

**LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO DE FAMILIA COMO
MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y COMO REQUISITO DE
PROCEDIBILIDAD**

LINDA LOREINYS PÉREZ MARTÍNEZ
LIZETH PAOLA MORALES CASTRO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
NOVIEMBRE DE 2015

**LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO DE FAMILIA COMO
MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y COMO REQUISITO DE
PROCEDIBILIDAD**

LINDA LOREINYS PÉREZ MARTÍNEZ
LIZETH PAOLA MORALES CASTRO

MONOGRAFÍA

DIRECTORA NIDIA AZUCENA LOSADA POSADA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

NOVIEMBRE DE 2015

DEDICATORIA

Este logro está dedicado especialmente:

A Dios, por darnos la paciencia y sabiduría necesarias para finalizar este trabajo.

A nuestros padres, y hermanas, quienes con su comprensión, apoyo y amor incondicional hicieron posible la consecución de una nueva meta.

A Laura, Ginna, María Fernanda, Johanna, Andrés y Felipe, por su acompañamiento y amistad sincera, sin ellos la culminación de la carrera no hubiese sido igual.

AGRADECIMIENTOS

Nuestros más sinceros agradecimientos a la Universidad La Gran Colombia, por habernos dado la oportunidad de formarnos como profesionales.

A la directora de tesis, la docente Nidia Azucena Losada Posada, por su valiosa colaboración e importantes aportes a esta investigación.

A la docente Viviana Otálora por sus consejos y orientación académica.

A Diana y Andrea Sánchez, por su contribución profesional para la obtención de los resultados de este trabajo de investigación.

TABLA DE CONTENIDO

1	LÍNEA DE INVESTIGACIÓN	10
2	INTRODUCCIÓN	11
3	CAPÍTULO PRIMERO: DE LA CONCILIACIÓN.....	14
3.1	La administración de justicia como función pública	15
3.2	Movimientos (“olas”) sobre nuevas formas de acceso a la justicia.....	17
3.2.1	Primera ola.....	18
3.2.2	Segunda ola.	20
3.2.3	Tercera ola.	20
3.2.4	Cuarta ola.....	20
3.3	Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC).....	21
3.3.1	La conciliación.	23
3.3.2	La mediación.	25
3.3.3	El Arbitraje.	26
3.3.4	La amigable composición.....	29
3.3.5	Los jueces de paz.....	30
3.4	Características de la conciliación.....	35
3.4.1	Efectos del acuerdo conciliatorio	37

4	CAPÍTULO SEGUNDO: LEGISLACIÓN	41
4.1	Legislación en materia de requisito de procedibilidad	41
5	CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	49
5.1	Análisis jurisprudencial	49
5.1.1	SENTENCIA C- 160 DE 1999.....	50
5.1.2	SENTENCIA C-247 DE 1999.....	53
5.1.3	SENTENCIA C-248 DE 1999.....	55
5.1.4	SENTENCIA C- 893 DE 2001.....	56
5.1.5	SENTENCIA C- 1195 DE 2001.....	59
5.1.6	SENTENCIA C- 1196 DE 2001:	65
5.1.7	SENTENCIA C-314 DE 2002.....	68
5.1.8	SENTENCIA 417 DE 2002.....	70
6	CAPÍTULO CUARTO: REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD Y ASUNTOS QUE DEBEN AGOTARLO	72
6.1	Requisito de procedibilidad	72
6.2	Asuntos que deben agotar el requisito de procedibilidad en familia	75
6.2.1	Custodia y cuidado de los hijos	76
6.2.2	Regulación de visitas	81

6.2.3	Obligación alimentaria	82
6.2.4	Declaración de la Unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial de hecho	89
6.2.5	Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes	98
6.2.6	Capitulaciones matrimoniales.....	100
6.2.7	Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y controversias entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paternal o la patria potestad	101
6.2.8	Separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal	102
6.2.9	Separación de cuerpos	106
7	CAPÍTULO QUINTO: METODOLOGÍA	109
7.1	Metodología utilizada en el informe	109
7.1.1	Enfoque de la investigación.....	110
7.1.2	Tipo de Investigación	110
7.1.3	Población	110
7.1.4	Técnicas de recolección de datos.....	111
8	CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS	112
8.1	Análisis de las estadísticas de los años 2012 a 2014	112

8.1.1	Por tipo de resultado, por asunto y por año	122
9	CONCLUSIONES	140
10	NOTAS.....	144
11	REFERENCIAS	149

Listado de ilustraciones

Ilustración 1.	Teorías sobre la naturaleza jurídica de la conciliación.....	34
Ilustración 2.	Sobre las características de la conciliación.	35
Ilustración 3.	Clases de conciliación y tipos de constancias que se dan en una audiencia de conciliación.....	43
Ilustración 4.	Legislación utilizada en la investigación.....	111
Ilustración 5.	Clasificación del conflicto.....	116
Ilustración 6.	Listados de conflictos que no cuentan con una clasificación jurídica y que pueden ser atendidos a través de una audiencia de conciliación..	117

Listado de tablas

Tabla 1.	Sentencias sobre conciliación y requisito de procedibilidad.....	111
Tabla 2.	Total de solicitudes de los años 2012 a 2014, en familia.	114

Tabla 3. Remisión a entidades cuando se presenta violencia intrafamiliar	119
--	-----

Listado de gráficas

Gráfica 1. Conciliación Parcial. 2012-2014.	122
Gráfica 2. Conciliación Total. 2012-2014.	124
Gráfica 3. Constancia de No Acuerdo. 2012-2014.	126
Gráfica 4. Constancia de Inasistencia. 2012-2014.	129
Gráfica 5. Constancia de Asunto no Conciliable. 2012-2014.	130
Gráfica 6. Otros Resultados. 2012-2014.	131
Gráfica 7. Sin Terminar. 2012-2014.	133
Gráfica 8. Acuerdo Extraconciliación. 2012-2014.	134
Gráfica 9. Falta de Competencia. 2012-2014.	135
Gráfica 10. Retiro de Solicitud. 2012-2014.	136

1 LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

La línea de investigación que se eligió para este trabajo corresponde a Familia, Conflictos Sociales y Proyección Social, porque el tema está enfocado en la solución de los conflictos de familia por medio de la conciliación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, que además ha servido notablemente para favorecer el derecho de acceso a la justicia.

Bajo esta perspectiva, ante la difícil situación judicial que ha afrontado el país y que ha repercutido en los niveles social, económico, cultural y político en los últimos años, se ha generado un incremento por parte de los asociados a la hora de solicitar justicia para resolver sus conflictos, presentándose barreras y obstáculos de índole temporal, pecuniario y educacional, los cuales no han permitido una solución pronta y oportuna por parte del aparato jurisdiccional.

Por este motivo, al implementarse los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) como herramientas fundamentales para la descongestión de los despachos judiciales, se ha ido promoviendo la autogestión de los problemas que se suscitan en las comunidades para lograr dirimir sus controversias sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.

Con base a lo anterior, la línea de investigación elegida para este trabajo resulta ser la más apropiada para su realización, puesto que la conciliación en familia busca la solución

de los conflictos que se presenten en ella, y esto constituye un elemento fundamental para la buena convivencia, el desarrollo de la democracia y la justicia, siendo el objetivo principal de este trabajo demostrar el acceso a la justicia por medio de este mecanismo.

2 INTRODUCCIÓN

Este trabajo surge de la investigación en curso denominada Eficacia de la Conciliación Extrajudicial en Derecho en materia de familia en Bogotá: Análisis estadístico de Comisarías de Familia y Centros de Conciliación, años 2012 a 2014, a cargo de los docentes investigadores Nidia Azucena Losada Posada y Julio Ignacio Benetti Ángel.

De igual modo, este informe cuenta con dos ponencias internacionales, que se llevaron a cabo en el XVIII Congreso Internacional de Derecho Familiar “la familia es para siempre” del 20 al 24 de octubre de 2014 en el Estado de Durango, México, en donde se participó con los temas: “Evolución de la Conciliación Extrajudicial en Materia de Familia en Colombia” y “La Conciliación Extrajudicial como Requisito de Procedibilidad en Materia de Familia en Colombia”, elaboradas por la directora y las estudiantes que presentan este trabajo, respectivamente.

Este informe tiene la intención de mostrar como a través de la figura de la conciliación se logra garantizar el derecho de acceso a la justicia, como una alternativa que permite la descongestión judicial, además de la pronta y oportuna solución a los problemas que se presentan en nuestra sociedad y sobre todo en las familias, de ahí que la conciliación

ayude a mejorar las relaciones personales y familiares de los particulares que se han visto envueltos en conflictos.

Pero la creación de los MASC no es suficiente por sí sola, sino que es necesario que se den a conocer a la ciudadanía, como un medio útil y eficaz que contribuye al arreglo de las disputas y facilita el diálogo, donde las partes se sientan a discutir sobre ello de manera pacífica.

La realidad social y cultural que permea nuestra vida personal es tan amplia, que desborda todo conocimiento social y científico sobre la misma, es por eso, que la familia no es ajena al conflicto, al contrario, es aquella la que más se ve perjudicada, problemas como la mala convivencia, el alcoholismo, drogadicción, el maltrato, la infidelidad, falta de tiempo, entre otros, son resultantes de los procesos que se desarrollan actualmente en la sociedad.

De ahí que la conciliación extrajudicial sea concebida de dos formas, la primera como requisito de procedibilidad para algunos asuntos en familia y la segunda de manera voluntaria, para aquellos asuntos que sean conciliables, con esta figura se busca que las familias antes de acudir al órgano jurisdiccional puedan por ellas mismas solucionar la desavenencia, en pro del bienestar de toda la familia.

Teniendo en cuenta lo anterior, este documento tiene como finalidad estudiar la conciliación extrajudicial en derecho de familia como mecanismo de acceso a la justicia y como requisito de procedibilidad, para resolver esta problemática, se plantearon como objetivos: revisar la legislación en materia de requisito de procedibilidad en el área de familia, analizar las estadísticas de los años 2012 a 2014 en Bogotá, las cuales fueron

suministradas por el Ministerio de Justicia y del Derecho, adicionalmente, se estudiaron los fallos de constitucionalidad relevantes acerca de la conciliación extrajudicial obligatoria, a partir de estos análisis, se dará respuesta a la pregunta formulada, la cual consiste en indagar si realmente la conciliación extrajudicial obligatoria permite el derecho al acceso a la justicia.

Este trabajo investigativo comprende 6 capítulos los cuáles son: 1) de la conciliación, 2) legislación, 3) análisis jurisprudencial sobre el requisito de procedibilidad, 4) el requisito de procedibilidad y asuntos que deben agotarlo, 5) metodología ,6) análisis de los resultados.

Con esta investigación, se desea contribuir en la promoción de soluciones pacíficas dentro de la sociedad, sobre todo en aquellos casos donde se presentan conflictos familiares para que por medio de esta iniciativa, no solo se erradique el agudo problema de la congestión judicial, sino también se cambie la perspectiva ciudadana de rendir culto a la norma jurídica cuando se necesita dirimir un conflicto, sin antes agotar medidas pacíficas que puedan coadyuvar a que se genere recomposición del tejido social.

3 CAPÍTULO PRIMERO: DE LA CONCILIACIÓN

En este capítulo se dará a conocer la administración de justicia como función pública, movimientos u olas sobre las nuevas formas de acceso a la justicia, mecanismos alternativos de solución de conflictos, para entender la evolución y la importancia de los MASC en nuestro ordenamiento jurídico, pues son figuras de fácil acceso que permiten solucionar los conflictos en un tiempo relativamente corto.

También se hará alusión a las características esenciales de la conciliación, las cuales hacen de esta, una figura indispensable en nuestro sistema, por cuanto brinda la posibilidad que la controversia familiar sea resuelta por la misma familia, igualmente, se describirán los efectos de la conciliación los cuales explicarán el alcance que tiene el acuerdo conciliatorio con relación al conflicto que las partes quieren dirimir.

Es indispensable mencionar cómo a través del concepto de justicia alternativa, la conciliación ha tenido incidencia en la sociedad colombiana a partir de políticas públicas como la implementación de las casas de justicia, las cuales han sido escenarios predilectos para la concertación y participación comunitaria, la realización de fines y objetivos primordiales como el establecimiento de la sana convivencia y la resolución pacífica de los conflictos.

Para ello, es importante resaltar que a través de la justicia alternativa, se garantizan y se restablecen los derechos a los asociados, promoviendo el acceso a una justicia eficaz, oportuna, libre de obstáculos y sin dilaciones injustificadas que afectan la recta administración de justicia.

3.1 La administración de justicia como función pública

Constitucionalmente al Estado se le ha encargado la labor de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades de las personas, con el fin de materializar la convivencia y la armonía entre todos los asociados, tal como lo establece el artículo 2° de la Constitución de 1991:

Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y deberes que le asisten a la administración y a los asociados (Londoño., 2010, pág. 34)

Lo que se desea con la recta administración de justicia es alcanzar un orden político, social y económico justo. El lugar que ocupa el juez como operador jurídico dentro de la administración de justicia, debe propender por la participación activa dentro del conflicto, de esta forma, los fallos que dicte el juez deben tener en cuenta la situación real en la que el problema se desarrolla.

Frente a este punto de vista sobre la actual administración de justicia, se debe mencionar que el aparato judicial compuesto por altos tribunales y jueces de distintas categorías, conforman un sistema en el cual, la pronta y oportuna respuesta de justicia debe

ser un objetivo, de este modo, se realizarían fines constitucionales, como aquel consagrado en el artículo 228 de la C.P, en donde se establece la administración de justicia como función pública.

La función pública, por tanto, se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad (Londoño., 2010, pág. 34)

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se observa que el derecho de acceso a la administración, debe entender como la posibilidad que tiene cualquier persona de acudir ante un órgano judicial, para que a través de un procedimiento estipulado en la ley, se restablezcan los derechos que se encuentren vulnerados ya sea por una actividad de un particular o del mismo Estado (Sentencia T- 043, 1993)

La connotación de función pública que le impregna la Carta Política de 1991 a la administración de justicia, implica comprender en conjunto todas las actividades que realiza el Estado, ya sea a través de las ramas del poder público, de sus autoridades, de sus órganos

autónomos e independientes, con dicha implicación se infiere que la efectividad y el reconocimiento de los derechos, no solo depende de forma exclusiva a los jueces, también atañe a particulares y demás autoridades quienes de alguna forma deben coadyuvar el desarrollo y respeto de los fines esenciales del Estado.

3.2 Movimientos (“olas”) sobre nuevas formas de acceso a la justicia

Los movimientos (olas de acceso a la justicia) nacen a partir de la preocupación de todos los países en torno a las formas en que se dirimen los conflictos entre sus habitantes.

En lo que atañe al problema central de estos movimientos u “olas” radica en *“la falta de respuesta oportuna que tradicionalmente ofrece la justicia formal”* (Castaño, 2004, pág. 14). Casi en todos los países del mundo, se han hecho labores para realizar una reingeniería judicial, mediante la cual el procedimiento y la productividad de jueces y despachos judiciales sean más óptimos, donde exista baja acumulación de procesos y se propicie mecanismos que faciliten la labor de impartir justicia.

Por ello, alrededor del mundo el trabajo mancomunado de tratadistas, docentes y abogados litigantes ha permitido la búsqueda de soluciones y alternativas que beneficien a toda la humanidad a la hora de poner fin a conflictos.

El trabajo realizado por todos y en todas las partes se ha aglutinado conceptualmente bajo el ilustrativo membrete de “olas”; en cuanto a que resulta indefinido conocer cuándo y en qué lugar específico nacen y cómo, en

cuanto tal fenómeno se da, crecen hasta alcanzar grandes crestas para luego lentamente irse disolviendo dejando tras de sí elementos conceptuales que, desde las más hondas profundidades del pensamiento humano logran decantar para dejar como testimonio sus existencia (Castaño, 2004, pág. 14)

3.2.1 Primera ola.

Se focalizó en el acceso a la justicia a personas pobres y de escasos recursos económicos. Con la primera ola de justicia se establecieron servicios gratuitos de asesoría legal. Como ejemplo de las medidas tenidas en cuenta para ayudar a las personas con dificultades económicas, fueron las siguientes: defensorías de oficio, la consagración en los ordenamientos jurídicos del mundo del amparo de pobreza, la creación de la defensoría del pueblo, con defensores remunerados por el Estado.

Para Castaño: La primera ola de justicia tuvo trascendencia en dos momentos claves de la historia: 1) antes de la primera guerra mundial: se manejaba las defensorías del pueblo sobre todo en materia penal, sin embargo, esta estrategia no funcionó en la medida que el interesado debía probar el hecho ante el juzgado que conocía el caso (2004, pág. 15)

El segundo momento histórico en el cual la primera ola de justicia tuvo mayor efecto fue después de la segunda guerra mundial. Durante esta época, no solo se destacó la

implementación de instrumentos jurídicos económicos y de fácil acceso a todas las personas.

En países como Inglaterra se resalta el programa de ayuda y asesoría jurídica el cual inició en el año de 1949, en cabeza de la *legal association*, en donde abogados públicos como particulares conocidos como *solicitors o procuradores* prestaban asistencia jurídica (legal aid) a personas que se encontraban vinculadas a instituciones de beneficencia y que por sus problemas monetarios no podían pagar un proceso.

En Estados Unidos existe lo que se denomina *legal services corporation*, el cual tuvo como origen la creación de la *economic opportunity act* de 1964. Esta oficina es la encargada de ejecutar los planes del gobierno y de las distintas entidades estatales el servicio de asesoría legal para personas pobres, aquellas que no pueden pagar un abogado.

En algunos países de Europa como Alemania, Holanda, Suecia y Austria, se realizaron reformas en donde los dineros públicos fueran destinados al pago de abogados particulares para que atendieran casos de personas de escasos recursos económicos.

Por otro lado, la asistencia jurídica por medio de entidades gubernamentales, hizo su aparición con algunas alternativas como el sistema *judicare*, donde la persona que no tenía recursos suficientes podía elegir su abogado de una lista determinada, para que lo pudiera asesorar y a su vez llevar el caso. En este sistema los honorarios del abogado se pagaban de fondos públicos.

No obstante, en Europa la tendencia de esta primera ola se enmarcó en la adopción de un sistema mixto, es decir, donde prevalecieran la asesoría legal gratuita ejercida por oficinas públicas y el ejercicio de abogados particulares pagados por el Estado.

3.2.2 Segunda ola.

Esta ola se encargó de crear mecanismos de acceso a la justicia a grupos de personas y colectividades. Para esta ola existen situaciones en donde es posible el reconocimiento de un derecho a un grupo de personas que reúnen ciertas cualidades y características. En esta ola se crearon las acciones populares y las acciones de grupo.

3.2.3 Tercera ola.

En esta ola, la mayor preocupación radicó en la efectividad en cuanto al acceso a la justicia. *“Como fruto tangible del trabajo de esta ola se construye un nuevo menú de posibilidades entre las cuales el usuario puede libremente optar”*(Castaño, 2004, pág. 17)

La lista de posibilidades que podía encontrar el usuario eran las siguientes: 1) la solución de la controversia ante la justicia formal, la cual debe estar dotada de nuevas herramientas para hacerla expedita. 2) los MASC. Los mecanismos como la mediación, la negociación, los jueces de paz y el arbitraje, se conciben como posibilidades de efectivizar el acceso a la justicia.

3.2.4 Cuarta ola.

“Esta ola se caracteriza por el establecimiento de alternativas que permitan superar barreras y obstáculos que imposibilitan el acceso físico y directo a la justicia formal”(Castaño, 2004, pág. 17)

Dentro de las herramientas que se crearon durante esta ola podemos encontrar las siguientes: 1) jueces itinerantes: con estos jueces se busca remover barreras geográficas, de alguna forma, se pretende acercar la justicia al usuario, sobre todo en aquellos lugares donde no se cuenta con la presencia de juzgados. 2) administración judicial real, efectiva y verdadera de los tiempos procesales: la estrategia de esta herramienta es la reducción de los tiempos procesales que de común acuerdo las partes pueden realizar. 3) audiencia preliminar: en esta audiencia deben estar presentes las partes, sus apoderados y el juez, el objetivo de la audiencia recae en realizar una evaluación del conflicto, establecer de forma concreta sus hechos y establecer acuerdos parciales sobre los mismos, con eso se genera economía procesal a la hora de debatir material probatorio respecto a hechos que no afectan de forma directa en el conflicto.

3.3 Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC)

Los MASC son formas solidarias de acudir ante un tercero para que con la ayuda de este se dirima un conflicto, básicamente, esa persona a la que se denomina “un tercero” va a actuar en calidad de facilitador o intermediario. La dinámica de los MASC, se desarrolla en torno a la capacidad de dirimir conflictos de una manera pacífica a través del diálogo, sin necesidad de acudir ante un tribunal para obtener una solución.

De acuerdo con la sentencia C- 1195 de 2001, existen dos formas de resolver el conflicto: autocompositivo y heterocompositivo, el primero se caracteriza en que las partes son quienes buscan resolver sus desavenencias, con ayuda de un tercero neutral e imparcial,

que les facilita el diálogo y la búsqueda de soluciones al problema; dentro de este grupo se encuentran: la conciliación, mediación, negociación y la amigable composición.

El segundo grupo denominado heterocompositivo, se identifica por que las partes envueltas en un conflicto someten la solución de éste, a terceros que se encargan de darle respuesta independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes, en ese sentido se encuentran: el arbitraje, los jueces de paz y justicia formal.

Los MASC, se implementaron en el artículo 116 de la Constitución Política, donde se facultó a los particulares para conocer sobre algunos conflictos que se presentan en la sociedad, de ahí que los ciudadanos fueran investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en condición de jurados o conciliadores, quienes proferirán fallos en derecho o en equidad, según lo determine la ley, así mismo, la ley 23 de 1991 fue:

La que intentó la desjudicialización de algunas controversias susceptibles de transacción y desistimiento, al igual que la implementación de servicios jurídicos para las personas de escasos recursos económicos; otras normas, han propendido por el establecimiento de servicios gratuitos de asesoría legal, defensores de oficio, amparo de pobreza, entre otros”(Miranda, 2006, pág. 22)

El establecimiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, el reconocimiento de otros procedimientos como la mediación, el arbitramento, la mediación y las jurisdicciones especiales (como la indígena y

los jueces de paz), sirvieron de base para promocionar a la luz de la Constitución de 1991, la consagración de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. (Miranda, 2006, pág. 22 y 23)

“Los mecanismos alternativos invitan a la realización de una gestión adecuada en la resolución de conflictos y conocer modelos de tratamiento”(Acosta., 2010, pág. 1).

Apréciase así, que la mecánica de los MASC permite a los ciudadanos resolver sus propios conflictos o delegar a un tercero para que les facilite la búsqueda de la solución, esto se da con base al mecanismo que hayan escogido para solucionar el conflicto (autocompositivo o heterocompositivo), y de alguna manera, se contribuye a generar bienestar tanto personal como colectivo, pues no solo se mantiene una sana convivencia entre las personas sino que también, se promueve aptitudes propositivas a la hora de buscar salidas alternativas para dirimir una diferencia.

Dentro de los principales mecanismos de solución de conflictos se resaltan los siguientes:

3.3.1 La conciliación.

A través de la historia en diferentes culturas jurídicas del mundo se ha conceptualizado la conciliación, como un mecanismo por el cual dos personas de forma consensual acuden ante un tercero o conciliador, quien por ley o simple acuerdo de las

partes interviene en el conflicto, con el fin de ayudar a encontrar una solución a la controversia.

A la hora de facilitar la solución de la desavenencia, el conciliador debe procurar mantenerse imparcial y neutral, es decir, no podrá inclinarse ni beneficiar a una sola de las partes, se entiende que su función es la de buscar de manera armónica y conjunta una solución beneficiosa no solo para las partes sino en general para la sociedad.

Es importante recordar que la intervención de este tipo de personas permite que existan técnicas adecuadas de negociación y comunicación, sirviendo como punto de conexión entre las diferencias y las posibles soluciones, el trabajo que desarrolla el conciliador dentro de los conflictos, el cual, contribuye a la identificación de las posibles causas que generan los problemas entre dos o más individuos.

El acuerdo al que llegaron las partes como producto de una deliberación clara y concisa de los factores que conllevaron al conflicto, es plasmado en un acta, en la cual las partes no solo resuelven el problema sino que a su vez, se comprometen a cumplirlo sin ningún inconveniente.

En este aspecto, la ley en aras de vigilar y seguir de cerca estos procesos resolutorios que desarrollan los particulares, promovió una serie de requisitos para que el acuerdo tenga los efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo, de ahí que:

- i.* La realización del acta se entenderá como un procedimiento solemne, puesto que está sometida a registro una vez cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 1 y 14 de la ley 640 de 2001.

- ii.* Se realizará por personas capacitadas en la materia y conforme lo establece la ley, reuniendo cualidades para ser facilitadores a la hora de generar soluciones a través del diálogo. (Art 5 de la ley 640 de 2001)
- iii.* En caso de que alguna de las partes incumpla con el acuerdo, la parte afectada tendrá derecho a remitirse ante un juez para que este le exija el cumplimiento de la obligación pactada en el acta, esto en razón a que el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, de acuerdo a la ley 640 de 2001.

De lo anterior se infiere, que la figura de la conciliación se encuentra enmarcada según la doctrina, dentro de las características de la teoría mixta, por cuanto tiene aspectos procesales y de negociación (esquema 1), es decir, *“la conciliación constituye un trámite procesal, judicial o extrajudicial que tiene como finalidad buscar un común acuerdo entre las partes, el cual debe ser avalado por el conciliador; de aquí surge su connotación mixta”*(Gil, 2003, pág. 17)

3.3.2 La mediación.

“La Mediación es una oportunidad para que las partes, con la asesoría de un tercero y a través del diálogo directo, manejen un conflicto determinado para generar un nuevo escenario en donde se respeten espacios mínimos de convivencia.”(Acosta., 2010, pág. 2). El mediador en este mecanismo tiene el deber de acercar a las partes, para que ellas encuentren la mejor solución a la divergencia presente, una de la funciones del mediador es

velar por la promoción de soluciones equitativas y justas, además de facilitar la comunicación y el lenguaje entre las partes en conflicto.

Lo importante de esta figura es el papel facilitador del mediador, porque procura eliminar barreras que no permite la comunicación fluida de los hechos y aspectos del problema. Respecto al acuerdo, la ley colombiana no reglamenta esta figura, por lo cual, el pacto producto de una mediación tiene los efectos de una transacción.

3.3.3 El Arbitraje.

El arbitramento es un mecanismo heterocompositivo de resolución de diferencias de carácter privado originado a través de un acuerdo entre dos o más personas, bajo el cual se comprometen a someter a la decisión de particulares una determinada disputa de naturaleza transigible que debe dictarse con respeto al debido proceso. (Sentencia 466, 2011)

Este mecanismo de solución pacífica de conflictos hizo su aparición en Colombia el 10 de mayo de 1834(Ángel., 2012, pág. 135). Se caracteriza por ser un mecanismo netamente formal, quizás, esa es una razón por la cual este sujeto a muchas críticas.

Hacia el año de 1989, con el Decreto 2279 se creó el arbitramento como una figura independiente, *“llamado así por la gran autonomía que tienen las partes para definir el trámite que le darán a la actuación. A pesar de ello, su trámite es absolutamente formal, pues se desarrolla a partir de una demanda”*(Ángel., 2012, pág. 135) .

La ley 23 de 1991, dio origen a una nueva modalidad del arbitramento, que se denominó arbitramento institucional, esta modalidad se creó con el fin de dar posibilidades de acceso a personas de escasos recursos económicos, pues el Ministerio de Justicia implementaba los honorarios de los árbitros, teniendo en cuenta, el porcentaje de la pretensión que la parte interesada estipulaba en la demanda.

Con la ley 446 de 1998, se establecieron 3 tipos de arbitramento, uno de ello fue mencionado en líneas anteriores, el arbitraje institucional, regulado por la ley 23 de 1991, el segundo el arbitraje independiente, cuyas reglas se debían contemplar en la correspondiente cláusula compromisoria y el tercero el arbitramento legal, cuya regulación solo la contemplaba la ley 446 de 1998. (Ángel., 2012, págs. 135,136)

Posteriormente con la ley 1563 de 2012, se reglamenta el estatuto del arbitraje nacional e internacional, la amigable composición y otras disposiciones, en el cual se consagra los siguientes elementos:

- i. Los principios que rigen el arbitramento de acuerdo al artículo 1 de la ley 1563 de 2012 son: imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.
- ii. El artículo 2 de la ley 1563 de 2012, estableció las clases de arbitramento: Ad hoc: cuando es llevado a cabo por árbitros; institucional, cuando se realiza en un centro de arbitraje y es de mayor cuantía, cuando versen sobre pretensiones

patrimoniales mayores a 400 smlmv, y de menor cuantía cuando versen sobre menos de 400 smlmv.

- iii. Pacto arbitral (art 3° ley 1563 de 2012): la naturaleza del pacto arbitral es vista como un negocio jurídico, en el cual, las partes en disputa se comprometen a no acudir a la justicia ordinaria. Así mismo, estipulan la solución a la cual llegaron, además las partes tienen la facultad de definir la naturaleza del pacto, es decir, si es en derecho, en equidad o técnico.
- iv. El pacto arbitral puede consistir en una cláusula compromisoria o un compromiso, el primero hace referencia a la manifestación de la voluntad de las partes, a resolver el conflicto que se pueda presentar en virtud del contrato mediante arbitraje, el cual se establece en el contrato o en un documento separado de este, como lo indica el artículo 4 de la ley 1562 de 2012.
- v. El segundo es el compromiso, el cual es un documento aparte del contrato, ya que se presenta el conflicto posteriormente y las partes deciden someterse a un proceso arbitral, aun cuando este conflicto se haya sometido a la justicia ordinaria. (art. 6 de la ley 1563 de 2012).
- vi. El número de árbitros y su designación - arts.7° y 8° ley 1563 de 2012: las partes podrán designar el número de árbitros de común acuerdo, de no hacerlo se entenderá que son tres árbitros.
- vii. Adopción del laudo arbitral y recursos: (arts. 38° y 40 ley 1563 de 2012) la adopción del laudo arbitral se hará por medio de votación y se acordará por mayoría, así mismo, debe ser firmado por todos los árbitros, inclusive por

quien salvo el voto. Contra el laudo arbitral las partes podrán interponer el recurso de anulación y el de revisión, el cual lo conocerá la autoridad judicial competente.

viii. El laudo arbitral tiene los mismos efectos de una sentencia judicial.

3.3.4 La amigable composición.

Es un método alternativo de solución de conflictos, mediante el cual, los sujetos de un diferendo delegan a un tercero singular o plural con calidad o no de abogado que les presente un proyecto de arreglo negocial, vinculante el cual tiene efectos de transacción. (Rodríguez., 2009, pág. 295)

La legislación que regula la amigable composición es la ley 1563 de 2012, que derogó los arts. 130 a 132 de la ley 446 de 1998. El art 60 de la ley 1563/12 establece que la decisión del amigable componedor tiene los efectos de una transacción, de igual modo el amigable componedor:

- i. Actuará como mandatario de las partes en disputa, en su condición podrá precisar el cumplimiento de las obligaciones que se originen en el negocio jurídico.
- ii. Podrá determinar las responsabilidades que surjan entre las partes con ocasión al negocio jurídico que se haya creado como solución.

- iii. Las decisiones del amigable componedor serán en equidad, sin perjuicio de que él pueda apoyarse en la ley cuando lo estime necesario y conveniente.
- iv. Las partes podrán acordar el número de amigables componedores, en caso tal de no ser así, se entenderá que es uno. Así mismo, las partes podrán nombrar al amigable componedor de forma directa, o delegar a un tercero (que podrá ser una persona natural o jurídica) para que gestione esa labor, si en determinado caso, las partes no estipulan un acuerdo previo para elegir ese tercero, se entenderá que la designación la realizará un centro de arbitraje, del domicilio del convocado; a elección del convocante.
- v. En caso de no existir un centro de arbitraje en el domicilio del convocado, podrá el convocante elegir cualquier centro de arbitraje del país, para que dicho centro realice la designación del amigable componedor y establezca el procedimiento del mecanismo, en caso de que no exista acuerdo previo entre las partes.
- vi. Las partes de común acuerdo, podrán establecer el procedimiento a seguir, o podrán tener como referencia el procedimiento que frente a la materia realice el centro de arbitraje que se eligió en el domicilio del convocante.

3.3.5 Los jueces de paz

La figura de los jueces de paz es de creación constitucional y se encuentra consagrada en el artículo 247 de la Constitución Política de 1991. La implementación de los jueces de paz en el ordenamiento jurídico colombiano, responde a la necesidad de

acercar la justicia a los ciudadanos. Posteriormente esta figura fue desarrollada en la ley 497 de 1999.

Teniendo en cuenta la creación de esta ley, la justicia de paz tiene por objetivo “*el tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares*” (Miranda, 2006, pág. 273), esta misma finalidad se encuentra consagrada en el artículo 1° de la ley 497 de 1999.

Adicionalmente, los jueces de paz cimientan sus decisiones en la equidad (artículo 2° de la ley 497 de 1999), en la medida que las mismas deban ser fundadas para promover la convivencia pacífica de las comunidades.

Además, esta figura no tiene ningún costo y su procedimiento es oral, según el artículo 4 y 6 de la ley 497 de 1999, la justicia de paz es independiente lo que significa que ningún servidor público podrá aconsejar a un juez de paz la forma en que deba dirimir un conflicto (artículo 5° de la ley 497 de 1999).

Los jueces de paz, tienen el deber de respetar y garantizar los derechos de las personas que intervienen en el conflicto. (Artículo 7° de la ley 497 de 1999)

Respecto a la competencia de los jueces de paz, se debe tener en cuenta: la naturaleza de los asuntos sometidos a consideración de la justicia de paz y la territorialidad o el lugar donde ocurrieron los hechos.

De acuerdo, con la naturaleza del asunto los jueces de paz conocen conforme al artículo 9° de la ley 497 de 1999 de los siguientes asuntos:

- i. Asuntos que se sometan de manera voluntaria y de común acuerdo por parte de las personas o de la comunidad, los cuales deben ser susceptibles de transacción, conciliación, desistimiento y no estén sujetos a formalidades.
- ii. El conflicto no debe ser superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los jueces de paz no tienen competencia para conocer:

- i. Sobre las acciones constitucionales y contencioso administrativas.
- ii. Acciones civiles relacionadas con la capacidad y el estado civil de las personas, con excepción del reconocimiento voluntario de los hijos extramatrimoniales.

Respecto a la territorialidad, los jueces de paz son competentes para conocer:

Los asuntos de la comunidad del lugar donde es elegido el juez de paz; en el evento de no haber juez de paz en el lugar en que residan las partes, es competente, el de la zona o sector donde ocurran los hechos; y el asunto de las partes que de común acuerdo lo designen (Miranda, 2006, págs. 274 - 275)

La elección de los jueces de paz se realiza mediante voto popular, para un periodo de 5 años reelegible y la posesión de los jueces de paz se lleva ante el alcalde municipal o distrital, tal como lo establece el artículo 11, 12 y 13 de la ley 497 de 1999.

El procedimiento de esta figura se encuentra estipulado en los artículos 22 al 31 de la ley 497 de 1999, donde se establecen dos etapas, a saber: la primera etapa es de

conciliación o autocompositiva y la segunda es de sentencia o resolutive, estas fases están sujetas a un mínimo de formalidades.

La competencia del juez de paz, inicia con la solicitud de común acuerdo que realicen las partes, ya sea de manera escrita u oral, para esta última el juez de paz deberá levantar un acta donde indique “...*la identidad de las partes, su domicilio, la descripción de los hechos y la controversia, así como el lugar, fecha y hora para la audiencia de conciliación...*” que será firmada por las partes. (Art. 23 de la ley 497 de 1999)

Si las partes durante la audiencia de conciliación llegan a un acuerdo, el juez de paz dejará constancia en un acta, que deberá ser suscrita por las partes y el juez de paz. Empero si la audiencia de conciliación fracasa, el juez de paz lo indicará en el acta. Realizado esto, el juez proferirá la sentencia en equidad dentro de los 5 días siguientes a la audiencia de conciliación, para lo cual dejará constancia escrita y entregará copia a cada una de las partes. Esta sentencia tiene los mismos efectos que una sentencia judicial, es decir, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.



Ilustración 1. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la conciliación. Elaboración propia, con apoyo de

Gil Echeverry, J. H. (2003)

3.4 Características de la conciliación

Es indispensable mencionar que el desarrollo de la conciliación en Colombia se ha dado gracias a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, mediante los cuales se han establecido parámetros para su implementación, mejora y promoción en el país.

Es así que para abordar las características de la conciliación, se hace necesario acudir a la sentencia C-160 de 1999, donde la Corte señaló los caracteres esenciales de esta figura (esquema 2), pues persigue un interés público, el cual es darle solución a los conflictos que se presenten entre los ciudadanos, sea por una entidad, funcionario estatal o por medio de un particular habilitado.



Ilustración 2. Sobre las características de la conciliación. Elaboración propia. Con apoyo de la Sentencia C-160 de 1999

Como se observó en la esquema 2, estas características resaltan la figura de la conciliación, porque en ella interviene la autonomía de la voluntad de las partes; es una “*actividad preventiva*”, por cuanto busca que los involucrados antes de acudir a una instancia judicial puedan arreglar el problema por sí solos, además “*no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional*”, como se ha venido señalando, depende literalmente de las partes llegar o no a un acuerdo.

De igual modo “*es un mecanismo útil para la solución de los conflictos*”, porque las partes solucionan la controversia con ayuda de un conciliador, sin necesidad de acudir a la jurisdicción; es un medio pacifista, que busca arraigar la cultura del diálogo; y es un medio que ayuda a descongestionar los despachos judiciales. (Sentencia C-160, 1999)

Cuando se dice que “*tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico*”, se indica que la conciliación es procedente en todos los asuntos que por su naturaleza sean conciliables, desistibles y negociables. (Sentencia C-160, 1999)

Por último “*es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador en varios aspectos*”, porque la conciliación está reglamentada de tal manera que señala ante quien se puede realizar, asuntos conciliables, efectos de la conciliación, clases, si es gratuita u oneroso, procedimiento a seguir, en fin la conciliación se encuentra detallada paso a paso, para que el particular pueda acceder fácilmente a este mecanismo. (Sentencia C-160, 1999)

Esto garantiza el acceso a la justicia a todos los ciudadanos, incluyendo aquellos que se encuentran en lugares lejanos y que por sus condiciones económicas no pueden acceder fácilmente a este derecho, por lo cual se ha venido implementando la conciliación como un sistema alternativo a la jurisdicción ordinaria, lo que ha generado un cambio radical, pues los particulares colaboran en la solución de los problemas que se presentan en la sociedad y al mismo tiempo descongestionan el sistema judicial, creando así un cambio de cultura donde se deje a un lado el litigio y se de paso al diálogo y a la paz.

La conciliación se ha convertido en un medio eficaz y ágil, porque busca que los involucrados encuentren el punto que genere esa fricción en la relación y así darle solución, empero no quiere decir que por resolver la discordia las partes tengan que ceder en todo a sus pretensiones, sino que exista un equilibrio entre ellas.

Desde que se dio la conciliación como mecanismo, se ha mejorado y facilitado el acceso a la justicia a todos los ciudadanos, pues dependiendo su capacidad económica y ubicación pueden elegir donde llevarla a cabo, con el paso del tiempo el legislador ha otorgado competencia a otros funcionarios y entidades para que presten este servicio, ya sea de manera gratuita u onerosa y así cumplir a cabalidad los fines de la conciliación, esto como se señaló va de acuerdo a las partes quienes son ellas las que eligen la entidad o el conciliador a donde van a acudir.

3.4.1 Efectos del acuerdo conciliatorio

Por disposición del artículo 14 de la ley 640 de 2001, los efectos del acuerdo conciliatorio surtirán a partir del registro del acta en el centro de conciliación, el cual debe

realizarse dentro de los dos días siguientes de haberse celebrado la audiencia de conciliación, en el centro al que se encuentre registrado el conciliador.

Los acuerdos conciliatorios al que llegan las partes, hacen tránsito a cosa juzgada, es decir, que pone fin al conflicto suscitado, donde una vez firmado el acta de conciliación, el juez ya no puede conocer sobre ese mismo punto de derecho, ya que se ha solucionado por otra vía.

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. (Sentencia C- 774, 2001)

Para que se configure la cosa juzgada, deben estar presentes dos aspectos: uno de tipo objetivo y otro de tipo subjetivo. El aspecto objetivo está dado en que debe existir una identidad en el asunto objeto del conflicto, de manera que es frente a los aspectos a los que se llegó a acuerdo que el litigio ha terminado, es decir, en cuanto a la pretensión invocada. El aspecto subjetivo de la cosa juzgada indica que es sólo frente a las partes que suscriben los acuerdos que opera la cosa juzgada, no pudiendo disponerse a través de conciliación de derechos de terceros, así no hayan asistido a la

audiencia a pesar de haber sido citados. (Ministerio del Interior y de Justicia & Universidad Nacional, 2007, pág. 78)

No obstante, existen asuntos que por su naturaleza no se hace tránsito a cosa juzgada material, lo que permite que posteriormente se vuelva a retomar el asunto al que se llegó anteriormente, esta figura se conoce como cosa juzgada formal, es decir, que si las circunstancias que dieron origen al acuerdo permanecen o si por el contrario varían las situaciones fácticas se retoma otra vez el asunto, esto se da con mayor frecuencia en asuntos de alimentos, visitas y custodia.

El acuerdo al que llegan las partes constituye título ejecutivo, lo que hace posible exigir el cumplimiento de las obligaciones cuando una de las partes ha incumplido con lo pactado, pero para ello se requiere que las obligaciones pactadas en el acuerdo sean claras, expresas y exigibles, como lo determina el artículo 422 del Código General del Proceso.

Al respecto conviene decir que, según el Acuerdo No. PSAA15-10392, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, establece que el Código General del Proceso, entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2016, en todos los distritos judiciales del país, derogando así, el acuerdo PSAA14-10155 del 28 de mayo de 2014.

La conciliación ayuda a mejorar las relaciones de las familias, siempre y cuando los miembros de ella estén dispuestos a conciliar y a velar por los intereses de los menores, es un paso más que tienen que dar las partes para tratar de darle respuesta al inconveniente, esta figura funciona como herramienta para acercar a las partes a dar el primer paso, por cuanto posee seguridad jurídica como la sentencia.

Este capítulo permitió comprender como los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflicto sirven a la hora de ayudar a resolver el conflicto de una manera más rápida y sencilla, de igual forma, mostró como se consolidó un sistema de justicia no formal, en el cual, el objetivo principal se sustenta en tres ejes importantes: primero el acceso a la administración de justicia de forma rápida y expedita, segundo, el establecimiento de alternativas que eliminan barreras y obstáculos que imposibilitan el acceso real y físico al aparato judicial y tercero, la promoción de los MASC como herramientas útiles para desjudicializar la solución de controversias.

Se destacó la conciliación en general y su esencia eminentemente voluntaria, sin embargo se da un cambio de ciento ochenta grados en el área de familia para algunos asuntos, los cuales deben agotar el requisito de procedibilidad, que es una condición sine qua non para acudir a la jurisdicción ordinaria, salvo norma en contrario.

Teniendo en cuenta lo anterior, el siguiente capítulo explicará la legislación en materia de requisito de procedibilidad, cuando surgió como tal la conciliación en esta área y como se ha desarrollado a lo largo de los años, para ello se iniciara con el decreto que organizó la jurisdicción de familia, ya que no es pertinente y desbordaría el tema, si se analizara la legislación anterior, pues los asuntos de familia eran abordados como una subdivisión de la jurisdicción civil.

4 CAPÍTULO SEGUNDO: LEGISLACIÓN

4.1 Legislación en materia de requisito de procedibilidad

La conciliación en Colombia cuenta con un bagaje legislativo bastante amplio, debido a que se ha implementado y aplicado como un sistema que servía para ayudar a descongestionar los despachos judiciales, empero, en el año 1991 la conciliación adquiere un rango constitucional, es decir, que aparte de descongestionar el sistema judicial, es una forma de resolución alternativa de conflictos, donde las partes auto gestionan por si mismas la controversia, con ayuda de un tercero neutral, además el acuerdo al que llegan las partes, adquiere la fuerza de una sentencia.(Peña, 2011, pág. 1)

Para el desarrollo de la parte legislativa de esta investigación, se tomó como referencia la ponencia sobre la “*evolución de la conciliación extrajudicial en materia de familia en colombia*” de la docente investigadora Nidia Azucena Losada Posada, quien fue ponente en el XVIII Congreso Internacional de Derecho Familiar “la familia es para siempre” del 20 al 24 de octubre de 2014 en el Estado de Durango, México y la cual se desarrolla de manera más amplia en la investigación en curso, mencionada en la introducción de este trabajo de grado.

La conciliación extrajudicial en materia de familia, se organizó con el decreto 2272 de 1989 ^[1] artículo 16, donde se indicó que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), es el competente para aprobar las conciliaciones extrajudiciales que surgieren entre “*cónyuges, padres y demás familiares*”, no obstante, si la conciliación fracasaba porque no hubiere ánimo conciliatorio entre las partes o porque alguna de ellas no asistió a la

audiencia de conciliación, el ICBF podía adoptar las medidas provisionales que considerara necesarias cuando el caso así lo requiriera, sin perjuicio de la competencia que tiene los jueces de familia, sobre el tema.(Losada, 2014, pág. 6)

Este artículo a su vez nombraba cuales eran los asuntos que se podían tramitar por la vía de la conciliación extrajudicial, que eran: *“la fijación provisional de residencias separadas; cauciones de comportamiento conyugal; alimentos entre cónyuges, si hay hijos menores; custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos; regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor”* (Decreto 2272, 1989, Art. 16).

Posteriormente con la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998^[2], la conciliación deja de ser de carácter voluntario a ser establecida como requisito de procedibilidad en algunos asuntos de familia, los cuales se encuentran señalados en la cuarta parte de esta ley.

Es así como el artículo 88 de esta ley, señalaba que la parte interesada debía agotar primero la conciliación prejudicial obligatoria ante:

“el juez de familia, defensor de familia, el Comisario de Familia, o en su defecto ante el Juez Promiscuo Municipal... los Jueces de Familia, los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4o. del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991” ^[3].

Actualmente la normatividad vigente sobre conciliación es la Ley 640 de 2001^[4], la cual modificó, derogó e introdujo algunos parámetros nuevos a la conciliación.

El siguiente esquema, muestra las clases de conciliación que existe actualmente en el derecho, como son: *judicial*, si se realiza dentro de un proceso y en presencia de un juez; y *extrajudicial*, cuando es realizada fuera del proceso, esta a su vez se subdivide en *derecho*, que es ante abogado salvo norma en contrario y en *equidad*, desarrollada por ciudadanos connotados, tal como se observa a continuación:

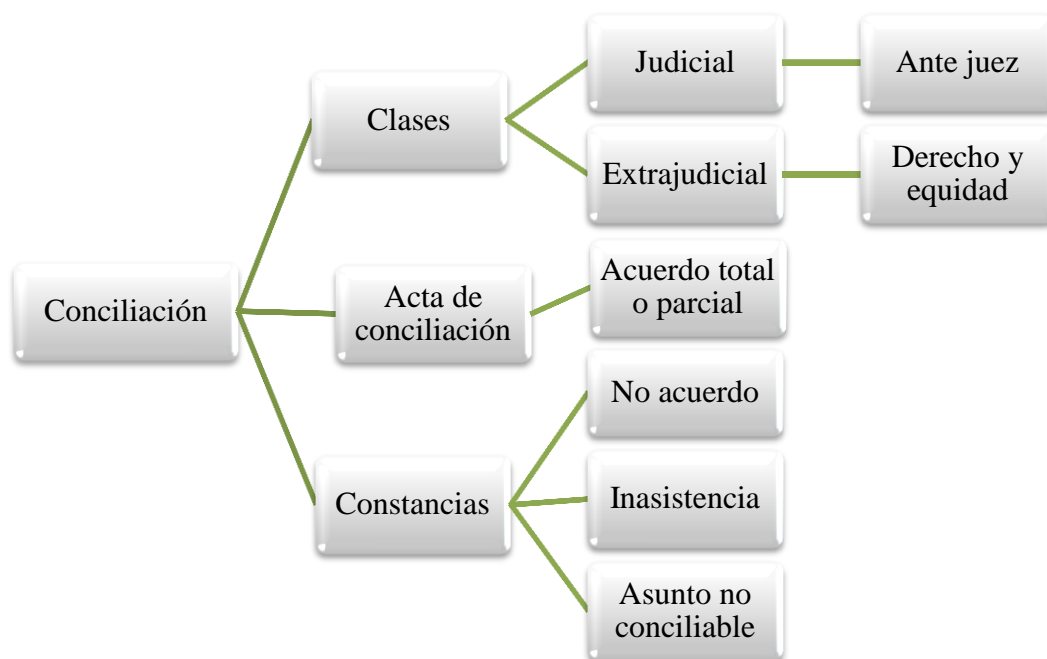


Ilustración 3. Clases de conciliación y tipos de constancias que se dan en una audiencia de conciliación. Elaboración propia. Con base en la Ley 640 de 2001

Este esquema comprende los tipos de documentos que se pueden expedir en una audiencia de conciliación, dependiendo el resultado: cuando se elabora un acta de conciliación, es porque las partes se pusieron de acuerdo en todas las pretensiones (acta de conciliación total) o en algunas de las pretensiones (acta de conciliación parcial); si no llegaron a acuerdo, se expide la constancia de no acuerdo; si una parte o ambas partes no asisten a la audiencia de conciliación, se expide la constancia de inasistencia; y si el asunto que se pretende solucionar no es conciliable, se expide la constancia de asunto no conciliable, por ejemplo cuando se solicita conciliar el estado civil de las personas, el derecho de alimentos hacia un menor, entre otros.

Por su parte el artículo 21 de la ley 640 de 2001, dispone que la suspensión de la prescripción y la caducidad, es procedente por una vez y no es prorrogable; de ahí que la conciliación prejudicial obligatoria no afecte el derecho de acceso a la justicia, puesto que una vez se solicite la audiencia de conciliación estos términos quedan suspendidos hasta que:

Se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero.

El artículo 31 de la ley 640 de 2001, señala las personas y entidades competentes para llevar a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial en materia de familia:

Los conciliadores de los centros de conciliación, 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 (Ley 640, 2001, Art. 31).

Cabe señalar que esta ley, ratificó la figura del requisito de procedibilidad en materia de familia en algunos asuntos, para esto se hizo necesario incrementar el número de conciliadores y funcionarios conocedores del tema, con el fin de desarrollar a cabalidad este precepto, debido a que, la ley 446 de 1998 tuvo algunas falencias en cuanto a la prestación del servicio de conciliación extrajudicial, porque no contaba con el número de conciliadores suficiente frente a la demanda que se requería en ese momento.

El requisito de procedibilidad se encuentra consagrado en el artículo 35 de esta ley, donde se indica que las áreas de familia, civil y contencioso administrativo, deben agotar la conciliación prejudicial obligatoria, para cumplir con este requisito la audiencia se podrá llevar a cabo mediante la conciliación en equidad o en derecho, para el área de familia. Bajo esta perspectiva, el requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando:

- Se haya celebrado la audiencia de conciliación así no se haya llegado a ningún acuerdo;
- Se haya vencido el término de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud, previsto en el artículo 20 inciso 1;
- La audiencia de conciliación no se hubiere llevado a cabo por alguna otra razón.

También, se puede acudir a la jurisdicción sin agotar el requisito de procedibilidad cuando:

- Bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado;
- Se encuentra ausente y no se conoce su paradero;
- Se presente violencia intrafamiliar;
- Se solicita el decreto y práctica de medidas cautelares.

Por lo cual si las partes no se encuentran en ninguna de estas situaciones deberá agotar este requisito, so pena de que el juez rechace de plano la demanda e imponga una multa de hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los asuntos que deben agotar el requisito de procedibilidad en materia de familia, son:

Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces, asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias, declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial, rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, conflictos sobre capitulaciones matrimoniales, controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad y separación de bienes y de cuerpos. (Ley 640, 2001, Art. 40)

Cabe resaltar que la ley 1395 de 2010, eliminó el trámite notarial, donde se estipulaba que las actas de conciliación requerían ser elevadas a escritura pública, además estableció que se puede agotar el requisito de procedibilidad con la conciliación en equidad. (Losada, 2014, pág. 13)

En cuanto al C.G.P el artículo 397 en el numeral 6, indica que en casos de incremento, disminución y exoneración de la cuota alimentaria se tramitarán ante el mismo juez que conoció del proceso de alimentos y en el mismo expediente y se decidirán en audiencia, previa citación a la parte contraria.

Sin embargo, el parágrafo 2° de la anterior disposición, hace una remisión a la ley 1098 de 2006 para la materia de alimentos a los menores de edad.

Para concluir, este capítulo aludió las principales legislaciones que se ocuparon de la conciliación en materia de familia, como se pudo apreciar, el nacimiento de la jurisdicción de familia se podría tomar como un acontecimiento reciente y en el cual se han dado cambios en la regulación de estos asuntos, que por su trascendencia social ameritan mayor intervención del Estado, como ocurre con el problema de la violencia intrafamiliar y el restablecimiento y garantía de los derechos de los menores de edad.

Es necesario rescatar, que por disposición constitucional los derechos de los menores prevalecen, teniendo en cuenta esto, a partir de la Carta Política de 1991 el Estado y los ciudadanos están en la obligación de velar por el respeto no solo de la familia si no de los niños, niñas y/o adolescentes que se encuentren en conflictos familiares, para ello se previó la creación de mecanismos alternos para intervenir en estas problemáticas sin necesidad de acudir a un juzgado.

Además, se crearon procedimientos expeditos y gratuitos con los cuales se pretende acercar aún más la justicia a la familia, sin olvidar que el establecimiento del requisito de procedibilidad enmarcó a partir del año 2001 el inicio de una cultura familiar más pacífica y tolerante a la hora de resolver sus propios conflictos.

Comprendiendo el origen legislativo de la conciliación y de cómo esta se dió paso en Colombia para ayudar a descongestionar el sistema judicial al mismo tiempo que permite el acceso a la justicia a todas las personas sin importar su estirpe social, cultural,

religiosa y económica, se expondrá ahora un análisis jurisprudencial sobre la constitucionalidad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

5 CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

5.1 Análisis jurisprudencial

En este capítulo, se analizarán las jurisprudencias más relevantes que abordan el requisito de procedibilidad. El estudio jurisprudencial se realizó teniendo en cuenta la evolución cronológica de la legislación y de los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca de las leyes hasta ahora establecidas por el legislador para el tema en comento, adicionalmente, parte de los análisis realizados en este capítulo se basaron en la línea jurisprudencial “*la conciliación como requisito de procedibilidad*” del autor Harbey Peña Sandoval.

Dentro de estos análisis, se resaltarán las posturas más significativas que ha tenido el alto Tribunal en cuanto la aceptación del requisito de procedibilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y como ello, ha tenido incidencia en materia de derecho de familia.

En la siguiente sentencia se analizará el requisito de procedibilidad en materia laboral. Al respecto conviene decir que, la sentencia C-160 de 1999, ha sido uno de los pronunciamientos más importantes de la Corte en materia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, debido a que, si bien respalda la formalización de una

audiencia de conciliación prejudicial para poder acudir a la jurisdicción laboral, dicho precepto debe cumplir con algunas condiciones que la Corte Constitucional considera necesarias.

5.1.1 SENTENCIA C- 160 DE 1999

Fecha: 17 de marzo

Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell

Normas demandadas: artículos 68, 82, 85 y 87 de la Ley 446 de 1998 y artículo 25 (parcial) de la Ley 23 de 1991

Consideraciones de la Corte Constitucional.

Se encuentra que el establecimiento de la audiencia conciliación prejudicial como un mecanismo para concertar los conflictos laborales, se ajusta a los preceptos de la Carta Política. Para ilustrar mejor la posición de la Corte en este punto, esta decisión cita la sentencia C-165 de 1993.

Sin embargo, la norma demandada, si bien configura finalidades constitucionales como es la contribución a la descongestión de los despachos judiciales, a la eficacia y eficiencia de la administración de justicia, a la economía de tiempo y gastos procesales, es justo decir que para la Corte Constitucional, la proporcionalidad y la razonabilidad de la norma no se encuentra ajustada a la Constitución, por las siguientes razones:

- i. La norma demandada no establece los medios materiales y personales para atender las peticiones de conciliación en materia laboral.
- ii. No se encuentra especificado en la disposición acusada los conflictos que admiten ser conciliados, así como tampoco, cuales conflictos laborales no pueden ser conciliados.
- iii. En caso de existir conflictos con la Nación o entidades públicas descentralizadas, o instituciones o entidades de derecho social, si además de agotar la vía gubernativa es necesario agotar la audiencia de conciliación, o si de lo contrario, esta última sustituye el procedimiento no relativo a dicho agotamiento.
- iv. El establecimiento de que la petición de conciliación interrumpe la prescripción de la acción.
- v. La estipulación de un lapso determinado, durante el cual se debe realizar la audiencia de conciliación, que una vez concluido, las partes tendrán la libertad de acudir a la jurisdicción laboral.

Teniendo en cuenta el cumplimiento de las anteriores condiciones, el acceso a la justicia laboral a través de la audiencia de conciliación, no debe quedar supeditada a requisitos desproporcionados o irrazonables, ni mucho menos a omisiones legislativas, que para el caso en comento han operado.

El establecimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es una limitante para acceder a la justicia, pero como se anotó antes, es una limitante que se

encuentra ajustada a la Constitución siempre y cuando cumpla con las cinco observaciones básicas que en otras líneas se mencionaron.

Se señala que para las normas objeto de estudio y análisis por el Alto Tribunal en esta jurisprudencia, la conciliación debe ser vista como un procedimiento reglado por el legislador, en virtud de la facultad que la Carta Política le otorga, por esa razón, el acceso a la justicia a través del agotamiento de un requisito previo como es el caso de la conciliación prejudicial no puede quedar sujeto a eventualidades o riesgos que causen afectación

Decisión de la Corte.

Se declara inhibida frente al art. 25 de la ley 23 de 1991; declara inexecutable los artículos 68, 82, 85 y 87 de la Ley 446 de 1998.

Conclusiones.

En la postura de la Corte, se puede observar que conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad configura una limitación al acceso a la justicia. Sin embargo, dicha limitación es considerada constitucional y ajustada a la Carta Política, siempre y cuando sea subsanada por el legislador mediante la creación de unos requisitos básicos para que el acceso a la justicia se dé en mejores condiciones.

De lo anterior se puede decir que, para la Corte Constitucional el requisito de procedibilidad no opera de la misma forma para todas las ramas del derecho, es decir, para el caso laboral la instauración de un requisito previo para acceder a la justicia resulta ser una limitante a la jurisdicción, debido a que, las circunstancias en las que se desarrollan las relaciones laborales, permiten poner al trabajador en una situación de desventaja, sin contar

que la normatividad demandada contaba con serias limitaciones y falencias a la hora de mencionar en que forma debía operar la audiencia de conciliación prejudicial.

Se puede concluir que, la Corte Constitucional acepta la implementación de los MASCS para resolver conflictos en las distintas jurisdicciones, no se puede decir lo mismo de los procedimientos que el legislador configure para que ello suceda.

5.1.2 SENTENCIA C-247 DE 1999

Fecha: 21 de abril

Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Norma demandadas: artículos 68, 82, 88 (parcial), 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161 y 167 (parcial) de la ley 446 de 1998

Consideraciones de la Corte Constitucional.

Teniendo en cuenta decisiones anteriores de la Corte Constitucional, como es el caso de la sentencia C-160 de 1999, en donde se establecieron una serie de requisitos para que se implementara la conciliación prejudicial en materia laboral, la Corte en sus consideraciones de la sentencia C-247 de 1999, mencionó que, la conciliación como requisito de procedibilidad en materia de familia, era constitucional si se estudiaba a la luz de dos criterios anteriormente expuestos en la sentencia C-160 de 1999 a saber: 1) que se cuente con los medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación que se presenten por quienes están interesados en poner fin a un conflicto. 2)

Especificación de forma concreta de cuáles son los conflictos susceptibles de ser conciliados y cuales por exclusión no admiten el trámite de la conciliación. Respecto al primer requisito cabe anotar que es procedente debido a que, en caso de no existir las autoridades señaladas en el primer inciso del artículo 88 de la ley 446 de 1998, en todos los municipios del país debe existir al menos un juzgado promiscuo que adquiere competencia para conocer del agotamiento del requisito de procedibilidad.

En cuanto al segundo requisito, la conciliación previa en materia de familia resulta ser exequible, solo si corresponde a los asuntos establecidos en el inciso segundo del artículo 88 de la ley 446 de 1998, es decir, los asuntos que contemplaba el artículo 277 del código del menor y aquellos que menciona el artículo 47 de la ley 23 de 1991.

Decisión de la Corte.

Estarse a lo resuelto en la sentencia C-160 de 1999; declara exequible el artículo 167 de la ley 446 de 1998; el artículo 88 de la ley 446 de 1998, bajo las condiciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia y los artículos 149, 150, 151, excepto los numerales 4 y 5, numerales que se declaran inexecutable, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160 y 161 de la ley 446 de 1998.

Conclusiones.

Queda definido que, la aceptación del requisito de procedibilidad para la Corte Constitucional está supeditado no solo a las posibilidades que las diferentes ramas del derecho ofrezcan al respecto, en esta sentencia se pudo apreciar que la jurisdicción de familia cumple al menos con dos condiciones establecidas en la sentencia C-160 de 1999

para que la conciliación prejudicial sea instaurada como un requisito previo para acceder a la justicia.

Por lo que se puede decir que, la conciliación extrajudicial como requisito previo en derecho de familia, es constitucional, por cumplir con dos de las condiciones que establece la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1999.

5.1.3 SENTENCIA C-248 DE 1999

Fecha: 21 de abril

Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Normas demandadas: artículos 18 (parcial), 30 (parcial), 68, 82 y 116 (parcial) de la Ley 446 de 1998.

Consideraciones de la Corte Constitucional.

Con relación a los artículos 68 y 82 de la ley 446 de 1998, opera la cosa juzgada, por ello, la Corte no se pronunció al respecto, por lo tanto en sus consideraciones remitió estarse a lo resuelto en la sentencia C-160 de 1999.

Decisión de la Corte.

Declarar exequible el primer inciso del artículo 18 de la Ley 446 de 1998; el inciso final del artículo 30 de la Ley 446 de 1998, artículo que modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo; parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998; estarse a lo resuelto en la sentencia C-160 de 1999.

Conclusiones.

De esta sentencia se puede rescatar que es una decisión que confirma el precedente que la Corte Constitucional delimitó en la sentencia C-160 de 1999, con relación a la conciliación prejudicial en materia laboral, en la cual, se considera que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad es una limitante al acceso a la justicia, pero dicha restricción se considera constitucional si cumple con las cinco condiciones que trae la sentencia anteriormente mencionada.

5.1.4 SENTENCIA C- 893 DE 2001

Fecha: 22 de agosto

Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Normas demandadas: Los artículos 12, 23, 28, 30, 35 y 39 (parciales) de la Ley 640 de 2001

Consideraciones de la Corte Constitucional.

La Corte trata sobre la constitucionalidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), para ello trae a colación el art. 116 de la C.N., del cual se infiere que la función de administrar justicia se encuentra encabezado por la Altas Cortes, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces, la justicia penal militar y en algunos asuntos el Congreso, no obstante:

La función pública de administrar justicia puede ser concebida desde este enfoque como la contrapartida del derecho constitucional del libre

acceso a la jurisdicción, en virtud del cual las personas tienen derecho a ser parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones que se le formulen.

Para la Corte, la conciliación como requisito de procedibilidad es inconstitucional, toda vez que no se cumplen las condiciones fácticas señaladas en la sentencia C-160 de 1999.

Decisión de la corte.

Declara inexecutable los artículos 12, 30 y 39 de la Ley 640 de 2001 y las expresiones: “...y ante los conciliadores de los centros de conciliación autorizados para conciliar en esta materia”, contenida en el artículo 23 de la Ley 640 de 2001; “...ante conciliadores de los centros de conciliación...” y “...ante los notarios...”, contenidas en el artículo 28 de la Ley 640 de 2001; “...requisito de procedibilidad”...“laboral...”, contenidas en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, en los términos de esta sentencia.

Salvamento de voto.

Por: Marco Gerardo Monroy Cabra, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett

Respecto al requisito de procedibilidad de la conciliación para acudir a un proceso judicial no es “justicia comunitaria de tipo sancionador” sino es un procedimiento de fácil acceso a la administración de justicia dado que los conciliadores administran justicia por

mandato de la Constitución. No se entiende tampoco cómo pueda estar involucrado el elemento sancionador en los procesos de conciliación cuando la esencia de los mismos es la resolución de conflictos surgidos en torno a derechos disponibles, materia ajena a la de la potestad punitiva.

Tampoco la conciliación extrajudicial tiene como objetivo *“la desactivación de los movimientos de organización comunitaria mediante la judicialización de la participación social y de la legitimación de una descarga de trabajo para la administración de justicia”*.

En efecto, la conciliación extraprocésal obligatoria tiene como un fin legítimo la descongestión del sistema judicial al borde del colapso por el gran número de procesos que impide su pronta resolución a pesar de la actividad de los jueces. Los conflictos que se deciden por conciliación y ante la justicia son conflictos jurídicos y no políticos y por ende las mencionadas afirmaciones son ajenas al control constitucional y a la validez de la conciliación extrajudicial obligatoria.

Cabe recordar que estos métodos alternativos, en especial la conciliación extrajudicial no son sustitutivos de la justicia ordinaria, sino que son alternativas que permiten lograr la paz y la convivencia social, que buscan una rápida y cumplida justicia.

Tampoco es viable, considerar que la conciliación como requisito de procedibilidad depende del grado de cultura o civilización de la sociedad, quienes son considerados como incapaces para conciliar, puesto que el éxito de la conciliación se debe a que la ciudadanía ha aceptado la conciliación como un MASC.

La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad no impide el acceso a la administración de justicia, dado que las partes cuando acuden ante un conciliador e intentan resolver la desavenencia, están con ello accediendo a la administración de justicia.

Conclusiones.

La anterior sentencia constituye un cambio en el precedente de la Corte Constitucional, en la medida que, por decisión mayoritaria las normas demandadas no cumplían con las condiciones establecidas en la sentencia C-160 de 1999, sin embargo, apréciase que dentro de las consideraciones de la Corte, se exalta la utilidad de los MASC en especial de la conciliación, toda vez que su consagración en el ordenamiento jurídico es nuevamente interpretada de acuerdo a los fines esenciales del Estado Social de Derecho (Preámbulo, Arts. 1º, 2º de la C.N) y del principio de alternatividad estipulado en la ley Estatutaria de Administración de Justicia.

De nuevo observa la Corte Constitucional las falencias del legislador al expedir las leyes concernientes a los MASC, razón por la cual, la decisión fue la declaratoria de inexequibilidad de las normas demandadas.

5.1.5 SENTENCIA C- 1195 DE 2001

Fecha: 15 de noviembre

Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra

Normas demandadas: Los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 de la Ley 640 de 2001

Consideraciones de la Corte Constitucional.

La Corte en la sentencia C- 893 de 2001, se abstuvo de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la conciliación obligatoria para las demás jurisdicciones en esta sentencia, por lo cual no existe cosa juzgada.

Una de las facultades del legislador es poder establecer límites temporales o condiciones para el acceso a la justicia, de ahí que los particulares deban agotar ciertas acciones, pero, esta limitación debe ser razonable, de igual manera la intervención de los particulares a la hora de facilitar la resolución de conflictos no debe desplazar la justicia formal ni ser un obstáculo para el acceso a la justicia. En conclusión el derecho a acceder a la justicia no es ilimitado ni absoluto, pero estas limitaciones deben ser razonables.

La conciliación prejudicial como obligatoria, es un límite temporal que no excede de los tres meses, vencido este término las partes pueden acudir a la justicia ordinaria, salvo que acuerden conciliar en un plazo superior, *“lo que el legislador persigue con el establecimiento de este requisito es abrir un espacio de encuentro, diálogo y debate que facilite la resolución del conflicto antes de que éste tenga que ser decidido por las autoridades jurisdiccionales”*.

Así mismo, agotar este requisito no implica que las partes deban llegar a un acuerdo, puesto que se busca que los involucrados discutan fórmulas que permitan dar solución a la desavenencia, más no se les obliga a conciliar, pues la contraparte puede en cualquier momento manifestar al conciliador que no tiene ánimo conciliatorio o que no

acepta las propuestas de la otra parte, con este acto se agota el trámite de la conciliación para acudir a la justicia formal.

Así la conciliación prejudicial obligatoria es legítima y acorde a la constitución, además de cumplir con los fines para la cual fue implementada;

Para esta Corporación, las formas alternativas de solución de conflictos no sólo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos, sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales, problema éste que desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país. Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (Núm. 5o.) y propender al logro y el mantenimiento de la paz (Núm. 6o). C-037 de 1996

La conciliación prejudicial obligatoria en materia de familia, cumple con los fines para la cual fue establecida esta figura, exceptuando los casos donde se presente violencia intrafamiliar, puesto que impiden el diálogo constructivo entre la víctima y el agresor, de ahí, que la víctima pueda acudir directamente a la justicia formal sin necesidad de agotar este requisito, por ello la constitucionalidad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en familia depende de que no se presente esta situación.

La conciliación prejudicial obligatoria es compatible con la transitoriedad de la función de administrar justicia por parte de los particulares, tal como lo establece el inc. 4 del art. 116 de la C.N., por ello la Corte establece que la transitoriedad no desconoce lo preceptuado en la constitución, con base a los métodos: gramatical, histórico, sistemático, teleológico y jurisprudencial.

Posteriormente, la Corte procede analizar las condiciones legales y materiales que permitan un goce efectivo del derecho de acceso a la justicia, para ello trae a colación la sentencia C-160 de 1999, que estableció cinco condiciones para que la conciliación prejudicial obligatoria fuera constitucional, y que no se convirtiera en un obstáculo para acceder a este derecho:

Condiciones C-160 de 1999	Ley 640 de 2001
<p>I. Que se cuente con los medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación que se presentan por quienes están interesados en poner fin a un conflicto laboral.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Esta ley implementó que la conciliación prejudicial obligatoria, entraría a regir a partir del año 2002, mientras el número de conciliadores fuera suficiente para atender la demanda y oferta de este servicio. ▪ Así el artículo 31 de esta ley, dispone cuales son los funcionarios capacitados para llevar a cabo las audiencias de conciliación

	en familia.
<p>II. Que se especifique concretamente cuáles son los conflictos susceptibles de ser conciliados, y cuáles por exclusión naturalmente no admiten el trámite de la conciliación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Familia: art. 31, inc. 2 de la ley 640/01: ▪ 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 ▪ Los asuntos señalados en el art. 40 de esta ley.
<p>III. Que se defina, tratándose de conflictos que involucran a la Nación o a entidades públicas descentralizadas o instituciones o entidades de derecho social sí, además, del agotamiento de la vía gubernativa se requiere agotar la conciliación, o si ésta sustituye el procedimiento no relativo a dicho agotamiento</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ No aplica en materia de familia

<p>IV. Que se establezca que la petición de conciliación, interrumpe la prescripción de la acción</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Todas las jurisdicciones: el art. 21 de la ley 640 de 2001, establece que la solicitud de conciliación suspende el término de prescripción o de caducidad, por una sola vez y no será prorrogable, aun cuando las partes decidan prolongar el tiempo (3 meses).
<p>V. Que se determine un tiempo preciso durante el cual se debe intentar la conciliación expirado el cual las partes tienen libertad para acceder a la jurisdicción laboral.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En el art. 20 de esta ley, se señaló que si dentro de los tres meses siguientes a la solicitud de la conciliación, no se ha llevado a cabo esta, las partes podrán acudir a la jurisdicción ordinaria.

Por último la sentencia C-893 de 2001, no constituye precedente aplicable para las áreas de civil, comercial, familia y contencioso administrativo, por cuanto se basó únicamente en la conciliación prejudicial obligatoria en materia laboral.

Decisión de la Corte.

Estando a lo resuelto en la sentencia C-893 de 2001, declaró exequibles los artículos 35, 36, 37, 38 y 40 de la Ley 640 de 2001.

Conclusiones.

La sentencia C-1195 de 2001, hasta el momento ha sido una de las pocas decisiones en armonizar distintos pronunciamientos y doctrinas de la Corte Constitucional, nuevamente se rescata de dicha decisión la amplia interpretación del Alto Tribunal con relación a los principios fundantes del Estado Social de Derecho.

Con relación al requisito de procedibilidad, la Corte lo acepta como una limitante completamente razonable y constitucional e insta a través de sus argumentos a visualizar a los MASC como posibles escenarios de discusión y participación ciudadana, opciones que se pueden materializar en las jurisdicciones civil, administrativo y familia, aunque esta última cuenta con una restricción en materia de violencia familiar.

Evidentemente se observa que hay en cierta forma un cambio de precedente dentro de esta sentencia, sin embargo, si se llega a detallar muy bien, la sentencia C-1195 de 2001 rescata algunas doctrinas de la sentencia C-160 de 1999, pero interpretándolas ampliamente y concertándolas a argumentos más teleológicos que legales.

5.1.6 SENTENCIA C- 1196 DE 2001:

Fecha: 15 de noviembre

Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

Normas demandadas: artículos 28, 29, 30, 35 (parcial), 39 de la Ley 640 de 2001

Consideraciones de la Corte Constitucional.

La Corte manifestó que la conciliación prejudicial en materia laboral, no puede establecerse como obligatoria y permanente, debido a que esto resultaría contrario al derecho de acceder a la administración de justicia, por su parte los particulares están investidos transitoriamente de justicia por las partes, en forma alternativa, de acuerdo al art. 116 C.N.

Decisión de la Corte Constitucional.

Estando a lo resuelto en la sentencia C- 893 de 2001, en relación con los artículos 28, 30, 35 y 39 de la Ley 640 de 2001 y se declara inhibida en relación con el artículo 29 de la misma Ley, por las razones expuestas en esta sentencia.

Aclaración de Voto: Por Rodrigo Uprimny Yepes.

El eje de la sentencia C-893: la Corte considera que el establecimiento de la tentativa de conciliación, como requisito de procedibilidad, es inconstitucional porque al hacer obligatoria la conciliación (i) desvirtúa su naturaleza estrictamente consensual, (ii) obstaculiza el acceso a la justicia, y (iii) vulnera el mandato del artículo 116 de la Carta, según el cual los particulares pueden ejercer funciones como conciliadores únicamente en forma "transitoria", pero nunca de manera permanente y obligatoria.

La conciliación prejudicial obligatoria es inconstitucional, por cuanto va en contra de la naturaleza de los MASC y obstaculiza el derecho que tienen las personas a acceder a la justicia. Empero, la ley obliga a las partes para que intenten resolver la desavenencia por ellos mismos antes de acudir a la jurisdicción, más no les impone que durante la audiencia deban llegar a un acuerdo, ya que si no concilian y agotado este requisito las partes pueden

dirigirse a la justicia formal, de ahí que esta exigencia no sea contraria a la naturaleza de la conciliación.

La sentencia C-893/01, no distingue entre el intento de conciliar y el arreglo conciliatorio, por cuanto para ellos no tiene sentido obligar a alguien a conciliar si desde el principio no tienen ánimo conciliatorio. No obstante, existen numerosos estudios que comprueban que cuando las personas no tienen ánimos de conciliar y se les obliga a asistir a una posible solución, terminan logrando un acuerdo satisfactorio.

Con la sentencia C-893/01 se produce un cambio de precedente, en el sentido que las sentencias C-160 y 247 de 1999, establecieron que la conciliación prejudicial obligatoria era constitucional, siempre que se cumplieran una serie de requisitos, para que esta exigencia no fuera en contra del derecho de acceder a la justicia, no obstante, la sentencia C-893/01, se apartó del postulado anterior e indicó que la conciliación prejudicial obligatoria era en si misma inconstitucional, este cambio de precedente no se justificó en esta sentencia.

Conclusiones.

La anterior decisión resulta ser una sentencia confirmadora del pronunciamiento de la sentencia C-893 de 2001, en la medida que, establece que el agotamiento de un requisito previo para acudir a la jurisdicción laboral, es inconstitucional y limita el acceso a la administración de justicia. Lo interesante de la sentencia C-1196 de 2001, es la aclaración de voto por parte del magistrado Rodrigo Uprimy, en donde se ratifica lo que en líneas anteriores se mencionó; el cambio de precedente por parte de la Corte Constitucional, del hecho de haber declarado la

constitucionalidad de la conciliación prejudicial en materia laboral, al cabo de cumplir con algunos requisitos según la sentencia C-160 de 1999 y posteriormente declarar la inconstitucionalidad de esa medida en la sentencia C-893 de 2001, como lo mencionó el magistrado este cambio de precedente no tuvo justificación alguna, de ahí, que más adelante la sentencia C-1195 de 2001 confirme en parte el pronunciamiento de la sentencia C-190 de 1999, con la cual nació el precedente que aceptaría la conciliación prejudicial como un mecanismo constitucional.

5.1.7 SENTENCIA C-314 DE 2002

Fecha: 30 de abril

Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Normas demandadas: artículo 37 (parcial) de la Ley 640 de 2001.

Consideraciones de la Corte Constitucional.

Para la Corte Constitucional, la acción de repetición es una vía procesal cuya titularidad es exclusiva del Estado, por lo tanto le corresponde a este último ejercerla en virtud del artículo 90 de la C.N. Teniendo en cuenta lo anterior, es dable comprender la excepción impuesta por el legislador de excluir el agotamiento del requisito de procedibilidad a la acción de repetición, debido a que, se trata de la defensa de los intereses públicos.

Dicha disposición, tiene por objetivo “hacer menos onerosa la carga procesal del Estado en el trámite de reparación del patrimonio público afectado por la conducta de uno

de sus agentes, la cual está acorde con los fines constitucionales de promover la prosperidad general y asegurar la prevalencia del interés general (Arts. 1º y 2º C.P.)” Sentencia C-314 de 2002.

De acuerdo con la sentencia C-1195 de 2001, la Corte Constitucional analizó la conciliación prejudicial y al respecto mencionó que la institución de la conciliación constituye una vía efectiva de acceso a la administración de justicia, la cual goza de garantías y tolera las mismas exigencias que otros mecanismos de mayor tradición jurídica.

Decisión de la Corte.

Declarara exequible el parágrafo 1º del artículo 37 de la Ley 640 de 2001.

Conclusiones.

Al igual que en la sentencia C-1195 de 2001, en donde la Corte Constitucional reafirma la competencia del legislador de fijar los mecanismos y procedimientos para acceder a la justicia, los cuales, no necesariamente tengan que ser judiciales, también resalta la facultad que este último tiene para establecer excepciones cuando lo considere necesario, siempre y cuando cumplan con un objetivo razonable. Esta decisión, respeta en gran parte de su texto el principio de separación de poderes, porque considera que la labor del Congreso de estipular el no agotamiento de la audiencia de conciliación en la acción de repetición, cumple con fines constitucionales de preservar el interés general y cuidar de los dineros de carácter público.

Sin duda esta decisión, confirma en gran parte el precedente que trazó la Corte en la sentencia C-1195 de 2001, en donde se declara la constitucionalidad de la conciliación como un requisito previo para acceder a la justicia.

5.1.8 SENTENCIA 417 DE 2002

Fecha: 28 de mayo

Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett

Normas demandadas: Los artículos 23, 35 y 37 (parciales) de la Ley 640 de 2001

Consideraciones de la Corte Constitucional.

Como se ha pronunciado la Corte en varias de sus jurisprudencias, la conciliación es un mecanismo autocompositivo, donde las partes con ayuda de un tercero neutral, buscan la solución a la desavenencia, de ahí, que el conciliador no tenga la potestad de obligar a las partes a llegar a un acuerdo, pues estas pueden manifestar al conciliador su negatividad de conciliar y con ello cumplen el requisito establecido para acceder al aparato judicial.

“...En otros eventos, las personas simplemente no conocen el mecanismo y por ello no acuden a él. Puede suceder también que la relación se encuentre demasiado deteriorada, de suerte que ninguna de las dos partes sabe cómo incentivar un acercamiento. En esos casos, y en muchos otros similares, la obligación de comparecer a la audiencia de conciliación rompe uno de los principales obstáculos para la solución concertada de un litigio, y

es la negativa de cada parte a escuchar a la otra. Por ello, si esas personas son forzadas a encontrarse en un lugar neutral, en donde un experto pueda asistirles, entonces es probable que surja poco a poco la voluntad de llegar a un acuerdo, al haberse restablecido una cierta comunicación que permite entender que existen posibilidades de superar el conflicto en forma negociada...”

Tal como lo señaló la Corte en la C-1195 de 2001, la conciliación prejudicial obligatoria es una limitante constitucional, porque permite que las partes intenten resolver el conflicto por ellos mismos, más no se les exige que deban llegar a un acuerdo.

Decisión de la Corte.

Estarce a lo resuelto en la sentencia C-1195 de 2011, y declara exequible los artículos 23, 35 y 37 de la ley 640 de 2001.

Conclusiones.

Queda definido hasta el momento que, se ha convertido en precedente la decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-1195 de 2001 y con ello respeta la labor de la rama legislativa de establecer excepciones constitucionales a la hora de proteger y cuidar los intereses públicos los cuales, deban ser ventilados a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Se puede apreciar que la anterior decisión es confirmadora del precedente de las sentencias C-160 de 1999, C-1195 de 2001, en donde se declara la constitucionalidad de la conciliación como requisito de procedibilidad.

El siguiente capítulo profundizará en el tema del requisito de procedibilidad, tema en el cual, a partir del año de 1998, se introdujo la audiencia de conciliación como requisito

previo para acudir a la jurisdicción ordinaria (familia), para ello se explicará qué es el requisito de procedibilidad, su procedencia, asuntos que deben agotarlo antes de iniciar el respectivo proceso.

6 CAPÍTULO CUARTO: REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD Y ASUNTOS QUE DEBEN AGOTARLO

El capítulo anterior abordó la constitucionalidad de la conciliación prejudicial obligatoria, la cual es procedente cuando se cumpla con las cinco condiciones estipuladas en la sentencia C-160 de 1999, siempre y cuando el área de derecho sea procedente la aplicabilidad de estas condiciones, para que así esta imposición no afecte el derecho de acceder a la justicia, de igual modo, la conciliación como requisito de procedibilidad en materia de familia es constitucional, por cuanto cumple a cabalidad estos requisitos.

Ahora bien, se explicará el requisito y los asuntos que deben agotar este requisito de procedibilidad en materia de familia.

6.1 Requisito de procedibilidad

Una de las finalidades de la conciliación extrajudicial es descongestionar el aparato judicial que hoy en día se encuentra saturado de procesos y que desde hace varios años se

ha venido implementando algunas reformas que ayuden a superar esta crisis, las cuales no han dado el fruto que se espera de ellas.

Se optó por implementar la conciliación extrajudicial en Colombia como forma de crear una cultura de diálogo en donde las partes por si mismas busquen solucionar sus diferencias por medio de la comunicación y solucionen sus conflictos, en donde ambos salgan beneficiados y no como sucedería en un eventual proceso judicial una parte gana y la otra pierde, además la conciliación brinda la posibilidad de que las partes impongan sus condiciones de acuerdo a sus capacidades económicas, sociales y culturales.

El requisito de procedibilidad no debe ser entendido como el mecanismo que no permite el acceso a la justicia, porque si bien es cierto, la naturaleza de la conciliación es voluntaria dejó de serla para ciertos procesos en materia de familia, como lo determina el artículo 40 de la ley 640 de 2001, este precepto tiene su fundamento en que la familia como eje central de la sociedad está en la capacidad de solucionar los conflictos que en ella se presenten, como por ejemplo la custodia de los hijos, los alimentos, separación de cuerpos y de bienes, entre otros, es decir que el requisito de procedibilidad no procede para todos los asuntos, sino los que están taxativos en la ley.

Así mismo, se entiende por requisito de procedibilidad “*la obligatoriedad que la ley impone a las partes de recurrir a una audiencia de conciliación prejudicial para tener derecho a iniciar un proceso judicial*”(Romero, 2006, pág. 38), de este concepto se infiere que el requisito de procedibilidad opera sólo en los casos que la ley determine y es un presupuesto procesal que hay que agotar, ya que si se salta esta etapa previa y se instaura la

demanda, el juez inmediatamente rechazara de plano la demanda, hasta que no sea agotado este requisito.

Por otro lado, cuando se solicitan medidas cautelares no procede la audiencia de conciliación extrajudicial, esto debido a que, la medida busca evitar la insolvencia de la parte obligada, de otra forma, esta última podría trasladar su patrimonio a otra persona, en caso de tener conocimiento de una eventual citación a conciliar, y así evadir la responsabilidad de cumplimiento de la obligación.

Cabe destacar que, la Corte en Sentencia C-1195, señaló que la conciliación, actúa como una limitante al acceso a la administración de justicia, pero esta limitante es completamente razonable, en la medida que racionaliza la justicia, no la congestiona y por el contrario permite la promoción de la convivencia y participación de los ciudadanos a la hora de resolver conflictos.

No es admisible que la implementación de los MASC sustituyan del todo el poder del Estado a la hora de administrar justicia o limitarla, frente a este punto, se resalta las consideraciones que tuvo en cuenta la Corte Constitucional:

Por consiguiente, los acuerdos entre particulares que restrinjan definitivamente el derecho de acceso a la justicia están proscritos constitucionalmente, ya sea que estos prohíban de manera absoluta acudir a la justicia ordinaria o por medio de la imposición de sanciones o cargas desproporcionadas e irrazonables que imposibilitan el acceso a la jurisdicción. Por tal motivo, “carece de licitud todo pacto contra la ley, los contratantes no

pueden comprometerse a la forzada renuncia del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. (Sentencia C- 163, 1999)

A todas luces, no es lícito que las mismas partes se sustraigan de acceder a la justicia, cuando el acuerdo al cual llegaron a través de la figura de la conciliación no se haya cumplido a cabalidad, por lo tanto, no es procedente obligar a los ciudadanos a llegar a un acuerdo de forma definitiva a través de la conciliación, porque eso sería desvirtuar la naturaleza de dicha figura, además, no estaría cumpliendo totalmente con los fines constitucionales del artículo 2° de la carta política, el cual busca fomentar la cultura de la participación ciudadana y la consecución de la paz.

En otras palabras, la implementación de la figura de la conciliación a través del requisito de procedibilidad, como una medida previa para acudir a la justicia ordinaria, en nada afecta o quebranta el orden constitucional de los artículos 1, 2, 13 y 229 de la carta política, siempre y cuando no se impongan cargas excesivas a las partes para dar a conocer sus conflictos ante los jueces.

6.2 Asuntos que deben agotar el requisito de procedibilidad en familia

Actualmente los asuntos que deben agotar la conciliación como requisito de procedibilidad en materia de familia, se encuentran señalados taxativamente en el artículo 40 de la ley 640 de 2001,

Las controversias que se presente en el ámbito familiar que deberán agotar el requisito de procedibilidad son siete según la ley vigente

actualmente, en primer plano se encuentra todo lo concerniente directa o indirectamente con los menores, en segundo plano los asuntos de pareja (Castaño, 2004).

6.2.1 Custodia y cuidado de los hijos

El objeto de la conciliación es arreglar, ante la separación sobreviniente de la pareja casada o en unión marital de hecho, cuál de los padres ha de conservar o tener la custodia y cuidado personal de los hijos menores de edad (Ramírez S., 2001, pág. 120).

El Código de Infancia y Adolescencia consagra la responsabilidad parental en el artículo 14, como aquella obligación contraída por los padres, quienes son los encargados de velar por el bienestar y cuidado de los hijos, además de brindar *“orientación, cuidado, acompañamiento y crianza... durante su proceso de formación”*.

De igual manera, el artículo 23 del mismo hace alusión a la custodia y cuidado personal que tienen los padres frente a sus hijos sean: niños, niñas y/o adolescentes, debido a que no es solo disfrutar de ellos mientras se tengan, sino que también es tratar de brindarles un desarrollo integral, por ende esta obligación es de carácter permanente y solidaria entre los padres, sea que la asuman directa o indirectamente la custodia y el cuidado personal.

Frente a este asunto familiar, la Corte Constitucional en sede de tutela, a través de la(Sentencia T- 557, 2011) ^[5]magistrada ponente María Victoria Calle Correa, realiza

especial mención de los procedimientos tanto judicial como administrativo que se deben tener en cuenta para solicitar la custodia y el cuidado personal de los hijos, es importante mencionar que a partir de la entrada en vigencia del decreto 2272 de 1989 que organizó la jurisdicción de familia en Colombia, quedó en cabeza de los jueces de familia conocer de estos casos, aplicando los procedimientos que la ley estipule, y sobre todo promoviendo el bienestar y el goce efectivo de los derechos de niños, niñas y/o adolescentes, según lo estipulado en el artículo 44 constitucional.

Posteriormente, con la creación del código de infancia y adolescencia, toda persona interesada en solicitar la custodia y cuidado de un menor de edad, debe agotar un procedimiento de carácter administrativo, donde el defensor de familia a través de personal interdisciplinario atienden el caso, vale la pena anotar, que para estos casos se puede acudir a la vía conciliatoria para acordar quien de los padres cuidará del menor, sin embargo, el hecho que se pueda conciliar esa decisión tan importante, no exime de responsabilidad al Estado y la sociedad para que dicho procedimiento se realice teniendo en cuenta la situación social, afectiva, cultural y económica del menor, debido a que, siempre se debe propender por el cuidado y protección de la integridad física, mental y emocional del mismo.

Bajo esta perspectiva, lo que se quiere rescatar de esta decisión de la Corte Constitucional es la posibilidad que tienen los padres de mediar y decidir de la mejor forma todos los asuntos que puedan involucrar o afectar a los menores. Aunque por ley se haya implementado una alternativa fácil y cómoda para que los padres concilien sus diferencias,

no se puede apartar el papel interventor del Estado y la sociedad en ello, de manera que, en estos aspectos de la familia, la conciliación y la justicia formal armonizan procedimientos y medidas necesarias para velar por la protección de los menores, de esta forma, cumpliendo con los instrumentos internacionales de defensa de los derechos de los niños y con el artículo 44 de la Constitución de 1991.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-718 de 2012, declaró la exequibilidad de los literales d) y h) del artículo 5^o[6] del decreto 2272 de 1989, el demandante de la norma manifestó la incompatibilidad de la única instancia para los procesos de custodia y cuidado de los menores (literal d) y permisos a menores para salir del país (literal h), para el demandante es inconstitucional la no estipulación de la segunda instancia para estos asuntos, pues argumenta que los mismos al estar revestidos de importancia jurídica por tratar los derechos, protección y cuidado de los niños, niñas y/o adolescentes merecen ser apelados para cuidar el interés superior de los menores (art 44° C.P) en caso que uno de los padres no cumpla con lo necesario para cuidar y tener la custodia de un menor.

En Colombia, compete al legislador establecer las reglas y procedimientos para acudir ante los jueces de la república, sin embargo, como se pudo evidenciar en la anterior sentencia citada, los padres o interesados en solicitar la custodia y cuidado de un menor deben agotar una serie de requisitos y etapas entre las que se encuentra el agotamiento de una audiencia de conciliación ante el defensor de familia o comisaria de familia, con ayuda de un equipo interdisciplinario compuesto por psicólogos, trabajadores sociales y abogados

expertos que pueden guiar y supervisar el proceso para restablecer los derechos a los menores de edad. Luego no es viable afirmar que la no estipulación de la segunda instancia violente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, porque en palabras de la Corte Constitucional:

Los literales acusados no son contrarias a la Constitución, pues se enmarcan dentro de la libertad de configuración del legislador en materia de procedimiento, libertad que se ejerció sin sobrepasar los límites señalados por la jurisprudencia constitucional. Así las cosas, se declararán exequibles ambos literales en cuanto el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia se encuentran salvaguardados, las excepciones buscan una finalidad constitucionalmente legítima y no dan lugar a discriminación. (Sentencia C-718, 2012)

A pesar, de la trascendencia de este tipo de decisiones en el ámbito familiar, la no estipulación de la segunda instancia en estos asuntos familiares, en ningún momento afecta el derecho a la administración de justicia y el derecho a la defensa, al contrario, esta medida lo que busca es la agilidad y eficacia para decidir sobre situaciones de especial relevancia como aquellos en donde se involucren menores de edad. Es por eso, que los interesados tienen otras oportunidades procesales, mecanismos y procedimientos para solicitar la custodia de un menor, y frente a este aspecto se encuentra la conciliación como un medio expedito, seguro y cómodo para ventilar este tipo de problemáticas.

Como se ha resaltado en líneas anteriores, en la audiencia de conciliación se materializan principios y derechos constitucionales como el debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia, luego es visto de buena manera que la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de los literales d y h del artículo 5 del decreto 2272 de 1989, por cuanto se cuida y se protege el interés superior de los menores de edad y por ellos se crean procedimientos más ágiles y efectivos en donde la justicia ordinaria y los MASC confluyen para no hacer más gravosa la situación de los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al deber de los padres de cuidar y brindar protección y seguridad a los menores de edad en su núcleo familiar, la Corte Constitucional ha dicho:

La familia, en tanto “núcleo fundamental de la sociedad” (art. 42 C.P.), es el ámbito más próximo al niño. La progeneración debe ser una decisión responsable de los padres, que conlleva una serie de deberes para con sus hijos, entre ellos el de sostenerlos y educarlos “mientras sean menores o impedidos”. En el seno de su familia el niño tiene derecho a encontrar la protección que necesita y las condiciones necesarias para su adecuado desarrollo y crecimiento. Antes que derechos sobre sus hijos, los padres tienen deberes para con ellos (Sentencia C-239, 2014)^[7].

Para concluir, el Estado ha promovido la solución de problemáticas de tipo familiar a través de la vía del diálogo, instando a los padres a ejercer sus deberes y derechos a la

hora de mediar por los intereses de los menores de edad, dicha potestad si bien en principio habia sido delegada al juez de familia, ahora se centra en las personas directamente involucradas en el conflicto, como una alternativa que permite la unión y el fortalecimiento de lazos parentales los cuales, darán mejores resultados para el beneficio de los niños, niñas y/o adolescentes.

6.2.2 Regulación de visitas

Después del divorcio, es natural que los hijos se queden con uno de los padres, por lo cual la ley ha contemplado esta figura, con el fin de que los menores puedan seguir en contacto con el otro padre, como lo expresa Gil Echeverry esta:

...institución busca por una parte, permitir la continuidad de la relación con el padre que no tiene su custodia y cuidado y, por otra parte, que el menor pueda desarrollar su personalidad, gozando del afecto y la compañía de ambos padres...(2003).

En esta regulación se deben estipular claramente cuáles y cómo van a ser las fechas especiales que compartirá el menor con el padre que no viva con él, como por ejemplo, la temporada de vacaciones, cumpleaños, navidad, festividades, entre otros, en el sentido de que el menor pueda disfrutar de sus padres al mismo tiempo. Así mismo, se debe acordar si las visitas son domiciliarias, extradomiciliarias, en lugares públicos o privados, por horas o por días, con tenencia o sin tenencia el menor (Ramírez S., 2001, págs. 122 - 123).

En cuanto a este asunto la Corte ha manifestado su posición en sentencia reciente, la importancia de mantener los lazos parentales entre padres e hijos, como una manifestación de unión familiar y afectiva que permita al menor entender y tener a su alcance de la figura maternal y paternal durante su desarrollo mental, afectivo, físico y social.

Como bien lo establece la alta corporación en su jurisprudencia:

La familia es muy importante para el desarrollo integral y armónico del niño y que la relación entre sus miembros contribuye a crear un ambiente de amor y de cuidado, que es indispensable para dicho desarrollo. De la circunstancia de que los padres se separen no se sigue que los vínculos familiares con los hijos terminen. (Sentencia C-239, 2014).

Por ello, no es bien visto que los problemas que surjan entre los padres como pareja, afecten de forma grave al menor de edad que se vea involucrado en ese conflicto, la finalidad de agotar la audiencia de conciliación para este asunto, radica en brindar mejor posibilidades de crianza y autoridad parental al niño, niña y/o adolescente, como se sabe, el hecho de ostentar el derecho de visitas frente al menor, implica como es obvio, la oportunidad de participar e intervenir en el proceso de educación y formación del menor.

6.2.3 Obligación alimentaria

Los alimentos, en el derecho de familia, han consagrado como una obligación civil el deber moral que asiste a una persona de suministrar a un pariente suyo cercano los medios necesarios para su manutención y desarrollo,

cuando este último los precise. De esta forma, es posible coaccionar jurídicamente a un sujeto de derechos a que realice un aporte, generalmente en dinero, o en especie, a favor de otra persona que podrá reclamarlo cuando no pueda generar ingresos o carezca de bienes (Díaz Sarasty & Figueroa Dorado).

Así mismo, el derecho de alimentos^[8] lleva incluido el “*sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, niñas y los adolescentes*”. (Código de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006, 2012 Art. 24.).

Cuando las partes hubieren fijado la cuota alimentaria y esta no está acorde con la situación que dió origen a ella, la parte interesada podrá solicitar una nueva audiencia de conciliación donde se revise la cuota, pues esta:

Revisión de alimentos tiene como objeto el aumento, disminución o exoneración de la cuota, por consiguiente se busca con la conciliación que las partes acuerden o busquen equilibrar la cuota, en la proporción del ingreso del demandado y en el justo medio de la necesidad del alimentario (Ramírez S., 2001, pág. 129).

Esto se da en principio a que las circunstancias que dieron origen al acuerdo han cambiado, es decir que si la parte obligada a dar los alimentos percibe un mayor ingreso, la otra parte puede solicitar un aumento a la cuota alimentaria, contrario sensu, a que si el alimentante ha perdido el trabajo o sus ingresos disminuyeron, él debe solicitar una audiencia para que le sea reducida la cuota. Otra posibilidad se da cuando el beneficiario de la cuota es mayor de edad, está casado, ha dejado de estudiar, percibe ingresos o cualquier otra opción, la parte obligada a prestar la cuota alimentaria podrá solicitar la exoneración de esta.

Por eso cuando se esté llevando a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial, el conciliador deberá propiciar para que la parte obligada a brindar la obligación proponga voluntariamente cual es el monto que él puede brindarle al o a los menores, teniendo en cuenta el número de hijos a su cargo y la capacidad económica de este, además el conciliador velará por los derechos del menor, con el fin de que no se vayan a ver afectados, y *“asegurar el cumplimiento de la obligación alimenticia con una garantía real racional de bienes del obligado”*(Gil, 2003, pág. 252).

“La justificación de los alimentos no es otra que la protección de la familia y preservación de la misma a través del principio de solidaridad familiar...”(Ramírez S., 2001, pág. 133), por lo cual esta obligación está en cabeza de ambos padres quienes están en la obligación de prestarlos hasta que el menor cumpla la mayoría de edad, salvo que sea incapaz absoluto o se encuentre estudiando (excepción que va hasta los 25 años), para ello se tiene en cuenta la proporción del ingreso de las partes, es decir el salario de cada uno,

pues no se le puede imponer una cuota del mismo valor a ambos padres, cuando ellos no reciben el mismo salario.

Con respecto al tema de dar alimentos a los hijos que tengan la mayoría de edad, la Corte Constitucional en sentencia T- 192 de 2008, menciona lo siguiente:

“Dentro de los alimentos que se deben a los hijos, se encuentra claramente, la educación (Art. 413 del C.C.) que comprende además según esa norma, “la enseñanza (...) de alguna profesión u oficio”. En tal sentido, si bien la patria potestad se extiende exclusivamente hasta la mayoría de edad (18 años) y las obligaciones alimentarias hacia los hijos conforme al artículo 422 del Código Civil llegan hasta que la persona alcanza dicha mayoría, - a menos que se tenga un impedimento corporal o mental o se halle la persona inhabilitada para subsistir de su trabajo -, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que “se deben alimentos al hijo que estudia, aunque haya alcanzado la mayoría de edad, siempre que no exista prueba de que subsiste por sus propios medios” . Sentencia T-192 de 2008.

En reiterada jurisprudencia constitucional, la Corte ha recalcado el principio de igualdad y distribución equitativa de los recursos económicos cuando hay hijos matrimoniales y extramatrimoniales, de manera que, la obligación alimentaria no debe fundarse en términos de discriminación, todos los menores sin importar las condiciones familiares en las que nazcan, eso es, dentro o fuera del vínculo matrimonial o unión marital de hecho, tienen derecho a recibir de forma equitativa los recursos económicos que les permitan suplir sus necesidades para el desarrollo integral de su niñez.

Es por eso que la Corte Constitucional en sus decisiones ha manifestado:

El Estado, sea al momento de imponer las cuotas o cuando avala los acuerdos entre particulares, tiene la obligación de asegurar que las cuotas alimentarias cumplan su propósito –satisfacer necesidades congruas o necesarias- y que sean equitativas para los acreedores de las mismas. Ello implica que no es posible realizar una distribución que conduzca al desconocimiento de los derechos de otros acreedores –por ejemplo, otros hermanos- o a una reducción de los recursos que se pueden dirigir a otro núcleo familiar que impida su sustento. El juez, o la autoridad competente, tienen la obligación de prever esta situación e impedir que se presente (Sentencia T- 492, 2003).

Es esencial entender que el deber de dar alimentos al hijo matrimonial o extramatrimonial, no debe entenderse como imposición moral que retoma fuerza al convertirse en una de corte jurídico, en donde solo se necesite de la ley para el cabal cumplimiento de ella. El deber de dar alimentos a quien no puede procurárselos, debe sustentarse por los lazos parentales que unen a padres e hijos, así mismo, encuentran su fundamento en la protección del menor de edad, quien por no tener la suficiente madurez y responsabilidad no puede darse así mismo los recursos económicos para sustentar su modus vivendi, esta idea converge con la posición de la Corte:

La atención de las necesidades de los hijos, aunque es una obligación constitucional, debe armonizarse con el derecho a desarrollarse como persona y ser partícipe activo en la sociedad. Tal desarrollo y participación demanda recursos para atender gastos que permitan la congrua existencia. (Sentencia T- 492, 2003)

Igual posición se puede encontrar en la sentencia T-746 de 2008, en la que la Corte Constitucional recalca el fundamento constitucional del derecho de alimentos, integrándolo al artículo 42 de la C.P, en la que se establece la institución de la familia:

Esta Corte ha además precisado que esta obligación alimentaria tiene fundamento constitucional, pues “se vincula con la necesaria protección que el Estado debe dispensar a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, y con la efectividad y vigencia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”, ya que el cumplimiento de dichas obligaciones aparece “necesario para asegurar en ciertos casos la vigencia de los derechos fundamentales de las personas al mínimo vital o los derechos de la misma estirpe en favor de los niños, o de las personas de la tercera edad, o de quienes se encuentren en condiciones de marginación o de debilidad manifiesta (art. 2º, 5, 11, 13, 42, 44 y 46 C.P.) (Sentencia T-746, 2008)

Se puede observar que el fundamento filosófico de las consideraciones de la Corte Constitucional en la anterior sentencia, concuerda con los argumentos dados en la (Sentencia T- 872, 2010), en la cual se refiere de la importancia de cumplir con el deber de cuota alimentaria ya no solo como obligación de orden moral y social, sino también de orden filosófico y espiritual.

Por ello, el código de infancia y adolescencia define en su artículo 8° el interés superior del menor que es *“el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*, es de especial relevancia que cuerpos normativos como el código de infancia y adolescencia impulsen la visión de los menores de edad como sujetos de derecho en virtud a la recepción de instrumentos normativos internacionales.

Gracias a esa connotación, el concepto de alimentos^[9] en el código de infancia y adolescencia, abarca más aspectos que deben ser atendidos por los padres y la sociedad para brindar cuidado y protección a los niños, niñas y adolescentes, es por eso, que dicha sentencia alude al concepto de alimentos que la ley 1098 de 2006 trae, al armonizarlo con la Carta Política.

Ahora bien, respecto al tema de la efectividad de la conciliación extrajudicial para hacer exigible el deber de dar alimentos a los menores de edad, la Corte Constitucional ha dicho que tanto las providencias judiciales como las actas de conciliación son títulos que permiten hacer exigible la obligación en ellos contenida, es por eso que en sentencia T- 238 de 2013 la Corte se expresó de la siguiente forma:

Esta Corporación se ha manifestado en el sentido de que no sólo la orden judicial de embargo es la medida idónea para que un pagador de pensiones o un empleador descuenta por nómina el valor de una cuota alimentaria acordada a favor de un sujeto de especial protección. Por el contrario, ha considerado que la conciliación extrajudicial también es un mecanismo eficaz.

Desde este punto de vista, los descuentos^[10] que se realizan por nómina para garantizar la obligación alimentaria a una persona de especial protección como es el caso de un menor de edad, se pueden realizar, aun cuando las partes lo hayan acordado a través de un acta de conciliación, este efecto es quizás, uno de los más importantes de la figura conciliatoria, sin embargo, desconocido o no tenido en cuenta por parte de empleadores ya sean del sector público o privado, quienes piensan que los descuentos que la ley prevé para dar cumplimiento a la obligación de dar alimentos, solo son posibles si los autoriza el juez.

6.2.4 Declaración de la Unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial de hecho

La unión marital de hecho se encuentra regulada por la ley 54 de 1990 la cual fue modificada por la ley 979 de 2005, se define como la unión de un hombre y una mujer, que hacen vida permanente y singular, sin estar casados, quienes son denominados compañero y compañera permanente, de acuerdo al artículo 1 de esta ley, además los principios de ayuda

y socorro mutuo está a cargo de ambas partes, como lo dispone el artículo 3. De igual modo, el artículo 2, presume la sociedad patrimonial cuando:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho (Ley 54, 1990).

Durante la conciliación el compañero y compañera permanente declaran la existencia de la unión marital de hecho, donde indicarán el tiempo que llevan conviviendo bajo el mismo techo, en caso de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, las partes establecerán cuales fueron los bienes adquiridos durante la sociedad y la forma de su liquidación, para así proceder a realizar la adjudicación de los bienes, si se trata de bienes inmuebles se deberá hacer la respectiva escritura pública.

En Colombia, la configuración de la familia como base fundamental de la sociedad ha tenido cambios de tipo cultural, en la medida que no solo se puede conformar por medio de vínculos jurídicos sino también por vínculos naturales, por la decisión libre de un hombre y una mujer o de una pareja del mismo sexo de crearla. Este hecho ha venido en aumento en el país, y por esa misma connotación el legislador creó mecanismos legales

para la protección de esa unión, el cuidado, la crianza y la aportación de los individuos que componen la sociedad.

Los argumentos de la Corte respecto a este tema han sido variados, a continuación se expondrán algunas sentencias con pronunciamientos importantes de la materia:

La Corte Constitucional en sentencia C-016 de 2004, dijo lo siguiente:

Al respecto ha explicado la Corte que una interpretación sistemática de los artículos 5 y 42 de la Carta Política permite afirmar que la igualdad que propugna la Carta entre las uniones familiares surgidas de vínculos naturales y la conformada por vínculos jurídicos, guarda íntima relación con el artículo 13 Superior, que prescribe que: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua religión, opinión política o filosófica (..)" (Subraya la Corte). (Sentencia C-016, 2004)

Teniendo en cuenta lo anterior, el matrimonio y la unión marital de hecho, son asuntos que se asemejan y son asimilables, comparten la misma función y características, por ende, merecen la misma protección a la luz del artículo 42 de la C.P.

Una vez, se ha mencionado en la anterior sentencia la importancia de la protección legal a la unión marital de hecho, por tener las mismas características al matrimonio, se

procede entonces a mencionar el concepto de la unión marital de hecho conforme aparece en la sentencia C-985 de 2005:

Para la alta corporación la unión marital de hecho contiene aspectos contractuales, al ser un acto que se legitima con el acuerdo de voluntad de las partes interesadas en formarla:

En la unión marital de hecho existe un contrato que nace del acuerdo de voluntades. Esta declaración de voluntad pertenece al ámbito de la autonomía de la persona cuyo fin primordial se concreta principalmente en la posibilidad de elegir. Se trata de una decisión de una pareja para vivir juntos para constituir una familia. En manera alguna se trata de una unión mercantil o patrimonial o de otra índole. Esto es, la declaración de voluntad se dirige a un fin específico. (Sentencia C-985, 2005)

Sin embargo en sentencia C-840 de 2010, la Corte Constitucional manifiesta que el ordenamiento jurídico colombiano ampara a la familia como institución básica de la sociedad, es por ello que, se debe impulsar el derecho a la igualdad respecto de las formas de constituir una familia:

En el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen”. De este modo, la Constitución

coloca en un plano de igualdad tanto la familia que se constituye mediante formas jurídicas, es decir, la que procede del matrimonio, como la que se conforma por vínculos naturales, es decir, aquella que se configura mediante la unión libre. Ambas instituciones son objeto de reconocimiento jurídico y político, el cual comporta a su vez, la plena libertad del individuo de optar por una u otra forma de constitución de la institución familiar. (Sentencia C-840, 2010)

Con ello, la Corte precisa que en la ley se establecen parámetros de idéntica protección a la familia, no importa los vínculos por los cuales se dió origen, lo esencial es cuidar y velar porque toda persona que haya elegido conformar una unión marital de hecho, cumpla con los fines últimos de la familia en Colombia: realizar una vida en común, donde exista ayuda mutua, procreen y se eduquen a menores de edad.

Respecto al tema de la liquidación de la sociedad patrimonial la cual surge cuando se configura el lapso de dos años de convivencia entre la pareja, la Corte Constitucional en sentencia reciente manifestó:

La Corte Constitucional encuentra que la exigencia normativa demandada –el transcurso de dos años de permanencia de la unión marital de hecho para que pueda presumirse o declararse judicial o voluntariamente la sociedad patrimonial- no vulnera la protección de la familia como núcleo básico de la sociedad (art. 5 de la Carta Política), el principio de igualdad (art.

13 superior) ni la obligación constitucional de protección igualitaria a las familias formadas por vínculo matrimonial y a las formadas por una relación de hecho (art. 42 constitucional). En efecto, la diferencia establecida por la ley no es discriminatoria porque no hay una exclusión irrazonable a quienes conviven en unión de hecho ni una restricción o eliminación de derechos fundamentales para estas parejas. (Sentencia C- 257, 2015)

La tesis de la Corte Constitucional para defender el lapso de los dos años para declarar la sociedad patrimonial, radica en evitar la conformación de uniones con poca vigencia, ya que eso traería consecuencias gravosas en los patrimonios económicos de los compañeros permanentes, además, tendría serias implicaciones probatorias, ya que a la hora de liquidar una unión de esta naturaleza no se tendrían los mecanismos para demostrar su existencia. De ese modo, el término de dos años el legislador lo introdujo a la ley con el fin de proteger a las uniones maritales de hecho y revestirlas de los efectos económicos y patrimoniales que de alguna forma se generan, afecta los intereses de las personas que la conforman.

Aquí también se ha de referir a la unión marital de personas del mismo sexo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha manifestado lo siguiente:

En la sentencia C-075 de 2007, el alto tribunal destacó que la falta de regulación legislativa en cuanto al efecto jurídico patrimonial que nace con ocasión a la conformación de una comunión de vida por parte de parejas del mismo sexo, desconoce el principio de dignidad humana, que como se sabe, es piedra angular del ordenamiento jurídico, por lo

tanto, no resulta admisible que se imponga restricciones a este tipo de parejas a la hora de solicitar amparo judicial en cuanto a la protección de sus derechos económicos y patrimoniales:

La decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación. (Sentencia C- 075, 2007)

De lo anterior se deduce que, las parejas del mismo sexo reúnen condiciones similares con relación a las parejas heterosexuales, respecto a la protección patrimonial que se desprende de la decisión libre y voluntaria de conformar una comunidad de vida, con todos los atributos que de ella nace: cohabitación, trabajo, socorro y ayuda mutua, por lo tanto, ha manifestado la Corte Constitucional que:

La pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda

amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado. (Sentencia C- 075, 2007)

Para concluir, las parejas homosexuales no pueden quedar desprotegidos patrimonialmente, porque al momento de presentarse la cesación de cohabitación, las mismas no contarían con herramientas jurídicas para solicitar de su pareja parte del capital que conformaron durante el término de convivencia, sin contar además, de los perjuicios que se podrían presentar en caso que uno de los compañeros fallezca y se excluya al otro de la titularidad de los bienes del causante, cuando este último tenga herederos.

Situación análoga se presentó en la sentencia T-717 de 2011, en donde la Corte Constitucional, realizó una interpretación extensiva del principio de dignidad humana, para el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo:

La falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales (Sentencia T- 717, 2011)

Teniendo en cuenta lo anterior, para la alta corporación es fundamental el reconocimiento de derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, debido a que, no pueden existir tratos desiguales frente a este tipo de parejas y las heterosexuales, cuando las dos tipologías de familia, conllevan a la consecución del artículo 42 constitucional.

De ahí, que en otros pronunciamientos, como es el caso de la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional ratificara su posición con respecto a la unión marital de hecho por parte de parejas del mismo sexo:

De conformidad con la norma constitucional, la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen a su vez, a través de distintos “vínculos naturales o jurídicos”, según lo previsto en el precepto superior. De ahí, que la heterosexualidad no sea una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza.

Sentencia C-577 de 2011 citada por la sentencia T- 717 de 2011.

Por pronunciamientos como el que se expuso anteriormente, la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la Republica para que legislara sobre la formalización del vínculo contractual de las parejas del mismo sexo, para ello, otorgó como fecha límite para esa labor hasta el día 20 de Junio de 2013, si de llegar esa fecha el legislador no ha cumplido con su labor de crear normatividad sobre esa materia, las parejas homosexuales podrán acudir a los notarios o jueces competentes para solemnizar y formalizar su vínculo contractual.

6.2.5 Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes

El fenómeno de la rescisión, como forma de extinguir las obligaciones por la declaratoria de nulidad de los contratos que las contienen y en particular por la lesión enorme en el trabajo de partición y adjudicación opera plenamente en las liquidaciones de sociedad conyugal, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y en las sucesiones (Ramírez S., 2001, pág. 140)

En el caso de una sucesión hereditaria, se puede rescindir tal como se establece en el artículo 1405 del código civil, en caso de existir lesión enorme, la cual, será concedida a la parte que se ha visto perjudicada en más de la mitad de su cuota (Benítez, 2008, págs. 571, 572)

La rescisión es una figura que se asimila a la nulidad relativa, en la medida que, afecta a los actos jurídicos ya sea por vicios del consentimiento o por incapacidad relativa. *“De ahí, que para el derecho colombiano, el legislador consagró el criterio *ultradimidium*, para que la persona que se haya visto afectada en más de la mitad del precio justo, pueda rescindir el contrato”*.(Calvo, 2012, pág. 432)

Es necesario resaltar que, únicamente se presenta lesión enorme en las herencias de solo bienes muebles, es por eso, que en caso de presentarse lesión enorme en partición de

una herencia, *“los consignatarios pueden ofrecer al lesionado la proporción monetaria o complemento de su porción”*(Calvo, 2012, pág. 432).

Empero, puede ocurrir que, una persona no pueda hacer uso de la acción de lesión enorme, si ha llegado a venderla porción hereditaria que le correspondió, ya sea, una parte o en su totalidad, según lo establece el artículo 1408 del código civil.

Ahora bien, quien alega lesión enorme en una partición, tiene el deber probatorio de demostrarlo, toda vez que, así lo contempla el artículo 1757 del código civil, de ahí, *“que el valor de los bienes que han de acreditarse es el que tenía realmente en el momento de hacerse la partición, porque en ese momento es que el partícipe sufre o no perjuicios con la adjudicación que se ha hecho”*(Calvo, 2012, pág. 433)

Para concluir, se puede decir que, la acción rescisoria se aplica a todas las particiones, no necesariamente a la hereditaria, de este modo, es viable que cualquier interesado pueda acudir a una audiencia de conciliación, para discutir el error o el desequilibrio económico causado ya sea en las particiones hereditarias, sino también, en las liquidaciones de sociedades conyugales y patrimoniales; *“el objeto del acuerdo será la compensación que se reconozca, con la determinación de la forma como se efectuará el respectivo ajuste.”*(Benítez, 2008, pág. 572)

Finalmente, la rescisión tiene relación directa con la parte patrimonial o económica, por lo cual es posible conciliar, ya que es una cantidad de dinero que puede ser discutida y determinada entre las partes involucradas, quienes se vieron afectadas por la partición o la liquidación dependiendo el caso, por ende durante la conciliación pueden pactar la forma de devolver o pagar la lesión causada a la otra parte.

6.2.6 Capitulaciones matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales se encuentran consagradas en el título XXII, capítulo I, del código civil, donde se establece que son “*las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro*”. (Código Civil, Art. 1771)

Según el artículo 1773 del C.C., las capitulaciones deben estar conforme a la ley, por lo que no pueden ser contrarias a las buenas costumbres ni en detrimento de los derechos y obligaciones que se señalan respecto a cada cónyuge o de los descendientes comunes.

Cabe señalar que si no hay estipulación que establezca la separación de los bienes que vayan a entrar en la sociedad conyugal, se entenderá, que después de haber contraído matrimonio, nace la sociedad conyugal, conforme lo establece el artículo 1774 del C.C.

Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán otorgadas sino desde el día del matrimonio, ni después de celebrado este, podrán alterarse, aún con el consentimiento de las partes que intervinieron en el, conforme al artículo 1778 del C.C. De igual manera no se admitirán alteraciones o adiciones a estas capitulaciones, a no ser que estas hayan sido realizadas antes del matrimonio. (Art. 1779 del C.C.)

Estas capitulaciones deberán designar cuáles son los bienes que aportan al matrimonio, incluyendo su valor actual y las deudas que tiene cada parte, si se omite esta detallación o existe inexactitudes, esto no anulará las capitulaciones, no obstante, el notario lo mencionaria en la escritura, acorde lo señala el artículo 1780 del C.C.

Como se aludo al principio, este asunto debe agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, por ende el procedimiento anterior se puede llevar a cabo a través de una conciliación, para lo cual las partes deben traer una relación detallada de los bienes activos como pasivos, que entrarán a la sociedad conyugal.

Pues como lo ha indicado el legislador, este asunto depende única y exclusivamente de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que son ellos los que estipulan qué van a ceder y qué bienes dejan por fuera del matrimonio.

6.2.7 Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y controversias entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paternal o la patria potestad

Según el artículo 177 del C.C., la dirección del hogar está a cargo de la pareja, es decir, ambos intervienen en la realización del mismo, sin embargo, la dirección del hogar podrá estar a cargo de uno de los cónyuges, cuando el otro cónyuge no pueda ejercer este derecho o no esté presente. *“La dirección del hogar está en cabeza de ambos cónyuges y si hay desavenencias frente a la educación de los hijos puede recurrirse a la conciliación para resolverlo”*(Miranda, 2006, pág. 191)

Para este tipo de controversias, es necesario tener en cuenta el precepto constitucional del artículo 44 de la C.P, debido a que, en todo momento los derechos de los menores deben prevalecer, al estar consagrados como personas de especial protección constitucional.

En tanto que la autoridad parental radica única y exclusivamente en los padres, quienes son los responsables de educar e infundir los valores en los menores, también se puede decir que *“es la intervención y ayuda o guía al menor por los laberintos de la infancia, para garantizarle su pleno desarrollo físico, psíquico y espiritual, mediante patrones de crianza educación y establecimiento”*(Ramírez S., 2001, pág. 147).

Lo que se busca con la conciliación es que los padres que se encuentran en un conflicto sobre autoridad parental puedan establecer los patrones a seguir frente a los hijos, o sea, ponerse de acuerdo en un determinado asunto, como puede ser los permisos de salida del menor, obligaciones frente a la familia, responsabilidades, etc., lo que permite mejorar las relaciones de convivencia y comunicación entre los miembros de esta.

6.2.8 Separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal

Legalmente a cada uno de los cónyuges le corresponde el 50% de la sociedad conyugal, sin embargo, cuando realicen la audiencia de conciliación extrajudicial podrán establecer otra división, como por ejemplo, otorgarle más o menos del 70% a la parte que se queda con los menores o adjudicar la totalidad de los bienes a uno de los cónyuges, debido a que en la audiencia de conciliación las partes gozan de toda la disposición para dividirse los bienes adquiridos, *“en todo caso, este pacto no afecta a los terceros, pues, según la ley, los separados responden solidariamente por las deudas sociales contraídas...”*(Gil, 2003, pág. 255).

Para el caso de la separación de bienes, esta debe ser entendida como:

La terminación de la expectativa de conformación de la comunidad conyugal económica, verificada por mutuo acuerdo o por sentencia judicial, cuando la pretensión es sólo la de ponerle punto final a dicha expectativa, esto es, a los llamados casos de “*disolución*” directa. (Montoya, 2013, pág. 491)

Los cónyuges podrán solicitar la separación de bienes, ya sea por que se configura alguna de las causales que contempla el código civil en el artículo 154 para solicitar la separación de cuerpos y el divorcio. Además, cualquiera de los cónyuges puede alegar las causales del artículo 200 del código civil, para iniciar la separación de bienes.

Dentro de las causales que estipula el artículo 200 del código civil, se encuentran las siguientes: 1) los mismos móviles que autorizan la separación de cuerpos, 2) por haber incurrido uno de los cónyuges en cesación de pagos, quiebra, insolvencia o concurso de acreedores, disipación, juego habitual, administración fraudulenta o descuidada de su patrimonio, que perjudique de forma notoria los intereses del otro cónyuge en la sociedad conyugal.

De lo anteriormente dicho, es necesario hacer algunas precisiones, de las causales que consagra el código civil en el artículo 200, sobretodo en el numeral segundo, el interesado en pedir la separación de bienes, debe aportar si quiera prueba documental ya sea de carácter judicial o administrativo, al menos en los casos de: “*la declaratoria de quiebra, hoy llamada liquidación forzosa, el concurso de acreedores, hoy reestructuración*”

empresarial e insolvencia empresarial y la inhabilidad negocial por disipación”.

(Montoya, 2013, pág. 492)

Se sobreentiende que, del numeral primero admiten cualquier medio probatorio.

Dentro de los efectos de la separación de bienes, se encuentran los siguientes:

- Ninguno de los cónyuges, tendrá parte alguna en los gananciales, que sean fruto de la administración de los bienes del otro.
- Cada cónyuge tendrá su propio patrimonio, sin que uno de ellos pueda exigir o reclamar derecho alguno sobre el patrimonio del otro.
- Una vez se decreta la separación de bienes o los cónyuges de común acuerdo lo hayan decidido, es irreversible.

Los cónyuges podrán acudir ante los defensores de familia, centros de conciliación y notarios, con el fin de, conformar la comunidad conyugal de bienes, sin embargo, dentro de la doctrina existe la tesis en la que sólo se puede conformar la comunidad conyugal de bienes a través de un acta de conciliación, pero no se puede decir lo mismo de la liquidación de dicha comunidad; puesto que, se pensaba que la liquidación se debía realizar por escritura pública o mediante escrito aprobado por el juez o sentencia, debido a que, el acta debía ser registrada.

Pero lo anterior cambió, en virtud del artículo 51 de la ley 1395 de 2010, en la que se instituye que en ningún caso las actas de conciliación requerirán ser elevadas a escritura pública. De no ser por la existencia de normas como esta que se menciona, los interesados

en separarse de bienes y posteriormente liquidar la comunidad conyugal de bienes, debían realizar doble procedimiento.

Más adelante el legislador expidió, la ley 1579 de 2012, en la cual, el artículo 4, expresa que el acta de conciliación en donde se dispone la liquidación y que haga referencia a derechos sobre bienes inmuebles, deberá ser protocolizada mediante escritura pública, la cual debe ser suscrita por el conciliador y las partes. En caso tal, que el acta de conciliación no se refiera a la liquidación de bienes inmuebles no será necesario elevarla a escritura pública.

Para concluir, es importante que los cónyuges que presenten conflictos económicos, acudan a una audiencia de conciliación para dirimir dicho problema, en la medida que *“desaparece la expectativa de afectación patrimonial entre ellos y la consecuente solidaridad que surge frente a terceros por los pasivos comunes”* (Montoya, 2013, pág. 492)

Por otro lado, respecto al tema de la liquidación de la sociedad conyugal, en jurisprudencia reciente, se ha referido al proceso liquidatorio en las siguientes palabras:

Para la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la mera disolución de la sociedad conyugal le pone fin, pues es justo en ese momento cuando queda fijado definitivamente su patrimonio, es decir, sus activos y pasivos. En el interregno hacia la liquidación la sociedad no subsiste porque la liquidación corresponde a simples operaciones aritméticas sobre lo que constituye gananciales, con el fin de establecer que es lo que se

va a distribuir, al cabo de lo cual se concreta en especies ciertas los derechos abstractos de los cónyuges. Es, en suma, “traducir en números lo que hubo en la sociedad conyugal desde el momento mismo en que inició (el hecho del matrimonio) y hasta cuando feneció (disolución); ni más ni menos. Es liquidar lo que acabado está. (Sentencia C-700, 2003)

6.2.9 Separación de cuerpos

De acuerdo al artículo 166 del Código Civil, la separación de cuerpos es procedente cuando se dan las causales del artículo 154^[11] (divorcio) de este código o cuando las partes lo deciden por mutuo acuerdo.

Cuando la separación de cuerpos es por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán indicar el estado en que se encuentra la sociedad conyugal y estipular la duración de la misma, la cual no podrá exceder de dos años, contados a partir de la separación, en el caso de que existan hijos menores de edad, los cónyuges establecerán:

... como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge. En cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos. (Código Civil. Art. 166. Inc. 2)

La separación de cuerpos no disuelve el vínculo matrimonial, pero si suspende la vida en común de los cónyuges, dicha separación es de carácter temporal y no podrá exceder de dos años, pues pasado este término cualquiera de los cónyuges podrá solicitar el divorcio.

Esta limitación de dos años, no vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge separado, tal como lo señala la sentencia C- 746 de 2011, por cuanto es una restricción proporcionada, que no infringe la dignidad ni la autonomía de elegir libre y responsablemente el estado civil, lo que se quiere con este lapso es proteger los intereses de los cónyuges, hijos y de terceros, pero sobre todo la protección integral de la familia, tal como lo señala la corte:

El matrimonio no es un fin en sí mismo, sino una forma de constitución de familia, a la que la Constitución califica de núcleo social fundamental y sujeto de la protección especial del Estado. La disposición demandada -la prolongación por más de dos años de la separación de cuerpos para erigirse en causal de divorcio- apunta a la defensa del matrimonio de las crisis coyunturales que naturalmente lo rodean, disponiendo que la separación de cuerpos sea una oportunidad de reflexión de la decisión definitiva de disolución del vínculo y, a la vez, un tiempo de preparación de los efectos que apareja un virtual divorcio respecto de los hijos, de los bienes sociales, de terceros y de los propios cónyuges, esto es, de la institución familiar que la Constitución privilegia como “núcleo

fundamental de la sociedad”, constituyendo una forma de “protección integral” de la misma. Desde esta perspectiva, encuentra la Corte que la disposición constitucional persigue un fin constitucionalmente válido y declarado por el propio Constituyente (Sentencia C-746, 2011).

Por ende la separación de bienes, es un asunto que debe agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, debido a que se busca con esta figura, que las partes se den un tiempo razonable, para mejorar o terminar la relación, así lo señala Ramírez:

El avenimiento, la reconciliación de la pareja, la conservación de la unidad familiar y la armonía doméstica. Se evita el litigio, en la medida en que la pareja retorna a la vida en común, vuelve a compartir techo, mesa y lecho, preservando el matrimonio (2001, pág. 150).

En otras palabras, la separación de cuerpos brinda la posibilidad a las partes, que se den un tiempo para aclarar las ideas o sentimientos respecto al otro, con el fin de que cuando vuelvan como pareja mejoren la convivencia y la comunicación entre ellos.

Es así que la suspensión de la vida en común de los cónyuges *“pone fin a la obligación de cohabitación o de convivencia bajo el mismo techo...las obligaciones de fidelidad, socorro y ayuda mutua subsisten”*(Gil, 2003, pág. 247).

Para concluir, el proceso de implementación del requisito de procedibilidad, si bien nació en la ley, encontró mayor auge y aceptación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ha tenido un aporte significativo las decisiones emitidas por la Corte Constitucional, pues han dado a conocer cómo ha sido el grado de aprobación de un requisito previo para acudir a la justicia ordinaria, a su vez, cómo este requisito se ha visualizado como una limitante constitucionalmente razonable a la hora de acudir a la justicia y cómo el mismo no es aplicable a todos los asuntos dependiendo el área del derecho, ya que por expresa facultad constitucional concedida al legislador solo es dable agotar el requisito de procedibilidad para los asuntos que la ley taxativamente señale y con los cuales no solo se logre un acceso a la justicia pronto y oportuno, sino también eficaz para todas las personas.

7 CAPÍTULO QUINTO: METODOLOGÍA

7.1 Metodología utilizada en el informe

A continuación, se describirá la metodología utilizada para la recopilación y análisis de los resultados. Este capítulo se encargará principalmente, de describir las técnicas y procedimientos que se utilizaron para la obtención de la información necesaria que permitiera conseguir las conclusiones del trabajo de investigación.

7.1.1 Enfoque de la investigación

Esta investigación tiene un enfoque mixto, en primera medida porque se aplicó el método cualitativo, para analizar la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en algunos asuntos de familia; en segunda medida se empleó el método cuantitativo porque se analizaron las estadísticas de los años 2012 a 2014 correspondientes a la ciudad de Bogotá suministradas por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

7.1.2 Tipo de Investigación

Es una investigación con un estudio descriptivo, ya que buscó analizar, por un lado la constitucionalidad del requisito de procedibilidad, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por el otro el acceso a la justicia a través de la conciliación prejudicial obligatoria en asuntos de familia, durante los años 2012 a 2014, por medio de las estadísticas suministradas por el Ministerio de Justicia en Bogotá.

7.1.3 Población

La población objeto de estudio para esta investigación fueron de dos tipos: la primera son las estadísticas proveídas por el Ministerio de Justicia y del Derecho durante los años 2012 a 2014 en Bogotá, y la segunda son los análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional.

7.1.4 Técnicas de recolección de datos

Se llevó a cabo un análisis documental de la legislación y jurisprudencia (esquemas 4 y 5) para determinar el grado de evolución que frente al tema de estudio se ha presentado.

Además se realizó el análisis de las estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Justicia y del Derecho durante los años 2012 a 2014 en Bogotá

Legislación	Decreto 2272 de 1989 (Jurisdicción de familia)
	Ley 446 de 1998
	Ley 640 de 2001
	Ley 1395 de 2010
	Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso)

Tabla 1. Sentencias sobre conciliación y requisito de procedibilidad.

Ilustración 4. Legislación utilizada en la investigación. Tabulación propia.

C- 160	C- 893	C- 314
C-247	C- 1195	C- 417
C- 248	C-1196	

Nota: Sentencias sobre conciliación y requisito de procedibilidad. Elaboración Propia

Este trabajo investigativo, está realizado con base al análisis documental, ya que para su desarrollo fue necesario buscar documentos de relevancia académica, con el fin de obtener información completa que pudiera ser interpretada para aclarar y dar respuesta al problema de investigación. Es importante señalar que los escritos y los análisis que surgieron como subproducto de la bibliografía utilizada, constituyen herramientas útiles que permitirán al lector indagar sobre la fuente original de los textos y a su vez, ampliar más la temática para desarrollar un criterio personal.

8 CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

8.1 Análisis de las estadísticas de los años 2012 a 2014

El problema planteado dentro de la investigación fue: ¿la conciliación extrajudicial en derecho de familia como requisito de procedibilidad obligatorio, realmente permite el acceso a la administración de justicia?

Para dar respuesta a la anterior preguntase procede a analizar las estadísticas del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Cabe aclarar que las estadísticas que maneja el Ministerio de Justicia y del Derecho, son casos recibidos por los centros de conciliación públicos y privados en Bogotá (consultorios jurídicos universitarios, entidad pública con funcionario habilitado para conciliar, entidades públicas, personas jurídicas sin ánimo de lucro), por lo cual las

entidades como las Comisarias de Familia y las Defensorías de Familia no están incluidas en este análisis.

Esta investigación se basa solo en los asuntos que deben agotar la conciliación prejudicial obligatoria, por ende, el análisis que se hará a continuación se enfocará en estos conflictos: capitulaciones matrimoniales, custodia y cuidado de los menores, declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, dirección conjunta del hogar, disolución y liquidación de la sociedad conyugal, obligaciones alimentarias, rescisión de la partición en las sucesiones, separación de bienes y de cuerpos.

Los asuntos de otros y prevención de violencia intrafamiliar, no deben agotar el requisito de procedibilidad, por cuanto son de libre albedrío de las partes, quienes deciden si concilian o no. Se hace alusión a ellos en esta investigación, porque la base de datos del Ministerio de Justicia y del Derecho los trae a colación, de ahí que estos conflictos sean explicados de manera tangencial, ya que no están relacionados con este trabajo.

Ahora bien, los datos arrojados por las estadísticas fueron planteados en tablas y posteriormente graficados para un mejor análisis, de esta forma, la tabulación cuenta con las siguientes variables:

- Por asunto
- Por tipo de resultado
- Por año

La muestra que se escogió para realizar el análisis de estas estadísticas fueron las solicitudes de conciliación que solicitaron los ciudadanos durante los años 2012 a 2014, en

el área de familia, como se observa en la esquema6, el total de solicitudes que se llevaron a cabo en estos tres años, fue de 31.512, las cuales se encuentran discriminadas por año y tipo de resultado al que se llegó en la audiencia de conciliación.

Tabla 2. Total de solicitudes de los años 2012 a 2014, en familia.

	2012	2013	2014	Total
Parcial	71	54	49	174
Total	5132	7127	8531	20790
No acuerdo	1101	1016	998	3115
Inasistencia	1156	1233	1174	3563
No conciliable	65	12	21	98
Otros	376	140	167	683
Extra conciliación	56	15	13	84
Falta competencia	13	2	1	16
Retiro solicitud	203	156	129	488
Sin terminar	815	914	772	2501
Total	8988	10669	11855	31512

Nota: Total de solicitudes de los años 2012 a 2014, en familia. Elaboración propia. Con base en la información brindada por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Antes de iniciar con el análisis, se debe aclarar que el Ministerio de Justicia y de Derecho, en la división de Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, se manejan dos formas de conflicto (ver esquema 7), que son: asunto con problema jurídico definible y asunto sin problema jurídico definible, el primer grupo tiene una clasificación jurídica establecida, como por ejemplo: familia, laboral, civil, administrativo, etc.; mientras que el segundo grupo no cuenta con una clasificación jurídica, pues son asuntos catalogados por un grupo interdisciplinar de apoyo compuesto por psicólogos, sociólogos, etc.

Cabe aclarar que, los asuntos de familia y familiares, tienden a generar confusión, los primeros son aquellos asuntos que se pueden conciliar y se encuentran consagrados taxativamente en la ley, mientras que los segundos, son aquellas situaciones que se presentan en seno del hogar, pero que no están determinados por la ley y se encuentran dentro de las posibilidades de las partes conciliarlos o no.



Ilustración 5. Clasificación del conflicto. Elaboración propia. Con base en la información brindada por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Respecto al asunto “otros” que se encuentra clasificado en los conflictos familiares, hacen referencia a inconvenientes que se presentan dentro del núcleo familiar y que se desarrollan con ocasión a problemas de convivencia, por ejemplo, el conflicto que a veces se presenta dentro de una familia con relación a quien de los padres o hijos le corresponde realizar el aseo del hogar, la falta de comunicación entre los miembros de la familia, etc., o también puede ser que se refiera a conflictos que se suscitan debido al mal uso de los productos alimenticios o de aseo personal que algún integrante de la familia hace, es decir, si alguno de los cónyuges emplea el shampoo o la crema de su pareja o si son varias

familias en un inquilinato se presentan problemas de aseo, mercado, baño, préstamo de ropa, entre otros.

Estos asuntos “otros” señalados en las gráficas, también pueden ser aquellos asuntos que por su naturaleza son conciliables (esquema 8) pero que como tal no tienen una clasificación jurídica definida, en el área de familia son esos problemas que se pueden encontrar en el hogar; o pueden ser aquellos asuntos que la ley no establece como prerequisite conciliar sino que lo deja al libre albedrío de las partes hacerlo, en estos se encuentran: permiso de salida del país a un menor, solicitud de herencia, entre otros.



Ilustración 6. Listados de conflictos que no cuentan con una clasificación jurídica y que pueden ser atendidos a través de una audiencia de conciliación. Elaboración propia.

Con base en la información brindada por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

También se puede observar que las personas acuden a la conciliación a solucionar sus problemas aun cuando estos asuntos no deben agotar el requisito de procedibilidad, pues prima la voluntad de las partes acudir a una conciliación para solucionar el inconveniente en la familia.

Hoy por hoy, no es conciliable la violencia intrafamiliar, pues es un asunto netamente de carácter penal, porque afecta y vulnera los derechos constitucionales fundamentales de un ser humano, de ahí la existencia del término “prevención de violencia intrafamiliar” la cual busca encontrar el origen del conflicto antes de que lleguen a la violencia, como se evidencia en las gráficas, este asunto no es muy solicitado por la sociedad pero si es conciliable, aunque es muy difícil restablecer los lazos familiares cuando estos están o ya han sido maltratados, además la legislación colombiana no establece que en casos de violencia se deba agotar la conciliación, por eso esta figura es procedente antes de que se origine la violencia intrafamiliar en el hogar.

De acuerdo con la tesis de la abogada Marta Benavides, sobre los *“alcances, límites y proyecciones de la intervención de conciliadores en equidad en el conflicto familia en Bogotá”*, cuando se presente violencia intrafamiliar, las entidades que pueden intervenir son el ICBF, Comisarias de Familia, la Policía, Ministerio Público y Fiscalía, para ello se trae a colación la tabla 3, donde Benavides cita el procedimiento que debe seguir cada entidad cuando se presenta violencia intrafamiliar. (Benavides, 2015, pág. 23)

Tabla 3. Remisión a entidades cuando se presenta violencia intrafamiliar

Entidad	Servicio que prestan
Comisaría de Familia	<p>Recepciona los casos solo cuando estas violencias se ven en un contexto intrafamiliar y orientan a las victimas sobre las acciones legales a instaurar. Practica rescates para darle fin a una situación de peligro para niñas, niños y adolescentes. Remiten a salud para la atención integral en caso de urgencia. Reciben la denuncia.</p> <p>Remiten de oficio el caso a la fiscalía, dictan medidas de protección. Remiten a casas refugio. Dictan medidas de restablecimiento de derechos en favor de niñas, niños y adolescentes.</p>
Policía Nacional	<p>Actúa de manera inmediata para garantizar los derechos de las víctimas y poner el caso en conocimiento de la Fiscalía, Comisaría de Familia o ICBF. Orienta sobre las acciones a seguir.</p> <p>Recepciona denuncias a través de la policía judicial , remiten a salud, ICBF y Comisaría de Familia</p>
Fiscalía	<p>Recepciona denuncias sobre delitos sexuales y violencia intrafamiliar. Atienden 24 horas (URI) remiten al ICBF y a salud.</p> <p>Solicita dictamen a medicina legal. Orientan a la víctima.</p>

ICBF	<p>Recepciona los casos donde la victima sea un niño, niña y/o adolescente, cuando la violencia se dé fuera del contexto familiar.</p> <p>Verifican la garantía de derechos. Remiten a salud para atención integral y en casos de urgencia. Remite a la fiscalía. Dicta medidas de restablecimiento de derechos.</p>
Salud	<p>Brinda atención integral gratuita a través de la red de salud pública. Elabora la historia clínica. Orientan y ponen los casos en conocimiento de la fiscalía. Ordenan exámenes y controles para la continuación del tratamiento médico de ser necesario. Garantiza la recolección de evidencias y la cadena de custodia. Brindan atención en crisis y tratamiento integral y medicamentos cuando el caso lo amerite. Incluye la anticoncepción de emergencia y la interrupción voluntaria del embarazo IVE. Practican exámenes de diagnóstico de infecciones de transmisión sexual y VIH SIDA</p>

Nota: Remisión a entidades cuando se presenta violencia intrafamiliar. Tomado de la tesis de Martha Benavidez que a su vez fue tomado de Consejo Distrital para la atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar y violencia y explotación sexual (2014). Recuperado de [HTTP: // www.integración social.gov.co/index](http://www.integraciónsocial.gov.co/index)

Como se observa la tabla 3 señala cual es el funcionamiento de cada entidad cuando se presenta violencia intrafamiliar, para proteger los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes o demás miembros de la familia que han sido vulnerados, de ahí se desprende

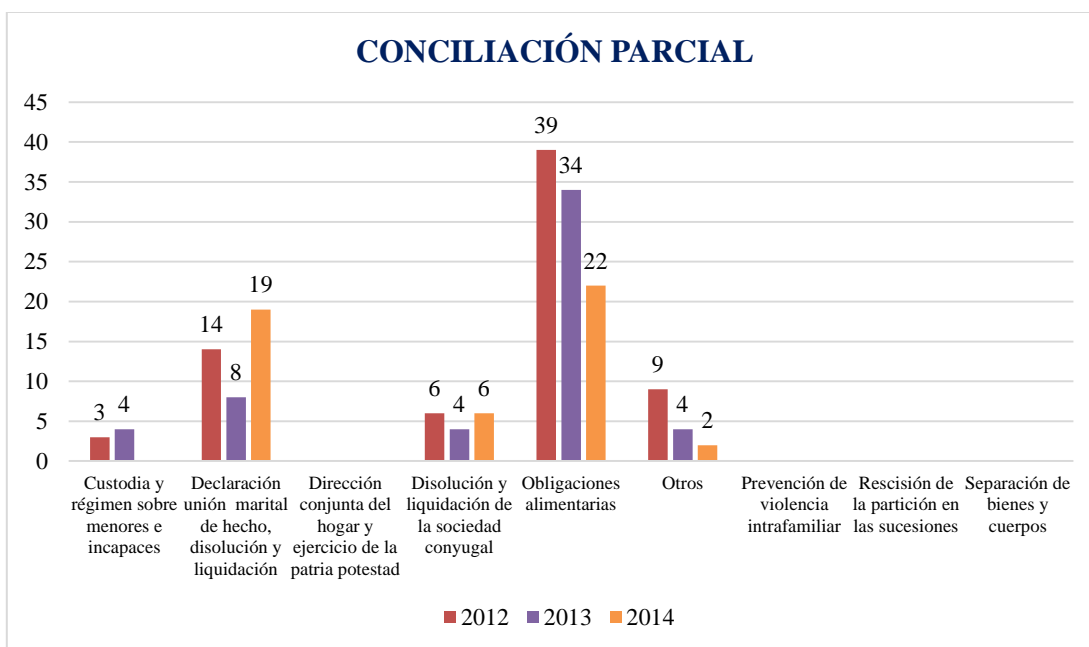
que la víctima no debe agotar la conciliación prejudicial obligatoria cuando se presente este caso, por ende puede acudir directamente a la justicia formal.

Es menester tener en cuenta que, los asuntos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria dejaron de ser asuntos querrelables y desistibles, tal como lo consigna el artículo 1 de la ley 1542 de 2012, la cual reforma el artículo 74 de la ley 906 de 2004 (C.P.P.)

En cuanto los asuntos en que se debe agotar la conciliación, es proporcional, puesto que asuntos como capitulaciones matrimoniales, dirección conjunta del hogar, rescisión de la partición en las sucesiones, no son muy acudidos por la población; mientras que los asuntos de custodia y cuidado de los menores, declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, alimentos, son los asuntos más exigidos por la comunidad, entretanto los asuntos de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, separación de bienes y de cuerpos se encuentran en un punto medio, junto con los asuntos otros.

Para el análisis de las gráficas se optó por separar el resultado de la conciliación (acta de conciliación, constancias y otros) por asunto y por año.

8.1.1 Por tipo de resultado, por asunto y por año



Gráfica 1. Conciliación Parcial. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

Frente a la conciliación parcial, el asunto de custodia y régimen sobre menores e incapaces, no ha tenido mayor concurrencia en los últimos años (2012 a 2014) como se puede observar en la gráfica, existe una relación simétrica en los años 2012 a 2013, mientras que en el año 2014 este asunto no tuvo ninguna conciliación, esto por cuanto los derechos de los menores e incapaces son derechos relevantes y prevalecen frente a los demás derechos, por ende a la hora de resolver conflictos familiares donde se involucre un menor, los padres deciden asistir a una audiencia de conciliación con conciliadores

especializados en el área de familia, quienes les pueden ayudar y orientar mejor a la hora de tomar las decisiones, como por ejemplo el ICBF.

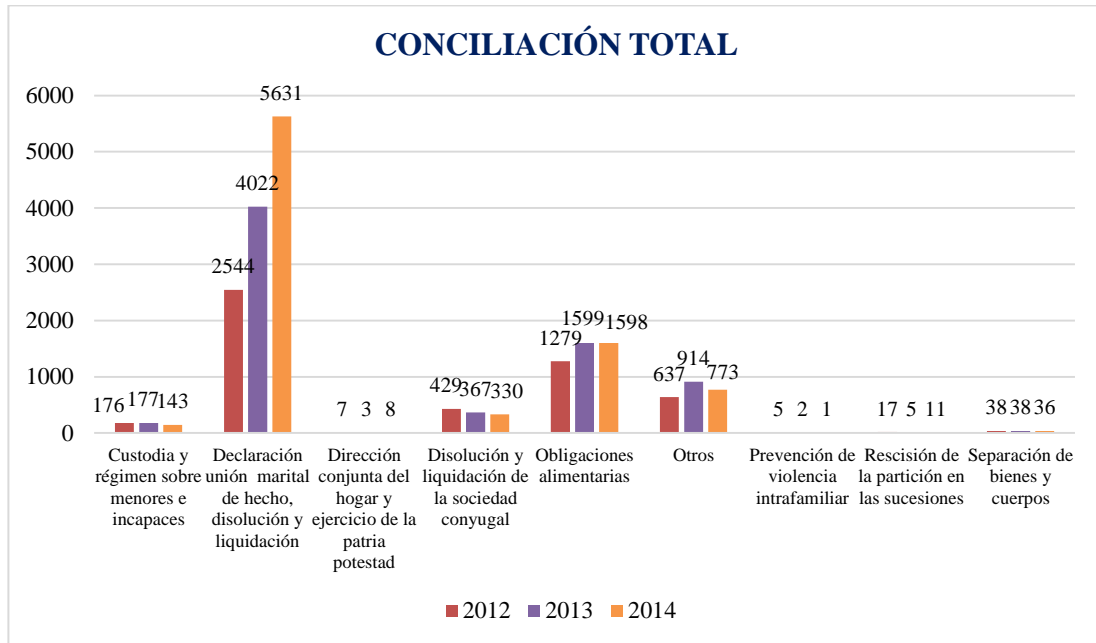
Respecto a la declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, la conciliación tiende a aumentar en los años 2012 y 2014, pero en el 2013 se logra evidenciar un dato menor frente a los demás años.

Acerca del asunto de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, ha mantenido un promedio estable, porque no ha cambiado notablemente el número de casos que llegan a una conciliación parcial de un año a otro.

Concerniente al tema de obligaciones alimentarias, la conciliación parcial ha disminuido considerablemente, como se puede observar en la gráfica para el año 2012 se llegaron a 39 conciliaciones y en lo que transcurrió en el año 2014, fueron 22.

Con referencia al asunto otros, se presenta el mismo fenómeno del conflicto anterior, es decir, la conciliación tiende a disminuir en este tipo de resultado, siendo hasta el año 2014 el más bajo frente a los otros dos años.

Mientras que los asuntos de dirección conjunta del hogar y el ejercicio de la patria potestad, rescisión de la partición en las sucesiones, separación de bienes y de cuerpos, capitulaciones matrimoniales y prevención de violencia intrafamiliar, fueron asuntos que no llegaron a una conciliación parcial.



Gráfica 2. Conciliación Total. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

Como se puede detallar en la gráfica, el asunto de capitulaciones matrimoniales no se encuentra tabulado porque no hubo conciliación al respecto.

Ahora bien, el asunto de custodia y régimen sobre menores e incapaces hasta el año 2013 era proporcional el uno frente al otro, sin embargo en el 2014 bajó notoriamente, en total las conciliaciones que llegaron a este tipo de resultado desde el año 2012 a 2014, fueron 496.

Sobre la declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, la conciliación tiende a aumentar cada vez, como se puede apreciar en la gráfica las parejas

prefieren resolver este asunto por la vía de la conciliación, el total de las conciliaciones llevadas a cabo en este asunto es de 12197.

El asunto de dirección conjunta del hogar y el ejercicio de la patria potestad, la conciliación es relativa, concretamente se aprecia una oscilación en estos temas, por cuanto en el 2012 se concilió en su totalidad 7 casos, mientras que en el 2013 tan solo 3 y de ahí ascendió a 8 asuntos para el año 2014.

Respecto al asunto de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la conciliación va en descenso, tal como lo muestra la gráfica tuvo un gran auge en el 2012 pero al llegar al 2013 y 2014 disminuyó proporcionalmente.

En el asunto de obligaciones alimentarias, la conciliación va en acrecentamiento, como se puede ver en el año 2012 se llevaron a cabo 1279 conciliaciones, en tanto que en los años 2013 y 2014, la diferencia es un caso, esto por cuanto este asunto se presenta cotidianamente en la sociedad, sea para fijar la cuota, aumentarla, disminuirla o exonerarla, como se ve, son diferentes circunstancias que hacen que la cuota alimentaria cambie, lo que origina un nuevo acuerdo conciliatorio.

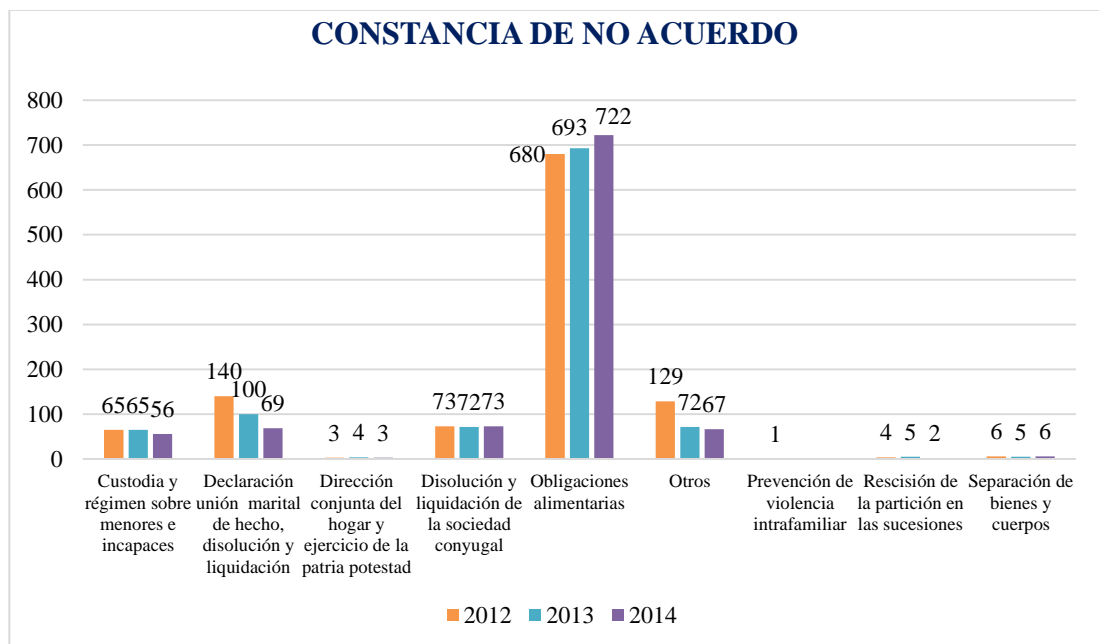
Frente al asunto otros la tendencia varia, porque las conciliaciones no son estables, ya que en el año 2012 se presentaron 637 conciliaciones, en el año 2013 aumentó el número de conciliaciones y en el 2014 volvió a reducir la cifra.

En cuanto a la prevención de violencia intrafamiliar, este asunto no es muy solicitado a la hora de conciliar, ya que una vez se presente violencia intrafamiliar en el hogar, la parte afectada puede acudir directamente a la entidad competente para darle solución al problema, no obstante, antes de que se produzca el maltrato físico, psicológico o

moral en alguno de los miembros, la o las partes pueden decidir buscar ayuda para que la controversia presente no tenga efectos nocivos.

Al mismo tiempo la rescisión de la partición en las sucesiones, tampoco es un asunto que se presente continuamente en la sociedad, ya que para que se produzca la rescisión debe tratarse de un patrimonio por así decirlo considerable, pues así se determinaría fácilmente la lesión enorme y tal como lo demuestra la gráfica este asunto varia y no sobrepasa las veinte conciliaciones en cada año.

La conciliación en el asunto de separación de bienes y de cuerpos fue estable en los años 2012 a 2014. En resumen el asunto que más conciliaciones totales tuvo fue el de declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación.



Gráfica 3. Constancia de No Acuerdo. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

Sobre las capitulaciones matrimoniales como se ha visto en los anteriores resultados de la conciliación, no es un asunto relevante ni solicitado por la sociedad, por lo cual su porcentaje es de 0%.

Con base en la información dada en la gráfica en los años 2012 a 2013, la conciliación es proporcional en el asunto de custodia y régimen sobre menores e incapaces, en cambio en el 2014, el número de conciliaciones bajo a 56.

De igual forma la declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, tiene tendencia a disminuir, es decir, que las partes que acuden a este tipo de conciliaciones prefieren llegar a un acuerdo o se puede presentar otra situación.

Conforme a la gráfica el asunto de dirección conjunta del hogar y ejercicio de la patria potestad, su tendencia es escasa, es decir, que este asunto no es muy concurrido por la sociedad y una pequeña parte que acude a conciliar este asunto, no concilia por diferentes motivos.

Mientras que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la población que no llega a un acuerdo durante la conciliación es proporcional en los tres años (2012 a 2014), es decir existe una línea constante en estos periodos en lo referente a no conciliar este asunto.

En discrepancia a lo anterior las obligaciones alimentarias no tienden a disminuir, sino que al contrario aumentan formidablemente, para ilustrar mejor esto, se puede decir que durante estos tres periodos no se han conciliado 2095 conflictos, por ende la

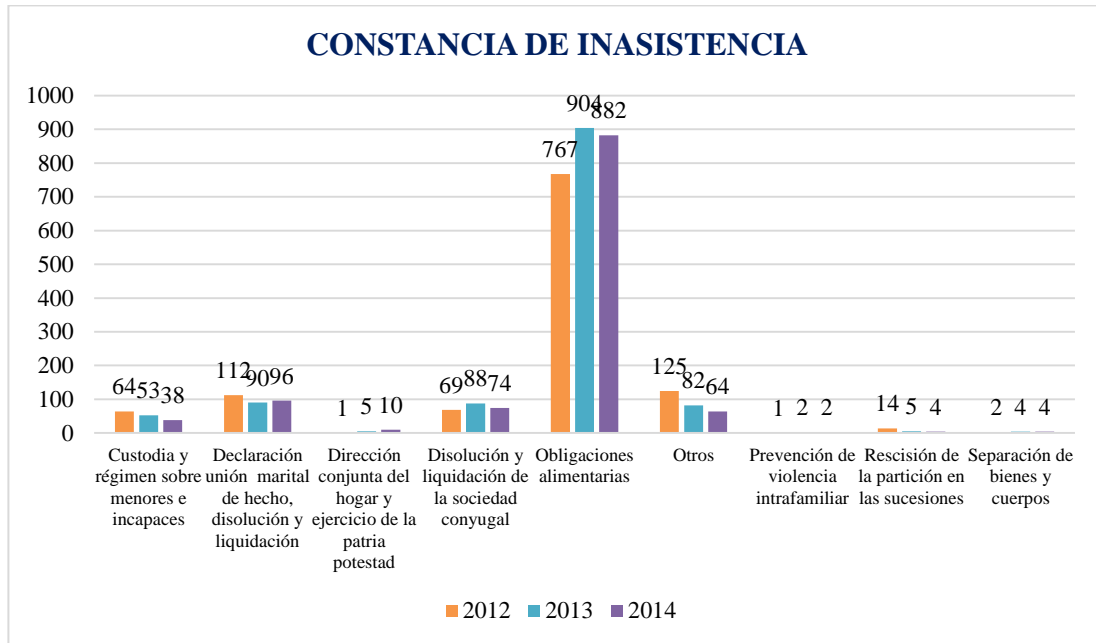
competencia radica en el juez de familia, a menos que las partes decidan hacer otra conciliación.

Los asuntos otros continúan con el comportamiento de los demás asuntos, o sea, va en declinación cada vez más, como se observa en la gráfica en el año 2012 no se conciliaron 129 casos, en tanto que en el 2014 no se llegaron a conciliar 67 casos, con un total de 268 casos no conciliados en estos tres años.

Junto a este asunto se encuentra la prevención de violencia intrafamiliar, que también maneja un rango pequeño de no conciliación, pues el único caso que no se concilió fue en el 2012, puesto que los demás no presentan conciliaciones, esto por lo explicado antes en la parte de conciliación total.

En el caso de la rescisión de la partición en las sucesiones, sigue el mismo patrón que la mayoría de asuntos, en pocas palabras son muy pocos los asuntos en este conflicto que no llega a un acuerdo, debido a que no es muy solicitado por la población.

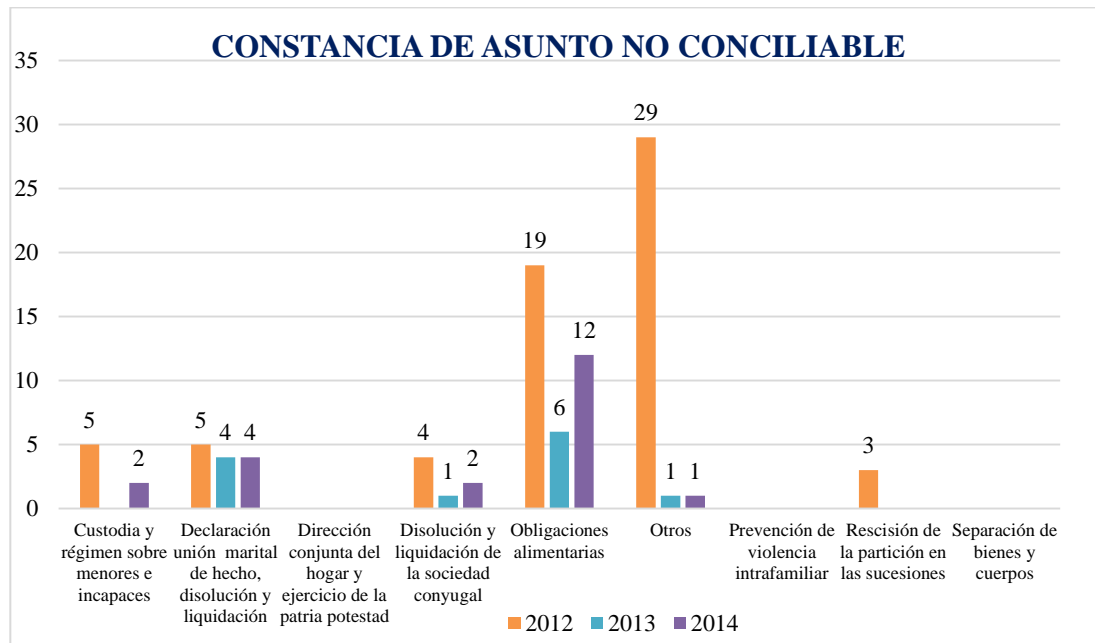
Y por último, encontramos el asunto de separación de bienes y de cuerpos, con un promedio casi estable durante los tres años (2012-2014). En conclusión el asunto al que más llega a un no acuerdo por parte de los familiares es el de obligaciones alimentarias seguido de la declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación.



Gráfica 4. Constancia de Inasistencia. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

El total de constancias de inasistencia en los asuntos de familia en los años 2012 a 2014 fue de 3536, con mayor trascendencia en obligaciones alimentarias que tuvo 2553 casos, seguido del asunto de declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación con 298 casos, el asunto otros con 271 casos, disolución y liquidación de la sociedad conyugal con 231 solicitudes, mientras que los asuntos con menos inasistencia fueron: prevención de violencia intrafamiliar, separación de bienes y de cuerpos, dirección conjunta del hogar y el ejercicio de la patria potestad, rescisión de la partición en las sucesiones y custodia y régimen sobre menores e incapaces.



Gráfica 5. Constancia de Asunto no Conciliable. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

En los asuntos de capitulaciones matrimoniales, dirección conjunta del hogar y el ejercicio de la patria potestad, prevención de violencia intrafamiliar y separación de bienes y de cuerpos, no presentaron solicitudes de asuntos no conciliables.

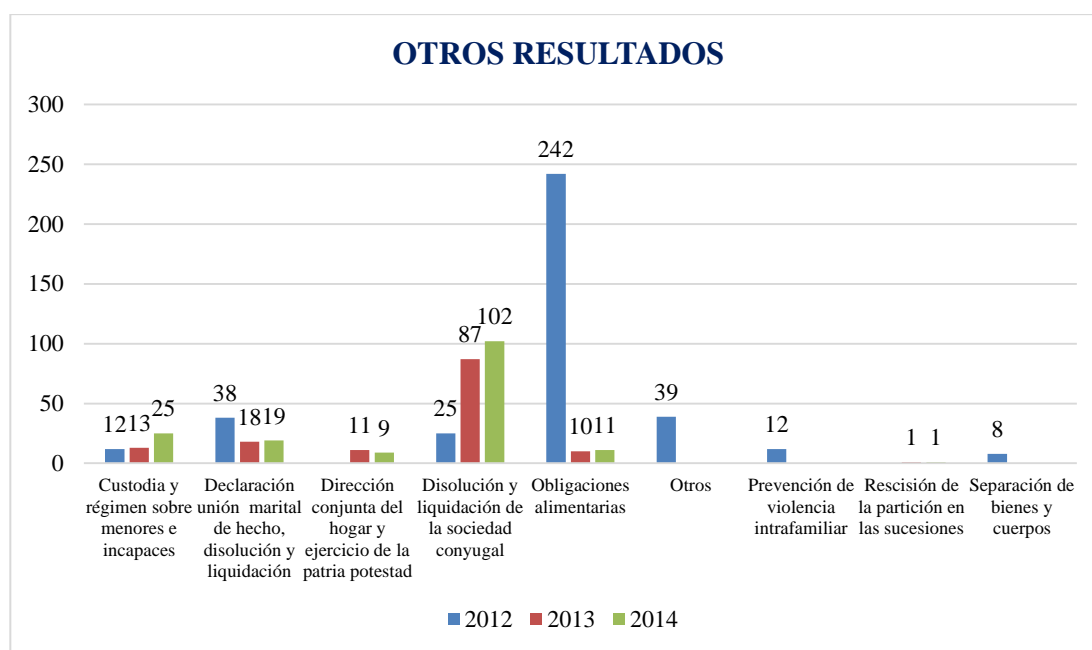
Por su parte el asunto de obligaciones alimentarias en este tipo de resultado, fue variable, ya que en el año 2012 presentó 19 casos, en el 2013 disminuyó a 6 y en el 2014 aumentó a 12 casos que terminaron con asunto no conciliable, para un total de 37 casos.

El asunto de otros presentó un aumento en el año 2012, con 29 casos no conciliables, en tanto que los demás años solo tuvieron 1 caso, seguido de la declaración de

la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, que tuvo 13 casos, en los tres años de manera simétrica.

Los asuntos de custodia y régimen sobre menores e incapaces y disolución y liquidación de la sociedad conyugal, presentaron una proporcionalidad en los tres años, por cuanto llegaron a este tipo de resultado 7 casos, cada uno.

Las gráficas siguientes comprenden el asunto de “otros resultados”, (sin terminar, acuerdo extra conciliación, falta de competencia, retiro de solicitud),



Gráfica 6. Otros Resultados. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

De acuerdo con la gráfica, el asunto de custodia y régimen de visitas sobre menores e incapaces presentó 50 casos, de los cuales hubo una proporcionalidad en los años 2012 y 2013, pero en el 2014, se desplegó un aumento de solicitudes de conciliación que terminaron como otros resultados.

Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, tuvo un total de 75 solicitudes de conciliación, de las cuales el mayor número de casos que terminaron con este resultado se presentó en el año 2012, mientras que en los demás años hubo una similitud.

Dirección conjunta del hogar y ejercicio de la patria potestad, no presentó este resultado en el año 2012, ya en el 2013 contó con 11 casos y el 2014, 9 solicitudes de conciliación que terminaron así.

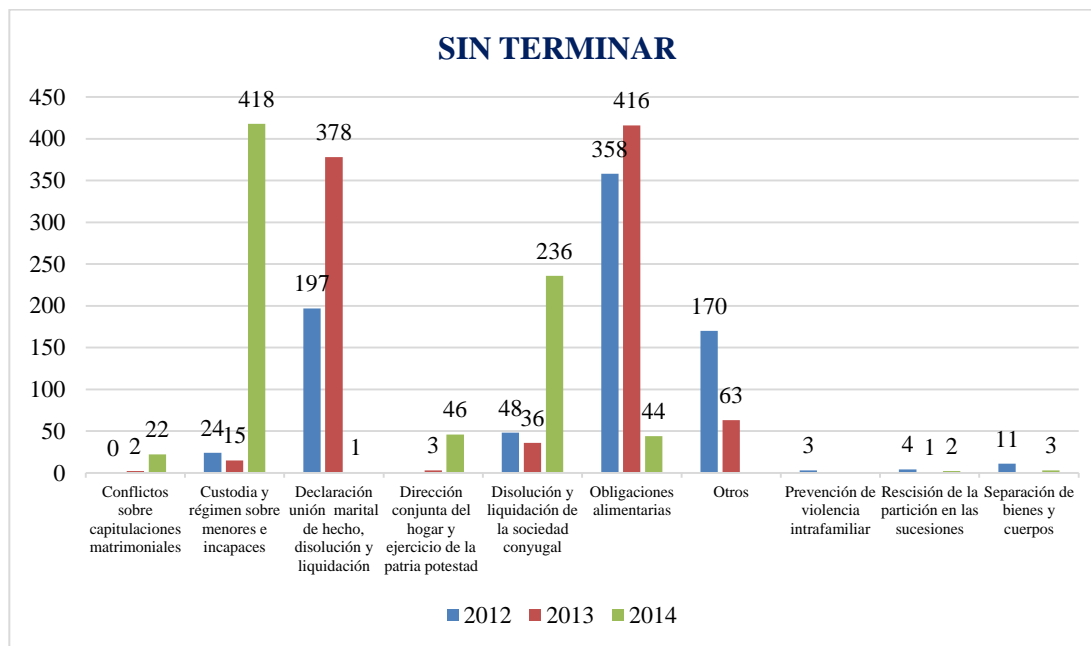
Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, mostró un aumento significativo en los últimos tres años, con un total de 214 casos.

Obligaciones alimentarias tuvo gran incidencia en el año 2012 con 242 casos, en tanto que los años 2013 y 2014, obtuvieron una similitud en el número de solicitudes de conciliaciones.

Prevención de violencia intrafamiliar, contó con 12 casos en el año 2012, puesto que en los años 2013 y 2014 no se presentaron solicitudes de conciliación que terminaran con este resultado.

Rescisión de la partición en las sucesiones, con una igualdad de casos en los años 2013 y 2014, puesto que en el 2012 no hubo solicitud de conciliación que terminarán con este

resultado, respecto al asunto de separación de bienes y cuerpos, solo se dieron 8 casos en el 2012.



Gráfica 7. Sin Terminar. 2012-2014.

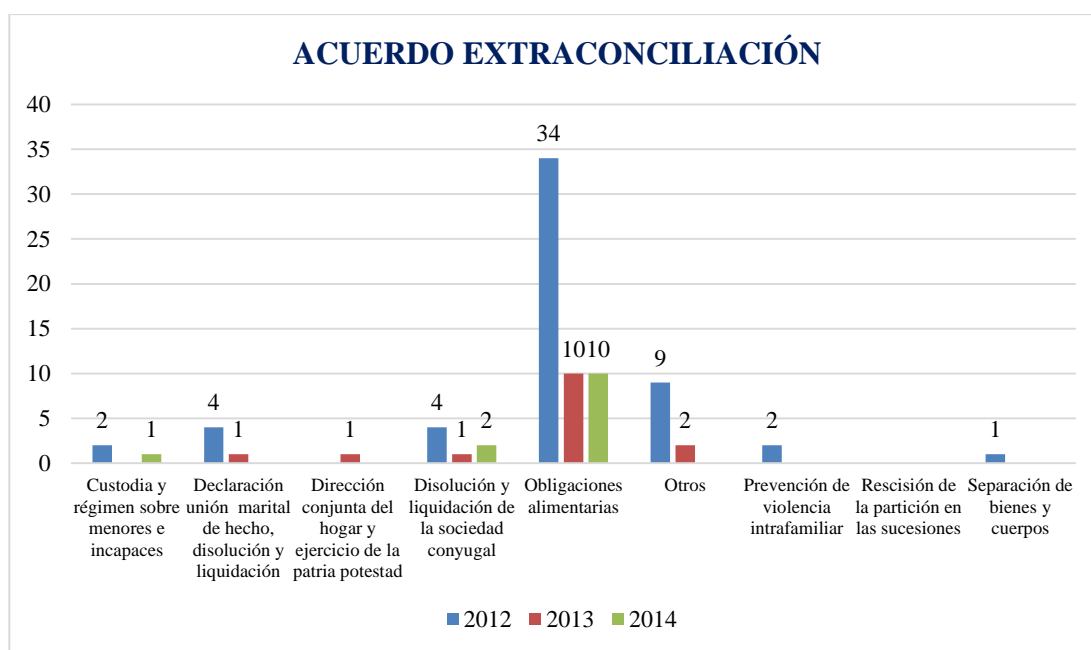
Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

La gráfica sin terminar, hace alusión a las conciliación es que no reportaron el resultado final en su momento por el centro de conciliación correspondiente.

El comportamiento de las conciliaciones en este tipo de resultado es constante en los últimos años, siendo presidida por las obligaciones alimentarias con 818 casos, seguida de la declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación con 576, luego con 457 casos se encuentra el asunto de custodia y régimen sobre menores e incapaces.

En cuanto al asunto de otros, aumentó en el año 2012, mientras que en el 2013 disminuyó, contrario sensu sucedió en el 2014, que no presentó ningún caso; simultáneamente a este, se encuentra el asunto de disolución y liquidación de la sociedad conyugal con 320 casos que no se sabe cómo terminaron.

Sin embargo, los asuntos de prevención de violencia intrafamiliar, rescisión de la partición en las sucesiones, separación de bienes y de cuerpos y conflictos sobre capitulaciones matrimoniales, no sobrepasaron los 25 casos cada uno.

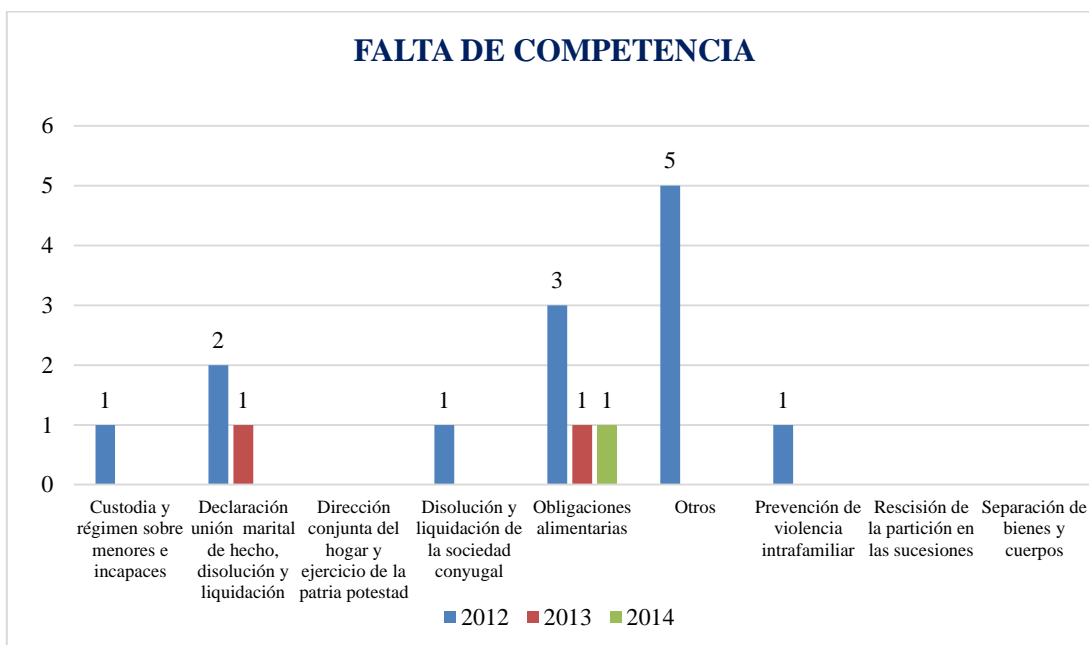


Gráfica 8. Acuerdo Extra conciliación. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

El acuerdo extra conciliación, hace referencia a que las partes concilian sus diferencias fuera de la audiencia de conciliación, como se observa en la gráfica, hubo más solicitudes de conciliación frente al asunto de obligaciones alimentarias con 54 casos durante los tres años, seguido por el asunto de otros con 9 solicitudes en el 2012.

Los demás asuntos presentan una similitud relativa en cuanto a las solicitudes de conciliación.



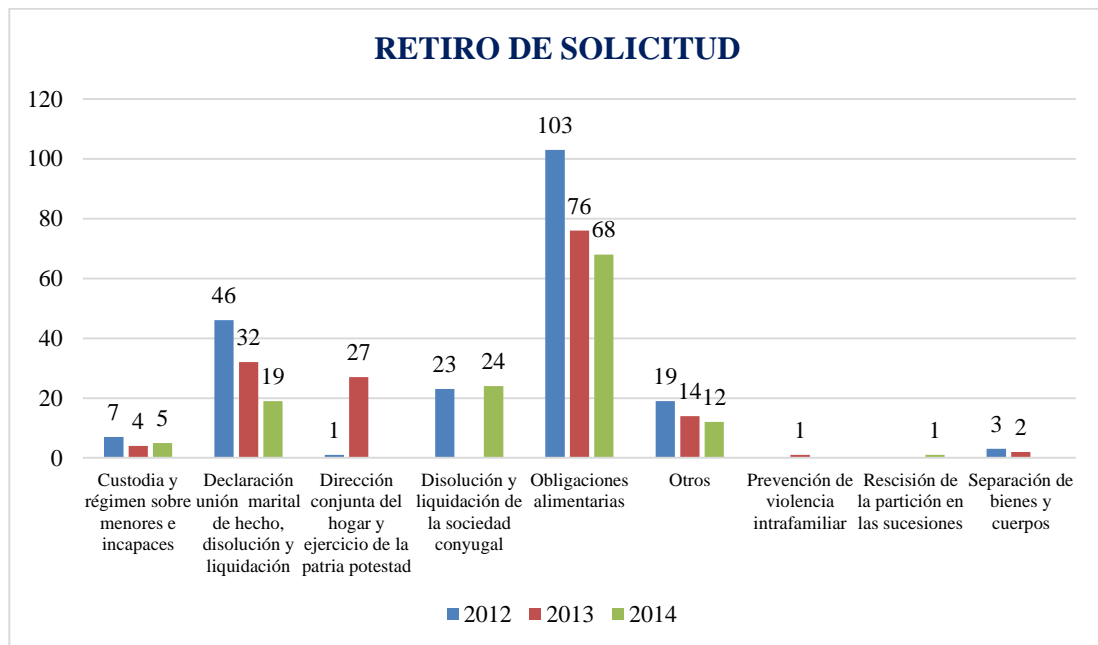
Gráfica 9. Falta de Competencia. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

Como se observa en la gráfica existe una similitud en el año 2012 entre los asuntos de custodia y régimen sobre menores e incapaces; declaración unión marital de hecho,

disolución y liquidación; disolución y liquidación de la sociedad conyugal; y prevención de violencia intrafamiliar, los cuales no se pudo celebrar la audiencia de conciliación por falta de competencia.

Y en el asunto de obligaciones alimentarias en el año 2012 tuvo 3 casos que no eran competencia de los conciliadores, mientras que en el 2013 y 2014, se presentó 1 caso por cada año; en lo referente al asunto otros se dieron 5 asuntos que no podían ser llevados por los centros de conciliación por falta de competencia en el año 2012, en los demás periodos no se dió este problema.



Gráfica 10. Retiro de Solicitud. 2012-2014.

Fuente: Ministerio de Justicia. Elaboración propia

Frente a este tipo de resultado se cancelaron 488 solicitudes de conciliación durante los tres años, en el asunto de custodia y régimen sobre menores e incapaces, se desistieron 16 solicitudes de manera proporcional en los años 2012 a 2014.

A cerca de la declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, las solicitudes canceladas fueron 97, el 2012 fue el año en que más solicitudes se cancelaron, en tanto que en el 2013 se disminuyó a 32 solicitudes y en el 2014, se anularon 19 invitaciones.

El asunto de dirección conjunta del hogar y el ejercicio de la patria potestad, se desistieron 27 solicitudes en el año 2013, ya que en el 2012 solo se canceló 1 invitación, y en el 2014 no presentó cancelación alguna.

Respecto al asunto de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, en el año 2013 no se cancelaron solicitudes, pero en el 2012 y 2014, hubo un promedio general de solicitudes desistidas.

Concerniente al tema de obligaciones alimentarias, las solicitudes canceladas fueron en decadencia, en el sentido de que en el 2012 se cancelaron 103 solicitudes, en el 2013 disminuyó a 76 y en el 2014 a 68 solicitudes.

Mientras que el asunto otros, tiende a disminuir con los años, como se observa en la gráfica en el 2012 se presentó 19 cancelaciones, el 2013 y 2014 es relativamente proporcional al número de solicitudes canceladas, con un total de 26 casos.

Los demás asuntos (prevención de violencia intrafamiliar, rescisión de la partición en las sucesiones y separación de bienes y cuerpos) cancelaron 7 solicitudes durante los tres años.

De las anteriores gráficas se puede evidenciar que:

Como se pudo observar en las gráficas, de 31512 solicitudes de conciliación en los años 2012 a 2014, se puede determinar que 20790 audiencias de conciliación llegaron a un acuerdo total, de ahí se desprende que 12197 fueron de la declaración de la unión marital de hecho, su disolución y liquidación, en tanto que 4476 de obligaciones alimentarias, los demás asuntos llegaron a este resultado con 4117 conciliaciones.

Mientras que 3115 audiencias de conciliación no llegaron a ningún acuerdo durante estos años, de los cuales 2095 fueron de obligaciones alimentarias.

En cuanto a la conciliación parcial en este periodo de tiempo (2012 a 2014) 174 solicitudes llegaron a este resultado, mientras que 98 solicitudes de conciliación no se llevaron a cabo por que el asunto a tratar no era conciliable.

En el tema de inasistencia se puede observar que las partes o una de ellas aun no entienden la importancia de la conciliación, como se logra apreciar en la gráfica 3563 solicitudes durante los tres años, no se realizaron porque una o ambas partes no acudieron a la audiencia de conciliación.

Por su parte 3772 solicitudes de conciliación, terminaron en otros resultados, ya sea otros, sin terminar, acuerdo extra conciliación, falta de competencia, retiro de solicitud, durante los años 2012 a 2014.

En síntesis, de 31512 solicitudes de conciliación 20964 llegaron a un acuerdo parcial o total, mientras que 10548 tuvieron otro resultado (no acuerdo, inasistencia, no conciliable u otros resultados), como se evidencia es mayor el número de solicitudes que tienden a llegar a un acuerdo conciliatorio.

De lo anterior se infiere que, la conciliación prejudicial obligatoria, permite el acceso a la justicia a la ciudadanía sin importar su condición económica, por cuanto posibilita que ellos mismos resuelvan el conflicto con ayuda de un conciliador, quien les indicara las ventajas y oportunidades de resolver la desavenencia por este mecanismo.

Como se determinó en las gráficas la mayoría de los ciudadanos llegan a un resultado beneficioso para ambas partes y en esa medida se podría decir, que se evitaron 20790 casos a la jurisdicción ordinaria, puesto que las conciliaciones que terminaron parcialmente pueden acudir al órgano judicial para dar solución al conflicto que no se logró conciliar, es decir 174 casos durante los tres años analizados.

Se presume que 10722 casos no conciliados o terminaron en otros resultados, acudieron a la justicia formal para que el juez sea el encargado de poner fin a la controversia presente, de acuerdo a las estadísticas suministradas por el Ministerio de Justicia y del Derecho durante los años 2012, 2013 y 2014.

9 CONCLUSIONES

- Colombia ha sido uno de los países que está implementando en su ordenamiento jurídico los MASC, como una opción para descongestionar el aparato judicial, de ahí que la ciudadanía acceda a estos mecanismos para reclamar una justicia verdadera, pronta y oportuna, que permita a la comunidad proteger sus derechos e intereses, en medio de una problemática aguda como lo es la congestión judicial en donde el Estado se encuentra rezagado para atender el alto número de demandas que colapsan los despachos judiciales.
- Como bien se anotó antes, debido a la existencia de obstáculos y dificultades que posibilitan la actual mora judicial, la protección constitucional que otorga el Estado a las familias se ha visto perjudicada, ya que se observa que la Rama Judicial carece de la suficiente capacidad para atender todos los problemas que se pueden llegar a manifestar dentro del núcleo familiar, lo que significa que dichos conflictos no sean dirimidos en un tiempo determinado.
- La conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, no pretende eliminar la justicia formal del Estado, sino por el contrario, lo que procura es mejorar el acceso a la justicia a todas las personas, armonizando el sistema judicial y los mecanismos alternos de solución de conflictos.

- De la misma manera, la conciliación prejudicial en derecho como requisito sine qua non, es una herramienta que busca garantizar el acceso a la justicia a toda la población; promover la participación de los individuos en la solución de sus diferencias; estimular la convivencia pacífica; facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y descongestionar los despachos judiciales.

- Es significativa la importancia que, tiene la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad en materia de familia, porque permite a los padres discutir asuntos que tengan relación directa con sus hijos, además facilita el diálogo sobre el futuro de ellos como pareja y como padres, con el propósito de brindarles un hogar tranquilo a los menores, donde ellos puedan crecer en un ambiente adecuado que posibilite el desarrollo integral y personal de los mismos, por esta razón, es fundamental destacar el procedimiento en el cual se desarrolla la audiencia de conciliación, en donde el conciliador tiene la obligación de velar por los derechos del menor, pues como se afirmó en otros apartes de esta investigación, los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes son de carácter prioritario y prevalecen frente a los derechos de los demás.

- Por otra parte, para que la conciliación extrajudicial en derecho en el área de familia pueda lograr sus objetivos, es imperioso crear conciencia ciudadana, es decir, que se fomente la cultura del diálogo y el respeto, esto con el fin de, orientar a las partes para que puedan mejorar sus relaciones interpersonales por ellos mismos.

- La conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad no constituye una barrera que impida a los particulares resolver sus conflictos ante la administración de justicia, simplemente es una limitación temporal razonable que implementó el legislador, para que las partes con ayuda de un tercero neutral, busquen la mejor salida al conflicto familiar, puesto que son problemas muy personales e íntimos donde las partes pueden llegar a negociar, dejando a un lado sus intereses y velar por la protección de los derechos de los menores.
- Se comprende que, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad no desplaza la justicia formal, por cuanto se trata de otro tipo de mecanismos que facilitan acceder a la justicia, además si los particulares no logran llegar a un acuerdo, podrán acudir a la justicia ordinaria, ya que se entiende que agotaron la vía de la conciliación.
- Como se pudo observar en el análisis de las estadísticas, la conciliación extrajudicial en derecho de familia, ha apoyado en la solución de los conflictos de familia, por cuanto la mayoría de la población llega a un acuerdo, ya sea total o parcial, lo que permite resolver el conflicto fácilmente y en poco tiempo.
- Como argumento propositivo de este trabajo investigativo, sería prudente impartir opciones pedagógicas como conferencias, talleres y foros de participación sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, lo cuales se pueden llevar a cabo

en las instituciones educativas, espacios abiertos, en las comunidades o barrios, esto con el fin de divulgar y dar a conocer sobre estos mecanismos de acceso a la justicia a todos los ciudadanos. Para ello, es necesario la colaboración y el trabajo mancomunado del Ministerio de Justicia y del Derecho, las Alcaldías locales y municipales y demás entidades públicas y privadas, para que por medio de asistencia no solo económica sino también de personal y talento humano; se logre llegar a sectores de la sociedad que desconocen de la utilidad de los MASC en el sistema judicial colombiano.

- Adicionalmente, lo que se busca con la implementación de una política pública de pedagogía de los MASC, es una mejor cualificación del personal que lleve a cabo funciones de conciliador ya sea en derecho o en equidad. Lo anterior porque, se hace importante capacitar mejor sobre técnicas de negociación y persuasión, esto con el propósito de brindar un mejor servicio u orientación dentro de la audiencia de conciliación.
- Realizar un seguimiento de manera más precisa de las actas de conciliación (derecho y equidad), ya que es importante conocer si las actas de conciliación se cumplen o no.

10 NOTAS

^[1]Decreto 2272 de 1989. Modificado por la ley 25 de 1992 y por la ley 1306 de 2009.

Derogado por la ley 1564 de 2012, artículo 626, literal c.

^[2]Ley 446 de 1998. Derogada parcialmente por la ley 552 de 1999, por el decreto 1122 de 1999, por la ley 1107 de 2006, por la ley 1437 de 2011, por la Ley 1563 de 2012 y por la Ley 1564 de 2012. Modificada por la ley 640 de 2001, por la Ley 962 de 2005, por la Ley 954 de 2005.

^[3] Código del Menor: "Artículo 277. El Defensor de Familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones: "(...) "4. Aprobar, con efecto vinculante, cuando no haya proceso judicial en curso, las conciliaciones entre cónyuges, padres y demás familiares, sobre los siguientes asuntos: "a) Fijación provisional de residencia separada; b) Fijación de cauciones de comportamiento conyugal; c) Alimentos entre cónyuges, si hay hijos menores; d) Custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos; e) Regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor."

Y la ley 23 de 1991, artículo 47 establece los siguientes asuntos en conciliación de familia: "Artículo 47. Podrá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial, o durante el trámite de éste, la conciliación ante el Defensor de Familia competente, en los siguientes asuntos: a) La suspensión de la vida en común de los cónyuges; b) La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores; c) La fijación de la cuota

alimentaria; d) La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónicos; e) La separación de bienes y la liquidación de las sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges, y f) Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales".

^[4]Ley 640 de 2001. Modificada por la ley 1395 de 2010 y por la ley 1564 de 2012.

Derogada parcialmente por la ley 1437 de 2011, artículo 309 a partir del dos (2) de julio de 2012.

^[5]Respecto a este asunto conciliable, la Corte se pronunció sobre los instrumentos normativos que regulan la materia de la siguiente forma: “El cuerpo legal que en nuestro ordenamiento se ocupa de la regulación de aspectos atinentes a la protección de los menores, es el Código de la Infancia y la Adolescencia, previamente comentado. Su finalidad principal es garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Para lo cual indicó que prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”.

^[6] Es necesario tener en cuenta que, la decisión para estos asuntos familiares, no hace tránsito a cosa juzgada material, por lo cual, existirán otras oportunidades procesales o mecanismos jurídicos para restablecer los derechos de los menores, en caso que la

situación del mismo se encuentre en peligro o el padre o la madre no cumpla con su deber parental de cuidado y protección.

^[7] En esta sentencia el demandante acusó de inconstitucional el artículo 7° de la ley 890 de 2004, por la cual se modifica y adiciona el código penal, el cual establece el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. Para el demandante, la medida sancionatoria solo afecta al padre que tiene derecho de visitas al menor de edad pero no al padre que detenta la custodia del menor, por ello, acusa la medida como violatoria al principio de igualdad (art 13° de la C.P) porque no impone el mismo castigo al padre o la madre que tiene el deber de custodia del menor y que por diferentes circunstancias puede utilizar dicho deber con finalidades perversas de alejar o privar al padre que no se encuentra conviviendo con el menor de edad.

^[8] Artículo 411 del Código Civil, se le debe alimentos: al cónyuge, descendientes, ascendientes, a cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa, a los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales, a los ascendientes naturales, a los hijos adoptivos, a los padres adoptantes, a los hermanos y al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

^[9] Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante.

[10] En el tema de los descuentos por nómina la Corte Constitucional ha expresado idéntica posición en precisar la eficacia de los acuerdos conciliatorios a la hora de garantizar obligaciones alimentarias, para ello, téngase en cuenta, la decisión T- 1139 de 2005, en la que la Corporación ratifica el acuerdo conciliatorio entre la accionante y su esposo, aduciendo que ningún trámite o procedimiento interno de las empresas empleadoras, deben desconocer la ley y la Constitución, en la medida que no reconozcan los efectos jurídicos que tiene la conciliación en el ordenamiento jurídico.

[11] Código civil. Artículo 154. Causales de divorcio. Modificado por el art. 6, Ley 25 de 1992. Son causales de divorcio:

- i. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges.
- ii. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.
- iii. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
- iv. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
- v. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.
- vi. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.

- vii. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.
- viii. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-746 de 2011.
- ix. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

11 REFERENCIAS

- Acosta., S. A. (2010). Mecanismos de resolución de conflictos: El mediador. *Revista electrónica de psicología social (Poiésis) N° 19-Junio*, 1-4.
- Ángel., J. G. (2012). *E-libro*. Recuperado el 31 de Agosto de 2014, de Obras completas. Problemas insolutos de la justicia en Colombia. Mecanismos alternativos de solución de conflictos. La justicia comunitaria. Tomo 4:
<http://biblioteca.ulagrancolombia.edu.co:2058/lib/biblioulagrancolsp/docDetail.action?docID=10693226&p00=mecanismos%20alternativos%20solucion%20conflictos>
- Benavides, M. (Febrero de 2015). *Tesis. Alcances, límites y proyecciones de la intervención de conciliadores en equidad en el conflicto familia en Bogotá*. Bogotá.
- Benítez, J. P. (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis S.A.
- Calvo, S. E. (2012). *Derecho de sucesiones*. Bogotá: Ibañez S.A.S.
- Castaño, J. I. (2004). *Tratado sobre la conciliación*. Bogotá D.C.: Leyer.
- Código Civil*. (2013). Legis S.A. .
- Código de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006*. (2012). Bogotá D.C.: Leyer.
- Decreto 2272. (7 de Octubre de 1989). *Por el cual se organiza la jurisdicción de familia, se crean unos despachos judiciales y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 39012. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=30886>
- Díaz Sarasty, M. G., & Figueroa Dorado, M. I. (s.f.). La protección interamericana de la obligación alimentaria. *Opinión Jurídica. Revisata de la ciudad de Medellín, Volumen 12. No 23*, 133 - 150.

Gil, J. (2003). *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá D.C.: Temis S.A.

Ley 1098. (8 de Noviembre de 2006). *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Diario Oficial No. 46.446. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Ley 1395. (12 de Julio de 2010). *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Diario Oficial 47768. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39994>

Ley 1563. (12 de Julio de 2012). *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 48.489. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

Ley 1564. (12 de Julio de 2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 48489. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>

Ley 23. (21 de Marzo de 1991). *Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 39752. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6546>

Ley 446. (7 de Julio de 1998). *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del C.P.C., se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989,...* Diario Oficial 43335. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>

Ley 497. (10 de Febrero de 1999). *Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento*. Diario Oficial 43499. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4553>

Ley 54. (28 de Diciembre de 1990). *Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Diario Oficial 39615. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30896>

Ley 640. (5 de Enero de 2001). *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.: Diario Oficial 44303. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6059>

Londoño., O. G. (2010). *La democratización del acceso a la justicia. Informe final de investigación*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, Fondo de Publicaciones, Facultad de Derecho. .

Losada, N. (2014). Ponencia: Evolución de la conciliación extrajudicial en materia de familia en Colombia. 25. Durango, México.

Martha Elena Montoya Osorio, G. M. (2013). *Derecho de Familia. Tomo I. Relaciones Matrimoniales. Primera edición*. Medellín: Librería jurídica dikaia.

Ministerio del Interior y de Justicia, & Universidad Nacional. (Octubre de 2007). *Guía institucional de conciliación en familia*. Bogotá D.C.: Kronos Impresores y Cia.

Miranda, M. E. (2006). *La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Primera edición*. Medellín, Colombia: Librería señal editora.

Peña Sandoval, H. (Julio de 2009). *La conciliación como requisito de procedibilidad*. Obtenido de

http://www.academia.edu/2171054/La_Conciliaci%C3%B3n_como_Requisito_de_Procedibilidad_L%C3%ADnea_Jurisprudencial

Peña, H. (2011). *20 años del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia: Breve análisis normativo*. Obtenido de

http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/colf_penasandoval_harbey_articulo3.pdf

Ramírez S., J. E. (2001). *La conciliación*. Cali: Imprenta departamental del Valle del Cauca.

Rodríguez., F. S. (2009). *La conciliación civil y comercial*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez.

Romero, H. (2006). *La conciliación judicial y extrajudicial*. Bogotá D.C.: Legis S.A.

Sentencia 466 (Corte Constitucional 9 de Junio de 2011).

Sentencia C- 075 (Corte Constitucional 7 de Febrero de 2007).

Sentencia C -1195 (Corte Constitucional 15 de Noviembre de 2001).

Sentencia C- 163 (Corte Constitucional 17 de Marzo de 1999).

Sentencia C- 257 (Corte Constitucional 6 de Mayo de 2015).

Sentencia C- 774 (Corte Constitucional 25 de Julio de 2001).

Sentencia C-016 (Corte Constitucional 20 de Enero de 2004).

Sentencia C-1196 (Corte Constitucional 15 de Noviembre de 2001).

Sentencia C-160 (Corte Consitucional 17 de Marzo de 1999).

Sentencia C-239 (Corte Constitucional 9 de Abril de 2014).

Sentencia C-247 (Corte Constitucional 21 de Abril de 1999).

Sentencia C-248 (Corte Constitucional 21 de Abril de 1999).

Sentencia C-314 (Corte Constitucional 30 de Abril de 2002).

Sentencia C-417 (Corte Constitucional 28 de Mayo de 2002).

Sentencia C-700 (Corte Constitucional. 16 de Octubre de 2003).

Sentencia C-718 (Corte Constitucional. 18 de Septiembre de 2012).

Sentencia C-746 (Corte Constitucional 5 de Octubre de 2011).

Sentencia C-840 (Corte Consitucional 27 de Octubre de 2010).

Sentencia C-893 (Corte Constitucional 22 de Agosto de 2001).

Sentencia C-985 (Corte Constitucional 26 de Septiembre de 2005).

Sentencia T- 043 (Corte Constitucional 1 de Febrero de 1993).

Sentencia T- 238 (Corte Constitucional 19 de Abril de 2013).

Sentencia T- 492 (Corte Constitucional 11 de Junio de 2003).

Sentencia T- 557 (Corte Constitucional 12 de Julio de 2011).

Sentencia T- 717 (Corte Constitucional 22 de Septiembre de 2011).

Sentencia T- 872 (Corte Constitucional 30 de Septiembre de 2010).

Sentencia T-192 (Corte Constitucional 27 de Febrero de 2008).

Sentencia T-746 (Corte Constitucional 24 de Julio de 2008).

Villegas., A. M. (21 de Julio de 2014). Obtenido de

http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md1/pos/DP/MASC/AM/02/Conciliacion.pdf