acudir a los estrados judiciales y de manera pronta obtener una solución por medio del diálogo pacífico entre las partes y el tercero intermediario llamado conciliador.

Por otro lado, se empieza a hablar de esta herramienta desde la entrada de la Ley 640 de 2001, en donde se busca con ella la descongestión judicial y establece los parámetros a seguir para la evolución de la misma y lograr acuerdos eficaces entre las partes del conflicto; así mismo esboza los requisitos que se deben tener en cuenta para la aplicación de este mecanismo es las diferentes ramas del derecho y lograr una restauración de las garantías constitucionales de las víctimas.

1.2. LA CONCILIACIÓN EN MATERIA PENAL.

Surge con el Decreto 1861 de 1989, con el fin de modificar ciertos preceptos del Código de Procedimiento Penal, en donde en el artículo 2 ibídem se establece la conciliación en la indagación preliminar o proceso penal para la restauración y reparación de los perjuicios causados a la víctima, pese a estar en curso un proceso penal; dicha normatividad regula la conciliación para aquellos casos en donde solo podía adelantarse la investigación penal hasta tanto la víctima no interpusiera la denuncia y/o queja respectiva del delito, querrela que terminaba en muchas ocasiones con la reparación de la víctima por medio de la conciliación, pues se sentía indemnizada la persona y por ende acudía al desistimiento de la denuncia (Decreto 1861, 1989).

1.2.1 CONCILIACIÓN COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA.

La Organización de las Naciones Unidas, es clara al señalar las características que contiene la justicia restaurativa como un espacio judicial girando entorno a una relación más ética entre las partes procesales, para esta instancia internacional el proceso de carácter restaurativo se ciñe a:

Víctimas, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otra persona o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador (Naciones Unidas, 2006, pp 6)

En Colombia, a través del articulado 518 del C.P.P. se implementó el concepto de justicia restaurativa a fin de que la víctima obtenga una verdadera reparación y restauración de sus derechos como también los de su entorno familiar si estos se vieran afectados, ya que para el caso que nos atañe se ven inmiscuidos los derechos del otro progenitor a cargo, pues si bien es cierto éste es el que debe asumir la totalidad de la obligación alimentaria; así mismo esta figura se lleva a cabo con el fin de que el victimario obtenga el resarcimiento de sus derechos por medio de (MASC), ya que los programas de justicia restaurativa se ejecutan para aplacar las consecuencias del conflicto generado, a fin de promover tolerancia, inclusión y por ende “la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario” (Sentencia Corte Constitucional, 2005, p. 5).

De acuerdo a lo consagrado en el artículo en mención, las partes involucradas en un conflicto independientemente de su connotación deberán participar “conjuntamente de forma activa en la

resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador” (Código de Procedimiento Penal, 2004, p. 148).

Para el legislador, el convenio al que lleguen las partes procesales propenderá por cubrir el menester y las “responsabilidades individuales y colectivas”, para así llegar a la “reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad” (Código Procedimiento Penal, 2004, p. 148).

1.3. LA CONCILIACIÓN EN EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA.

La conducta punible señalada se encuentra consagrada en el artículo 233 del Código Penal, la cual contempla lo siguiente:

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 (p. 195)

Es pertinente tener en cuenta lo dicho por el legislador respecto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pues el legislador busca es reprender el incumplimiento que el progenitor obligado por un lapso de tiempo ha dejado de cancelar a la víctima, obligación que no es negociable bajo ningún precepto, debido a que al desplegarse esta conducta se estaría violentando el interés superior del niño, niña y/o adolescente y también el menoscabo del mismo, causa que genera el desamparo de las garantías de la víctima. Por otro lado, el legislador con dicha conducta también está haciendo alusión al incumplimiento de los alimentos necesarios que tiene el hijo con el padre, los cónyuges, por el negocio jurídico del matrimonio celebrado, como también la responsabilidad que tienen los compañeros permanentes entre sí a la hora de

que uno de estos no tenga los medios económicos y/o recursos para su supervivencia y garantía del mínimo vital.

Partiendo del Artículo 19 de la Ley 640 de 2001 se tiene que la conciliación es viable como (MASC) en materia penal, siempre y cuando los delitos pertenezcan a la categoría de querellables, es decir que requieren querrela y/o queja por parte de la persona víctima de la conducta punible desplegada por el agente, pues deben ser puestos en conocimiento del ente acusador como ente encargado del desarrollo de la acción penal y su pena principal no exceda los cuatro años.

Aunado a ello, el artículo 522 de la ley 906 de 2004 (Legislación Penal Colombiana) expone que dicha conciliación deberá realizarse de carácter obligatorio para poderse dar trámite al inicio de la acción penal; si la conciliación se efectuará en un Centro de conciliación o en el despacho del Fiscal, se llegaba al archivo de las diligencias, sin embargo si esto no ocurría la ley señalaba que se “ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación” (Código Procedimiento Penal, 2004, p. 149).

Sin embargo, dicha normatividad dió un giro de 90 grados en lo que respecta al punible de inasistencia alimentaria, pues debido a las exigencias de los progenitores representantes de las víctimas por el incumplimiento de la cuota pactada, elevaron sus peticiones ante las Altas Cortes, con el fin de que sus victimarios se hicieran cargo de las obligaciones que les competen. De igual forma, debido a la presentación de una demanda en la que se cuestionaba la eliminación del carácter de querellables y desistibles de dicho punible junto con el de violencia intrafamiliar que consagra la Ley 1542 de 2012 en sus artículos 1° y 2°, la Corte Constitucional se pronunció al respecto y en Sentencia C-022 del 2015, esta Corporación arguyó que la legislación demandada no vulnera los derechos fundamentales de los niños ni mucho menos el derecho a la familia, pues la misma norma garantiza el artículo 42 Constitucional y vela por el cumplimiento de los fines constitucionales del sujeto víctima como lo son la integridad, la vida, la salud, unión familiar

entre otros; pues la finalidad de la normatividad es la erradicación y prevención de la comisión de dichas conductas punibles (Sentencia Corte Constitucional, 2015).

A través de la promulgación de Ley 1542 de 2012 (mediante la cual se reforma el artículo 74 de la ley 906 de 2004), por la cual se elimina de la lista de delitos querellables, la violencia intrafamiliar y de inasistencia alimentaria con el fin de buscar soluciones efectivas conducentes a la disminución de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, toda vez que su investigación y castigo no estará sujeto a la denuncia que deba interponer la víctima, sino al conocimiento que tenga la autoridad de los mismos (Ley 1542, 2012), es decir, que esto garantizará un acceso pleno a la justicia por parte de la víctima ya se por medio de una:

“Imposición de un castigo efectivo a los infractores, evitará la comisión de delitos que se dan como consecuencia de la imposibilidad de acción de la sociedad y de las autoridades e inculcar valores de respeto y protección, instigando a los maltratadores a abstenerse de concretar sus conductas abusivas” (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2015, pp 28)

Empero, gracias a la Ley 1826 del 2017, mediante la cual se reglamenta el procedimiento especial abreviado en su artículo 5 párrafo, nos señala que el delito de inasistencia alimentaria continúa en la lista de delitos querellables, suceso que se da en los despachos de Fiscalía seccional, donde agotan la conciliación como una opción alternativa de solución del conflicto previamente a darle inicio a la acción penal. Es decir, haciendo un análisis sistemático de esta normatividad con la Ley 1098 del 2006 Código de Infancia y adolescencia, otorga la posibilidad de terminar la investigación de delitos donde se encuentre un niño, niña y adolescente como

víctima, a través de conciliación, desistimiento o indemnización integral, resaltando que debe ser bajo un estudio cuidadoso con el fin de evitar una nueva vulneración de derechos.

2. EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA Y LA VULNERACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

Como bien sabemos la inasistencia alimentaria nace con la expedición del Código Penal , en donde se busca con ello que las necesidades básicas del individuo sean salvaguardadas y cumplidas para el buen desarrollo de su personalidad y obtención eficaz de todos sus derechos. La finalidad de la punibilidad de dicha obligación alimentaria, es concientizar a la persona encargada de sufragar y proporcionar los alimentos al individuo que tiene a su cargo debido al vínculo que tiene con el alimentado por el cual están enlazados para que así éste pueda subsistir en la sociedad, ya que por sus propios medios no podría hacerlo.

En el caso en concreto, lo que se vela es por la salvaguarda de los derechos fundamentales del niño, niña y/o adolescente, entre los cuales se encuentra el de la familia, el mínimo vital y desarrollo de la personalidad de un ambiente sano y evitar la vulneración de bienes jurídicamente tutelados por el derecho penal. No obstante el incumplimiento de estas obligaciones económicas para con el alimentado conllevan a la comisión de la conducta punible descrita en el artículo 233 del Código Penal Colombiano, esto es la sustracción sin justa causa de los alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, que en el caso que nos atañe sería a los hijos menores de edad.

2.1. EL DELITO.

La connotación delito surge del latín *delinquere*, que refiere apartar, abandonar del correcto camino demarcado por la norma, por la normatividad (Anónimo). En palabras menos el delito se define como la acción u omisión de las conductas ejercidas por un individuo en la sociedad que acarrearán consecuencias jurídicas para contrariar las normas que rigen el país. Igualmente dicho delito tiene unos elementos, entre los cuales están la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El delito desprende un carácter jurídico y filosófico los cuales van ligados a una concepción de la conducta humana que condena bajo la amenaza de una sanción reflejada en una pena estipulada en la Ley; por otro lado está el dogmático y sociológico que desprenden los elementos del delito como un acto humano antijurídico, culpable y tipificado en la norma.

Según Romagnosi, el delito “es la agresión al bienestar, si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal cosa, la sociedad y el Derecho deben eliminar la impunidad” (Jorge Machicado, 2010).

La tipicidad se encuentra demarcada en el artículo 10 del C.P. y refiere a características básicas, expresas y claras que debe tener el tipo penal para que se configure una conducta, pues éste deber tendrá que consagrarse en la ley o la carta magna para tipificarse (Código Penal Colombiano, 2000).

Por otra parte, la antijuridicidad se denota en el artículo 11 *ibidem*, en donde taxativamente expresa que la conducta aparte de ser típica debe colocar en peligro o lesionar efectivamente el bien jurídico tutelado (Código Penal Colombiano, 2000) y finalmente la culpabilidad consagrada en el artículo 12 que para imponerse responsabilidad debe existir un grado de culpa alto (Código Penal Colombiano, 2000).

2.2. INASISTENCIA ALIMENTARIA COMO DELITO.

La inasistencia alimentaria en Colombia surge desde el vigor de la Ley 75 del año 1968 en el artículo 40, el cual va encaminado a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria expresando lo siguiente: “quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria” (p. 8).

Con el paso del tiempo, empieza el legislador a modificar dicha conceptualización en el delito de inasistencia alimentaria, donde uno de estos cambios surge con el Decreto 100 de 1980, en el cual se erradica el término moral de dicha conducta típica para hablar solamente de la inasistencia alimentaria; de igual forma sigue modificándose en normas posteriores, aumentando la pena y la multa significativamente hasta llegar a la Ley 599 de 2000 y posterior a ello a la Ley 906 de 2004, con la cual se modifica tanto el procedimiento como demás connotaciones del delito; entre las cuales está la calidad del sujeto pasivo, pues la pena se aumenta cuando la conducta se cometiere con el fin de realizar actividades fraudulentas para disminuir su patrimonio y eludir la obligación alimentaria que le compete. Por otro lado es claro resaltar que dicho delito está sujeto a querrela cuando se trata de víctimas mayores de edad, lo que no ocurre con los menores de edad, ya que por ser de alta prevalencia sus derechos fundamentales e interés superior de oficio se da apertura a la indagación por medio de la Fiscalía General de la Nación por existir la noticia criminal adjudicada al despacho del Fiscal competente.

Ahora bien para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia los factores que constituyen dicho fraudulento son:

La existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado, la sustracción total o parcial de la obligación y la inexistencia de una justa causa, de modo que el incumplimiento de las obligaciones alimenticias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique. (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2020, pp 20)

Respecto a la justa causa se entra a observar que en la doctrina colombiana hay dos posiciones, una que está aferrada al hecho a que es una mera descripción de la conducta, pero no la modifica; por otro lado es un factor relevante para el juez en el momento de condenar o eximir de responsabilidad basado en unas causales legales o extralegales.

Por lo esbozado en reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia la terminología ‘sin justa causa’

Equivale a los elementos estructurales del tipo que buscan cualificar los sujetos, el objeto material o precisar el alcance y contenido de la conducta o una circunstancia derivada del mismo comportamiento lo cual sería relevante para llegar a determinar algún error de tipo (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2019, pp 16)

Fundamentándose en sí el punible de inasistencia alimentaria, en lo siguiente:

2.3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y/O ADOLESCENTE.

Teniendo en cuenta la normatividad Colombiana, se tiene que las mismas se enfocan primeramente como articulado superior para la salvaguarda de derechos y libertades de los menores, es por ello que se hace necesario en la presente temática traer a colación el artículo 42 C. N., el cual expone lo siguiente: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*.(Constitución Política de Colombia, 1991, pp 19)

De igual forma, el articulado 22 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) expresa que:

Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. (p 15)

Colocando de presente lo anterior, el legislador dio prevalencia a los derechos fundamentales de los niños, haciendo hincapié en la importancia de la conformación y unión del núcleo familiar para la garantía de los derechos de estos, sin que el comportamiento desplegado por cada uno de los progenitores afecte el interés superior del niño.

Cabe resaltar la característica de protección que cobija al niño proveniente desde la Convención de los Derechos del niño, Aprobada el 20 de noviembre de 1989 y confirmada por Colombia en 1991, la cual reseña en su Artículo 3 numeral primero:

En todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño. (p. 3)

Se distingue de igual modo en el ámbito internacional la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, “Montevideo, 15 de julio de 1989.” aprobada por Colombia a través de la Ley 449 de 1998 y el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores Suscrito en La Haya el 24 de octubre de 1956.

Con la aprobación de la Convención de los Derechos del niño, lo que se espera es la garantía total de los derechos del niño, y la transformación de la vida de aquellos que se encuentran en estado de vulneración generado por el abuso físico, mental y psicológico que han tenido que soportar por terceras personas y/o por sus mismos progenitores, pues han sido víctimas de trabajos forzados y peligrosos, con el fin de ser utilizados para obtener una ganancia o provecho a favor de los victimarios, perjudicando su crecimiento, desarrollo personal y libertad de expresión ante la sociedad. Es por ello que nace dicha convención, con el único motivo de custodiar sus derechos, y protegerlos de cualquier tipo de explotación infantil a la que día a día se ven expuestos los niños víctimas de delitos, discriminaciones y abusos.

Igualmente, es importante traer a colación la Ley 640 del año 2001, donde su artículo 19 manifiesta:

Se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios.

(p. 5)

Si bien es cierto, dicho delito ya no pertenece a la categoría de querellable, como bien lo expresa la ley 640 de 2001 se puede conciliar en todas y cada una de las materias en derecho, con el fin de dar prevalencia a los derechos de las víctimas y resarcir los daños causados, es por esto que en el caso en concreto, pese a que éste delito perdió la connotación de querellable, aun en los despachos judiciales se contempla la posibilidad de acudir a este mecanismo para dar una salida eficaz, rápida, y reparadora, de la cual puedan obtener un medio lucrativo de ayuda para su subsistencia diaria; evitando con ello acudir a largos juicios en donde probablemente no van a obtener un lucro o auxilio inmediato como ayuda para su supervivencia.

Es de señalar la connotación de este principio de carácter constitucional, lo que para las Altas Cortes:

Los niños, niñas y adolescentes tienen un amplio reconocimiento no solo en el ordenamiento jurídico interno, sino en instrumentos, que lo han catalogado de manera general como una protección especial de la que goza el menor dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. (Sentencia Corte Constitucional, 2020, pp 1)

Para las Altas Cortes, las autoridades administrativas y judiciales están obligadas a custodiar la reparación de derechos fundamentales de niños como pilar esencial de esta sociedad. Por lo que hay que tener de presente que cada caso donde se involucre a los niños debe evaluarse acorde a:

Consideraciones fácticas y jurídicas, por lo que las autoridades administrativas y judiciales deben tomar el “principio como piedra angular en la toma de las decisiones que afecten a los niños, pues de ello dependerá su crecimiento, desarrollo y crianza en condiciones adecuadas, armónicas e integrales”. (Sentencia Corte Constitucional, 2020, pp 1)

2.4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES.

Este capítulo analizará fallos que han sido proferidos por las altas cortes en relación al tema a tratar, en donde en primer lugar se traerá a colación la sentencia con radicado No. 49712, en donde la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal arguye sobre la viabilidad de la privación de la libertad del antecesor de un menor de edad que se sustrae de una obligación

alimentaria que le compete, todo esto con el fin de analizar si dicha privación tiende a dar prevalencia a los derechos del menor como lo son el de la calidad de vida, crecimiento en un entorno recto, derecho a la familia, custodia y cuidado personal del mismo junto con los derechos a los alimentos que consagra el articulado 24 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la infancia y Adolescencia), entre otros o simplemente es viable acceder a la aplicabilidad de la figura de la suspensión ejecutoria de la pena para el victimario y evitar su privación intramural. En este caso la Corte después de analizar el material probatorio, la vida en relación del victimario y el desarrollo en la sociedad concluye que el no otorgar la suspensión de la ejecución dificulta el desempeño de la carga alimentaria para con los alimentados, decisión que infringe preceptos internacionales que procuran su amparo; por ende concede una resolución a ello, esto es el subrogado penal que tiene como fin satisfacer tanto el interés superior de los niños, como la reparación de daños generados, ya que con esto evita el abandono del penado para con sus hijos en cuanto a la fuente económica que debe proveerles y la oportunidad de seguir comunicándose mutuamente para así dar garantía a los derechos que tiene el menor de crecer en un ambiente sano y contactarse con sus progenitores en armonía familiar (Corte Suprema de Justicia, 2009).

Siguiendo con el análisis jurisprudencial, es necesario entrar a contextualizar el vocablo ‘*sin justa causa*’ que contempla el artículo 233 del C.P., pues ello nos relata si efectivamente se cumple con el tipo penal demarcado en el artículo anteriormente mencionado por parte del victimario o simplemente no se trata de una sustracción de la obligación alimentaria a favor de sus descendientes, es por esto que al no existir taxativamente en la norma las causales que determinen cuándo se comete la conducta con justa causa para imputar el delito de inasistencia alimentaria la Corte debe entrar a analizar las mismas para dar un panorama sobre los motivos por los cuales procedería dicha expresión SIN JUSTA CAUSA; en donde en la Sentencia con Radicado 21161 la Sala Penal expresa que la doctrina se refiere con esto:

Elemento superfluo, producto de una falta de técnica legislativa, que en nada modifica la descripción de la conducta, pues se refiere a la misma exigencia de la antijuridicidad, en

tanto que para otros autores, es un elemento normativo del tipo que permite al juez eximir de responsabilidad a quien incurra en la conducta de inasistencia alimentaria con fundamento en causales legales o extralegales, distintas a las de justificación previstas en el artículo 29 del C. P. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 2006, pp 12).

Teniendo en cuenta lo anteriormente citado, un ejemplo claro del ‘sin justa causa’ es aquella incapacidad económica que tiene el obligado para aportar los alimentos que como progenitor y/o responsable de la persona le compete por ley, en donde éste se sustrae no por voluntad propia sino por la imposibilidad de obtener el lucro para solventar dichos dineros, es decir la falta de bienes y un empleo estable que le aporte los ingresos necesarios tanto para su subsistencia como para la ayuda de su descendiente; por ende si no es posible demostrar que el victimario contaba con las condiciones lucrativas para efectuar las obligaciones y el deber de solidaridad que tiene para con sus alimentados, descendientes, no se configurarían los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que menciona la legislación para que sea viable la comisión del delito. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 2019).

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal en Radicado 51530 absuelve de responsabilidad al victimario, expresando que el hijo mayor de edad incumplió con lo acordado en el acta de conciliación pactada con su progenitor, pues si bien es cierto, el padre debe proveer las obligaciones alimentarias y ayuda que la ley le exige por tener la capacidad económica de proveer dichos dineros. En este caso la Corte lo absuelve argumentando que si bien es cierto el alimentante está en la obligación de aportar los alimentos a su descendiente, éstos tenían un acuerdo en el cual habían fijado las condiciones en que se iban a cancelar dichos dineros para su estudio y el alimentado decidió incumplirlo y cambiar todo el acuerdo, situación que generó confusión para el acusado por lo que creyó que no estaba obligado a sufragar el auxilio pactado si los términos de la conciliación cambiaban; con esta situación se ve reflejado claramente la configuración de un error de hecho por lo que la Corte decide absolver de responsabilidad teniendo en cuenta que la conducta que le fue imputada termina siendo atípica, por ende permite

justificar el comportamiento desplegado por el imputado y excluirlo de toda responsabilidad penal, pese a que con dicha decisión se está atentando con los derechos fundamentales de la víctima, como lo es el libre desarrollo de la personalidad, mínimo vital, dignidad humana, derecho de la familia, ayuda mutua y el deber de solidaridad de los ascendentes con sus descendientes por el simple hecho de ser hijos. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 2019).

3. EFICIENCIA DE LA CONCILIACIÓN

De acuerdo al trabajo de grado presentado por el Dr. Andrés Camilo Patiño Rojas, abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia, nos menciona las críticas que giran alrededor de la conciliación para la conducta punible de inasistencia alimentaria, ya que es considerada como una herramienta que se podría utilizar para continuar desmejorando los derechos de niños, niñas y adolescentes y no brindarse verdadera garantía de reparación de derechos; como principal crítica se ve la necesidad de archivar la noticia criminal ante la eventual conciliación de la obligación alimentaria sin embargo, no se toma en cuenta los agravios y detrimentos ocasionados desde la fecha del incumplimiento hasta la interposición de la denuncia, como también la reincidencia del victimario en incumplir el acuerdo pactado y por otro lado, la inoperancia de los funcionarios judiciales al redactar el acuerdo conciliatorio, ya que en el acta pueden quedar falencias respecto a la exigibilidad de la obligación alimentaria. (Patiño Rojas, 2020)

Hay que tener presente que por la vía civil se puede realizar el cobro judicial de las cuotas alimentarias adeudadas por el deudor, sólo que como se mencionó anteriormente si la obligación contenida en el acta no es plasmada en debida forma, estableciéndose sitio, lugar de cumplimiento, monto correspondiente a obligación alimentaria, educación y de vestuario como su modo y forma de pago.

Como lo manifiesta María del Pilar Ahumada en su trabajo para optar al título de especialista de la Universidad de Antioquía, el acta que contiene el acuerdo conciliatorio es un:

Acto jurídico debe contener implícita la manifestación libre y espontánea de las partes, así mismo, el deseo de producir un efecto jurídico; crear un derecho, modificarlo o extinguirlo, la consigna de estos requisitos sumados a los que exige la Ley 640 permite afirmar que sí hay una verdadera conciliación. (Ahumada, 2011, pp 32)

Es de resaltar, que al acogerse al MASC en el marco del delito de inasistencia alimentaria, el despacho encargado del proceso debe al momento en que se realice un acuerdo conciliatorio suspender la investigación del punible de inasistencia alimentaria, sometiendo a un periodo de prueba del acuerdo conciliatorio pactado por las partes, el cual puede abarcar seis meses según disposición del funcionario público y lo dispuesto por la ley o en su defecto un periodo superior si así lo acuerda la víctima; todo esto con la finalidad de verificar el acuerdo realizado y la ejecución de los derechos de las víctimas, ya que en el caso de que no se evidencie el cumplimiento del acuerdo, automáticamente el ente acusador activará la noticia criminal y con ello procederá a formular la audiencia de traslado de escrito de acusación conforme a lo reglado en el procedimiento especial abreviado, si los hechos ocurrieron posterior al año 2017, situación que generaría fin a la etapa de indagación e investigación con la formulación de la imputación del delito y da paso a la etapa de juicio con la práctica probatoria y correspondiente fallo. (Hernández Poveda, 2017)

4. CONCLUSIONES

- Del análisis anteriormente realizado en la presente investigación, se puede deducir que en Colombia la Ley es un tanto obsoleta, pues en relación con las garantías constitucionales

que deben prevalecer en todo individuo y más en los niños, niñas y adolescentes se queda corta la legislación, pues lo contemplado en la codificación penal como procesal no se cumple a cabalidad con dichos presupuestos, ya que existe un sin número de vulneraciones a derechos de estas víctimas (niños, niñas y adolescentes) por parte de sus progenitores que desconocen su deber de proporcionar una cuota alimentaria y por otro lado, responsabilidad del Estado a través de los empleados judiciales ya que al tener conocimiento el sistema judicial de la comisión del comportamiento punible de inasistencia alimentaria se torna un proceso extenso, inútil, ineficaz y sin cumplimiento de garantías para las víctimas; lo que genera que desistan de la acción penal y por ende no se cumple a satisfacción con la materialización de sus derechos y garantías.

- Como se desprende de la investigación la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se describe como medio eficaz y oportuno para darle fin a un conflicto de manera sana y pacífica, lo cual se puede dar extraprocesal o procesalmente; en el marco del proceso penal en específico en el delito de inasistencia alimentaria resulta ser un mecanismo en algunas ocasiones útil y reparador para las víctimas y victimarios, ya que es un medio que permite enmendar derechos fundamentales como la familia, principio de interés superior del niño y salvaguardia mínima para que el niño, niña y/o adolescente tenga una subsistencia digna con un debido desarrollo de su personalidad como pilar fundamental de nuestra sociedad.
- Teniendo en cuenta lo anterior, la ley otorga al indiciado la posibilidad de resarcir su incumplimiento por medio del mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC) “*conciliación*”, sin embargo, pese a la oportunidad de reparar los daños ocasionados siguen evadiendo su responsabilidad y perjudicando el mínimo vital de sus hijos y el desarrollo del mismo en la sociedad; pues a falta los requisitos básicos e indispensables para asegurar su subsistencia crecen con vacíos emocionales que afectan directamente su debido desarrollo y en muchas ocasiones acuden a medios no idóneos y/o legales con el

fin de poder obtener lo que un día sus padres les negaron; esto es un desarrollo individual digno, sin precariedad y con la posibilidad de evolucionar y crecer como personas e individuos ejemplares en una sociedad.

5. REFERENCIAS

- **Legislación:**

Asamblea Nacional Constituyente (20 de Julio de 1991) Constitución Política Por medio de la cual se expide la Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Congreso de la República (01 de septiembre de 2004) Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Colombia: Diario Oficial No. 45.658.

Congreso de la República (5 de julio de 2012) Ley 1542 de 2012. Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Colombia: Diario Oficial No.48482.

Congreso de la República (24 de julio de 2000) Ley 599 del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Colombia: Diario Oficial No.44.097.

Congreso de la República (24 de enero de 2001) Ley 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.Colombia: Diario Oficial No.44.303.

Congreso de la República (12 de enero de 2017) Ley 1826 de 2017. Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. Colombia: Diario Oficial No. 50.114.

Congreso de la República (8 de noviembre de 2006) Ley 1098 de 2006 Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia Colombia: Diario Oficial No.46.446.

Congreso de la República (20 de febrero de 1980) Decreto 100 de 1989. Por el cual se expide el nuevo Código Penal Colombia: Diario Oficial No.35461.

Congreso de la República (31 de diciembre de 1968) Ley 75 de 1968. Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el instituto Colombiano de Bienestar familiar Colombia: Diario Oficial No. 32.682.

Congreso de la República (18 de agosto de 1989) Decreto 1861 de 1989. Por el cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones. Colombia: Diario Oficial No. 38945.

Congreso de la República (11 de agosto del 2008) Ley 449 de 1998. Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias", hecha en Montevideo, el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Colombia: En Diario Oficial 43.360.

Congreso de la República (22 de enero de 1991) Ley 1291 de 2001. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Colombia: En Diario Oficial 39640.

Congreso de la República (12 Julio de 2012) Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia: En Diario Oficial 48.489.

- **Doctrina:**

Jorge Machicado (2010), Concepto de delito, Apuntes Jurídicos La Paz Bolivia.

Diego Andrés Hernández Poveda (2017), Universidad Militar Nueva Granada, Artículo de Investigación La Conciliación: un medio de justicia restaurativa en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia. Bogotá.

Andrés Camilo Patiño Rojaws, (2020) Universidad Católica de Colombia, Artículo de Investigación: La Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia. Bogotá.

Maria del Pilar Ahumada, (2011) Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana La Conciliación: un medio de justicia restaurativa; análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia. Medellín volumen 41 No. 114.

Álvarez Guzmán, M. (2015). Ensayos sobre el código general del proceso. Bogotá: Edición especial. Instituto colombiano de derecho procesal, volumen 1, Bejarano. R. (2015) Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. Bogotá: Editorial Temis, 6 Ed.

- **Jurisprudencia:**

Sentencia de Constitucionalidad C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño D-5590 (26 de septiembre de 2005).

Sentencia de Casación SP-2020-rad.46.389 ; M.P. José Francisco Acuña Vizcaya (29 de abril del 2009) Sala de Casación Penal.

Sentencia de Constitucionalidad C-022.2015; M.P. Mauricio González Cuervo (21 enero de 2015).

Sentencia Casación SP-3029-2019 ; M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa Rad. 51530. Sala Casación Penal (02 de septiembre de 2019).

Sentencia de Casación SP-Rad.21161; M.P. Yesid Ramirez Bastidas. Sala de Casación Penal (23 de marzo de 2006).

Sentencias de Tutela; T-033-2020; M.P. José Fernando Reyes Cuartas T-7.207.979 Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional (20 de enero de 2020).

Sentencia de Casación; C-49712; M.P. José Luis Barceló Camacho Rad.18927-2017 Sala de Casación Penal (15 noviembre de 2017).

Sentencia de Casación Sp-4412 (16 de octubre 2019); M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa Rad. 54598 Sala de Casación Penal.

Sentencia de Constitucionalidad: C-196 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía. Sala de casación (10 de diciembre de 1953) (art. 2.531)' (G. J., t. LXXVI, pag. 773).

- **Webgrafía:**

Naciones Unidas, Nueva York 2006, Manual sobre programas de justicia restaurativa. Consulta
12 de julio de 2021 de:

[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-
reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

Anónimo de:

http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/El_delito.pdf