

**¿DEBE SER REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD LA CONCILIACIÓN EN FAMILIA
EN TEMAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
ÁREA DE DERECHO CIVIL – FAMILIA
BOGOTÁ D.C.
2013**

NOTA DE ADVERTENCIA

“Resolución No. 13 de Julio de 1946, artículo 23: La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”

**¿DEBE SER REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD LA CONCILIACIÓN EN FAMILIA EN
TEMAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?**

**MARÍA CAROLINA BAQUERO LEGUIZAMÓN
&
MARÍA JULIANA PRADA PEÑA**

**Directora:
María Consuelo Moreno Pineda**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
ÁREA DE DERECHO CIVIL – FAMILIA
BOGOTÁ.D.C.
2013**

RESUMEN

La conciliación extrajudicial en materia de familia, como requisito de procedibilidad, debe analizarse desde todos los puntos sensibles que esta pueda conllevar. Si bien, la conciliación extrajudicial conlleva numerosas bondades, hay temas que merecen especial atención cuando su desarrollo afecta a niños, niñas y adolescentes. Por ello, se considera procedente aplicar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia laboral, donde se declaró inexecutable el requisito de procedibilidad por recaer sobre principios mínimos fundamentales con protección constitucional donde una de las partes se encuentra en situación de inferioridad, para así asegurar el cabal goce de sus derechos fundamentales, dada la garantía del interés superior de esta población vulnerable y en situación de inferioridad.

Palabras claves: Requisito de procedibilidad; interés superior de los niños, niñas y adolescentes; conciliación extrajudicial en materia de familia; custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria.

TABLA DE CONTENIDO

CONTENIDO	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
I. CAPÍTULO PRIMERO. CULTURA DEL CONFLICTO	9
1. CONFLICTO, CULTURA Y EL MÉTODO INTERCULTURAL	9
2. CONFLICTO Y DISPOSICIONES PSICO-CULTURALES	10
3. RELACIÓN ENTRE CONFLICTO INTERNO Y EXTERNO	12
II. CAPÍTULO SEGUNDO. TEORÍA DEL CONFLICTO	15
1. CONCEPTO	15
i. Relación entre conflicto y derecho	17
2. EL CONFLICTO: OBJETIVOS, DINÁMICA Y DIMENSIÓN	19
3. ACTORES DEL CONFLICTO	27
4. CONFLICTO EN COLOMBIA	28
5. TERMINACIÓN Y RESOLUCIÓN	33
III. CAPÍTULO TERCERO. LA FAMILIA	36
1. CONCEPTO	37
2. EVOLUCIÓN	40
3. REALIDAD SOCIAL DE LA FAMILIA Y SUS PRINCIPALES CONFLICTOS	44
4. LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA EN EL DESARROLLO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.	47
IV. CAPÍTULO CUARTO. LA CONCILIACIÓN	49
1. CONCEPTO	49
2. ELEMENTOS	50
3. CARACTERÍSTICAS	51
4. CLASES DE CONCILIACIÓN	52
5. NORMATIVIDAD	54
i. Fundamentos constitucionales	54
ii. Fundamentos legales	54

iii. Fundamentos jurisprudenciales y conceptos del Ministerio de Justicia y del Derecho	55
6. PROGRAMA NACIONAL DE JUSTICIA EN EQUIDAD	56
V. CAPÍTULO QUINTO. LA CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA	57
1. CONCEPTO	57
2. NORMATIVIDAD	58
3. ASUNTOS SUJETOS A CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	58
4. ASUNTOS NO CONCILIABLES EN MATERIA DE FAMILIA	59
5. FIJACIÓN DE CUSTODIA, RÉGIMEN DE VISITAS Y CUOTA ALIMENTARIA	61
i. Custodia	61
ii. Régimen de visitas	62
iii. Cuota alimentaria	63
6. ESTADÍSTICAS	64
VI. CAPÍTULO SEXTO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS C- 893 DE 2001, C-1195 DE 2001 Y C-1196 DE 2001	67
VII. CAPÍTULO SÉPTIMO. CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

En nuestra sociedad, conflictiva por naturaleza, existe un pilar y una base que funda toda relación entre las personas integrantes de ésta: la familia. Como bien se sabe, existen varios tipos de familia y sus relaciones varían entre sus miembros según factores como la crianza, el modelo parental, el número de integrantes, las creencias políticas o religiosas, entre otros. Por esta razón, se ha pensado en los conflictos que en ella surjan y cómo su resolución puede afectar a todos sus miembros, en especial a niños, niñas y adolescentes, que si bien no intervienen en las fórmulas conciliatorias, pueden verse afectados por sus efectos.

En este orden de ideas, este trabajo busca dilucidar si son aplicables los argumentos de la Corte Constitucional en sus sentencias C – 893 de 2001, C – 1195 de 2001 y C – 1196 de 2001, donde resuelven declarar la inexecutable del requisito de procedibilidad en materia laboral, a la conciliación en familia en lo que respecta a la custodia, régimen de visitas y obligaciones de cuota alimentaria de los niños, niñas y adolescentes.

En el primer capítulo se abordará el tema cultural del conflicto, teniendo como base la generalidad de los conflictos, y cómo operan éstos en la psiquis de la sociedad y en los Estados, llegando a derivar en conflictos de gran magnitud haciendo ya parte integral de las agendas políticas de la mayoría de los Estados. Posteriormente, se tendrá un segundo capítulo en donde se desarrolla el conflicto como tal en términos conceptuales, qué es, cuáles son sus objetivos, su dinámica y qué dimensión puede llegar a tomar, haciendo alusión también a sus etapas, y cómo el derecho como mecanismo jurídico puede influir y relacionarse con los conflictos; para finalmente dar una breve reseña de cómo puede hablarse de una resolución de dichas

controversias bajo las diversas vías que tanto el derecho como la naturaleza misma del hombre ofrecen.

En un tercer lugar se hará alusión a la institución familiar, los conceptos jurisprudenciales de ésta y su evolución en el tiempo, para después entrar en el tema de la conciliación, en donde se hace un profundo análisis sobre su concepto general, cuáles son los elementos que la conforman, sus características principales, clases, la normatividad que regula este mecanismo alternativo de solución de conflictos y una breve definición sobre el Programa Nacional de justicia en equidad. En un quinto capítulo se analizan de manera específica la conciliación en materia de familia, abordando de manera conjunta su concepto, la normatividad y los asuntos sujetos a ésta. La importancia de este capítulo radica principalmente en lo atinente a la custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria.

Por último, en el capítulo sexto, se realizará un profundo análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las sentencias C-893 de 2001, C-1195 de 2001 y C-1196 de 2001 sobre la conciliación en materia laboral, para posteriormente aplicar dichos argumentos en materia de familia – atinente a la custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria de niños, niñas y adolescente – consolidando y fortaleciendo el objetivo de ésta tesis. Asimismo, se efectuará un análisis de las estadísticas concedidas por el Programa Nacional de Conciliación referentes a los temas mencionados previamente, con el objetivo de plasmar las conclusiones del estudio en datos reales y objetivos.

Por último, se harán las respectivas conclusiones del trabajo y se incluirán las fuentes que sirvieron de apoyo al mismo.

CAPÍTULO PRIMERO: CULTURA DEL CONFLICTO

1. CONFLICTO, CULTURA Y MÉTODO INTERCULTURAL

Como bien se sabe, los derechos humanos son “el triunfo” de los ideales de la Ilustración, la propia esencia y naturaleza de la persona, o como lo sostiene Lévinas: “(...) estos derechos humanos, que no tienen por tanto que ser conferidos, serían así inalienables e irrevocables”¹, o como lo afirma más vehementemente Hübner Gallo² “Los derechos humanos coexisten con el hombre mismo, desde que apareció sobre la faz de la Tierra. Estos atributos le pertenecen a su propia naturaleza, como sus ojos, sus manos, sus entrañas. Son inherentes e inseparables de su propio ser...”

Sin ser esto menos cierto, es totalmente claro que su observancia no es la que los pensadores ilustrados quisieron transmitir. Las atrocidades que se ven día a día no tienen siquiera un leve asomo de la concepción original a la protección de la especie humana.

Es así como es en el conflicto y la guerra en donde surgen todo tipo de controversias que concretan las violaciones y transgresiones a los derechos humanos y con ellos la dignidad e integridad personales.

¹ LEVINAS citado por Álvaro Andrés Motta Navas. En: Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Universitas 110 julio-diciembre 2005. Pág. 537.

²HÜBNER GALLO, Jorge Iván. Los Derechos Humanos. Editorial Jurídica de Chile.1994. Pág. 27

Pero lo que verdaderamente debemos cuestionarnos no es la alta o baja calidad o efectividad de los instrumentos de protección a los derechos o el mínimo -o nulo- porcentaje de eticidad de las políticas gubernamentales; sino el porqué del conflicto, el fundamento y cimiento de éste³.

Como bien señala Hernando Valencia Villa⁴ en cuanto al conflicto y el derecho: “Entre todos los condicionamientos culturales de la guerra, el más relevante ha sido el derecho. Ello obedece a una doble razón: el derecho no es necesariamente lo contrario de la guerra, (...) el derecho ha intentado imponer su racionalidad retórica y ritual a la guerra”⁵.

Así, cabe preguntarse en este primer punto: ¿cómo afecta una cultura en el desarrollo del conflicto? El profesor Marc Howard Ross argumenta que las diferencias sociales y psicoculturales de la misma sociedad se encuentran explicadas por un análisis intercultural⁶, cuando hay una profunda diferencia de intereses y se persiguen metas distintas, aparecen los conflictos al interior de la sociedad, teniendo en cuenta elementos tanto de conducta como de percepción. Esto lleva al análisis del siguiente capítulo, donde de manera más profunda se entrará al interior de las disposiciones psico-culturales de la sociedad.

³ Para Marc Howard Ross: “La capacidad humana para el conflicto y la violencia está íntimamente ligada a una evolutiva inclinación humana para formar grupos sociales y desenvolverse dentro de ellos. Pruebas de la habilidad humana para constituir fácil y rápidamente grupos, así como de la influencia que éstos ejercen en el comportamiento de sus miembros, se encuentran en todas partes. (...) La evolución del conflicto y de la cooperación puede apreciarse en términos de cómo afecta cada uno a la supervivencia de pequeños grupos (...) Aunque si bien se mira, la capacidad de cooperación y conflictividad no tiene nada que ver con la presencia de las mismas. Dado que la evidencia etnográfica nos muestra la gran variedad de niveles y formas que puede adoptar el conflicto, seguimos dándole vueltas a la cuestión de cómo llegar a comprender las condiciones que motivan los conflictos. Por otro lado, el conocimiento de que los humanos tienen capacidad agresiva, nos dice muy poco acerca de las formas o niveles de agresión a no ser que conozcamos algo más sobre su contexto particular” ROSS, Marc Howard. La cultura del conflicto. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia: Conflicto, cultural y el método intercultural..1993 by Yale University Press, New Haven y Londres. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1995. Pág. 42

⁴ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, maestro y doctor en derecho de la Universidad de Yale. Profesor Asociado del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro de la Comisión Andina de Juristas. Consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

⁵ VALENCIA VILLA, Hernando. La justicia de las armas. Tercer mundo editores.1993. Pág. 45.

⁶ ROSS, Marc Howard. Op. cit. Pág. 37

2. CONFLICTO Y DISPOSICIONES PSICO-CULTURALES⁷

Entrar en la psiquis de la sociedad en un momento de conflicto suele ser un tanto complejo, sin embargo, existen pautas y directrices comunes a las sociedades en tal situación; como bien lo expresa Boaventura de Sousa Santos:

“Hoy todas las sociedades modernas están basadas en la mega negociación del mega conflicto. La metáfora de esta mega negociación es el contrato social (...) Es la situación totalmente inestable y desequilibrada del siglo XVIII. [Existe] la posibilidad de que una micro litigación puede conducir fácilmente, cambiando de escala, a una guerra civil local. En muchas sociedades, no solamente en América Latina, también en Asia o África, encontramos la misma situación”⁸

Si bien, no pocos colombianos tienen una muy buena concepción de los mecanismos alternativos de solución de controversias, existen temas álgidos que merecen especial protección y enfoque, como los conflictos de familia que afectan directa o indirectamente a niños, niñas y adolescentes, tal como se propone en el siguiente trabajo, y siguiendo las palabras de Boaventura de Sousa Santos, claro está, únicamente para el tema familiar en cuestión, podría afirmarse que: “ En este momento de la crisis de nuestras sociedades, el sistema político está cayendo en la corta duración, que es la duración de la micro litigación(...). Lo que parece ser un mecanismo alternativo de solución de litigios puede bien transformarse en un mecanismo

⁷ Según Marc Howard Ross, “Las explicaciones estructurales del conflicto, la violencia y la belicosidad se refieren a la forma en que la organización de la sociedad configura la acción, mientras que las explicaciones psicoculturales se fijan en los propios actores y en cómo éstos interpretan el mundo. Las explicaciones psicoculturales expresan las diferencias interculturales en la conducta del conflicto y lo hace basándose en las causas de la acción arraigadas en imágenes y percepciones del mundo externo culturalmente compartidas. Estas disposiciones forman la base de un marco interpretativo que influye poderosamente en cómo los individuos y los grupos entienden las acciones de los demás y reaccionan ante ellas”. ROSS, Marc Howard. Op. cit. Pág. 83

⁸ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Conflicto y contexto: Resolución alternativa de conflictos y contexto social. TM Editores. Instituto SER de investigaciones Colciencias, Programa de reinserción. 1997. Pág. 74

alternativo de creación de conflictos”⁹, dadas las diferentes situaciones de post-conflicto que suelen afrontarse tras una conciliación en donde se llegó a un acuerdo mutuamente aceptable, pero que posteriormente no fue cumplido.

3. RELACIÓN ENTRE CONFLICTO INTERNO Y EXTERNO

Otro punto que debe analizarse dentro de la teoría del conflicto, es el del conflicto interno y externo como casusa y/o consecuencia de los numerosos conflictos al interior de los Estados según la clase de conflicto de que se trate, a saber, religioso, familiar, político interno, cultural, laboral, entre otros. Estos “pequeños” y múltiples conflictos entre personas que tienen más cosas en común que diferencias, llegan a ser de una importancia medular en la vida en sociedad.¹⁰

Para entrar en contexto, es preciso empezar con una noción de amplio conocimiento por todos los Estados: la guerra. La guerra tiene la capacidad de generar conceptos, sentimientos y opiniones divergentes. La guerra como derecho o bien como necesidad dota a las naciones con un inmenso margen de discrecionalidad para la escogencia de los medios y fines para justificar su ánimo destructivo. La necesidad de crear un mal menor en la población civil de una determinada comunidad produce un efecto catastrófico y dañino, no solo se transgreden los derechos y garantías sino que con ello la esencia del hombre se evapora sin más y éste se ve

⁹Ibíd. Pág. 77

¹⁰ Es necesario hacer hincapié en uno de los argumentos que ENTELMAN erige para dilucidar la diferencia entre las diferentes propuestas y soluciones para resolver conflictos internos y externos, al respecto dice que “En los último veinte años, con el incremento de la utilización de la mediación y la negociación en conflictos entre particulares o grupos dentro del sistema estatal, algunos descubrimientos ponen de manifiesto la limitación que la falta de un concepto universal de conflicto impone al uso de la tecnología disponible o alcanzable. En efecto, los modelos desarrollados por la Universidad de Harvard para ese sector intraestatal se origina en un centro prestigioso donde muchos de sus investigadores han trabajado antes muy seriamente en el conflicto internacional. Sin embargo, cuando desarrollan técnicas o tecnologías para el área interna de los conflictos entre habitantes de un Estado, no tienen en cuenta muchas de las descripciones del fenómeno conflictual que conocen en el conflicto entre Estados. Simplemente porque no los ven como especies de un género superior. Por el contrario, cuando los autores del área internacional trabajan en técnicas de negociación y mediación para conflictos internacionales, ofrecen una gran riqueza de recursos creados sobre los conocimientos sobre el conflicto, que allí, les resulta coherente utilizar” ENTELMAN, Remo F. Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona. Gedisa. 2002. Pág. 25.

obligado a huir y protegerse de este monstruo estatal que no quedará satisfecho hasta acabar o mejor, dejar en agonía a su Estado enemigo. Partiendo de esta premisa, es claro que conflictos de la magnitud de la guerra y conflictos armados, internos o externos, logran generar un ambiente de hostilidad entre las personas de un mismo territorio. La cultura de la guerra logra generar un “conflicto profundamente arraigado”¹¹ como aquel que se “origina principalmente dentro de los Estados y que combina dos poderosos elementos: un importante componente de identidad basado en las diferencias de raza, religión, cultura, idioma o cualquier otro rasgo de identificación de un grupo o comunidad, con un desequilibrio percibido en la distribución de los recursos económicos, políticos y sociales”¹². Para este conflicto de gran envergadura, es necesario tener una democracia sólida como base de toda resolución de conflictos de esta índole; y es por esto que si bien los conflictos que competen el estudio de esta monografía no se circunscriben a los conflictos armados internos y externos de los Estados, hay varios elementos de éstos que logran identificarse con los conflictos de custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria que nos competen en el presente estudio.

En concreto, para los conflictos internos y externos que día a día se ven en las agendas políticas de los diferentes países, se ve un desacuerdo o divergencia de opiniones, el cual también se encuentra en conflicto a menor escala como un conflicto laboral o familiar, en donde las partes en contienda tienen como un primer elemento que logra evidenciarse, argumentos y puntos de vista disímiles que hacen que surja un conflicto entre ellas que deberá resolverse con varias etapas y procedimientos. Por otra parte, encontramos la interacción de fuerzas, la cual puede verse regularmente en conflictos armados en donde existe como un segundo elemento, una parte más fuerte y otra más débil que pugnan por la victoria, lo mismo ocurre en conflictos de

¹¹ Concepto de: HARRIS, Peter. REILLY, Ben. ZOVATTO, Daniel. Democracia y conflictos profundamente arraigados: opciones para la negociación. 2001. Stockholm. International Institute for democracy and electoral assistance IDEA. Pág.14

¹²Ibidem.Pág. 14

otra envergadura como en un conflicto familiar, en donde uno de los padres cree tener mayor ventaja sobre el otro dadas ciertas condiciones como el factor emocional que termina por abarcar a los hijos, el interminable debate sobre la debilidad o no de cada uno de los géneros, la tendencia de las decisiones judiciales a favor o no de uno de los padres según estudios psicosociales, entre otros factores que hacen que una de las partes se sienta en una mejor posición que la otra. Por otra parte encontramos mecanismos alternos a la solución de la controversia, este elemento quizá es de mayor importancia y más practicado en asuntos que competen conflictos ajenos al político, conflictos que atañen solo a una sociedad individualmente considerada, ya que los conflictos de orden nacional e internacional suelen tener más aristas y puntos que cubrir que deben abarcarse con otros métodos ya ratificados por los Estados. Es por esto que cuando el conflicto (y agravado éste, la guerra) es una política de Estado, un falso móvil hacia la democracia y la justicia, el ambiente se torna inseguro, los derechos humanos quedan relegados a su simple nombramiento y transcripción.

Siendo así las cosas, los conflictos se han convertido en todo: un derecho, una necesidad y una política. Los conflictos internos y externos así comprendidos, como un virus que se expande en todas las esferas de la vida y amenaza con llevarse la esencia de las personas, logra configurar el fin de los derechos humanos, logra *usar* a los derechos humanos como justificación, como discurso, pero a la vez, la guerra toma su lugar y triunfa para su “protección”.

Se trata de sociedades enteras destruidas, los derechos humanos cada vez se opacan, se disuelven y se alejan de nuestra realidad. En este escenario poco alentador, la utopía solamente nos lleva a un trance corto, como afirma Douzinas: “Mientras el nuevo milenio se abre, con una promesa de uniformidad satisfecha para unos, y de dominación tiránica para muchos, pero en un

estado de cosas nada distinto a los anteriores hitos temporales, la esperanza utópica es uno de los pocos principios que permanece. Ya que conocemos el infierno soñamos con el paraíso.”¹³

Es así como se logra ver que entre conflictos de gran escala, como una guerra entre países o una guerra del Estado contra grupos al margen de la ley suelen tener muchas más consideraciones, elementos y etapas que los conflictos a nivel interno de menor escala, como un conflicto entre empleador –trabajador o entre padres por la custodia de sus hijos, existen elementos integrantes que logran verse en uno y otro caso.

CAPÍTULO SEGUNDO: TEORÍA DEL CONFLICTO

1. CONCEPTO

A menudo se suele identificar la palabra conflicto¹⁴ con palabras desalentadoras y hasta perjudiciales como lucha, ira, dolor, callejón sin salida, miedo, perder, maldad¹⁵, entre otras. Así lo afirma el sociólogo John Paul Lederach:

“Desgraciadamente, el conflicto suele concebirse casi únicamente en términos negativos. Tanto la intuición popular como muchas de las definiciones científicas, presentan el conflicto como un fenómeno desagradable intrínsecamente malo. La

¹³ Para Douzinas, los derechos humanos son el aspecto futurista utópico del derecho, y en esa medida no pueden fundamentarse en el pasado ni pueden ser legislados plenamente. DOUZINAS, Costas. El fin de los derechos humanos. Legis. Pág. 219

¹⁴ Dice John Paul Lederach “La mejor definición que he leído surge de la perspectiva de la comunicación, sugerida por Joyce Hocker y William Wilmot. Definen el conflicto como: *Lucha expresada entre, al menos, dos personas o grupos independientes, que perciben objetivos incompatibles, recompensas escasas e interferencias del otro en realizar sus metas*” LEDERACH, John Paul. El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz. Ed. Catarata. Madrid. 2000. Pág. 57

¹⁵ Dr. WEEKS, Dudley. Ocho pasos para resolver conflictos. 1993. Buenos Aires: Javier Vergara editor S.A. Pág 20.

misma Real Academia Española, en su *Diccionario ideológico*, denota un juicio negativo cuando lo explica figurativamente como “apuro, dificultad y peligro”¹⁶

El conflicto se ha tenido por años como un elemento disociador¹⁷ y la “piedra en el zapato” de varias agendas políticas de la totalidad de los países del mundo¹⁸. Así, partiendo de un ámbito muy general, podría decirse que “el conflicto no es en sí mismo ni positivo ni negativo. Es el resultado de la diversidad¹⁹ que caracteriza nuestros pensamientos, actitudes, creencias, percepciones, sistemas y estructuras sociales; es, como la evolución, una parte de nuestra

¹⁶ LEDERACH, John Paul. Op. cit. Pág. 56.

¹⁷ Para John Paul Lederach la respuesta a la pregunta ¿por qué existe la tendencia a percibir negativamente el conflicto dice que “ en gran parte (...) es debido a que percibimos el conflicto por medio de sus consecuencias destructivas, y no por lo que es en sí. Según la intensidad y la escala de conflicto estas consecuencias pueden ser muy destructivas y, en cualquier caso, muy a menudo, nuestros conflictos nos dejan, por lo menos, un mal sabor de boca. Es decir, que mediante el conflicto nos hacemos daño mutuamente. He aquí el porqué de nuestra reticencia y actitud negativa frente al conflicto: supone exponernos y arriesgarnos al daño propio. Cada vez que nos enfrentamos a nuestros “antagonistas” por medio del conflicto, realizamos, para bien o para mal, una valoración propia. Valoramos nuestra significación como personas, y hacemos un juicio acerca del respeto y estima que tenemos hacia nosotros mismos. Por así decirlo, es la dinámica psicológica del conflicto, que se produce de igual forma, tanto a escala personal como internacional” LEDERACH, John Paul. Op. cit. Pág. 56

¹⁸ Para Marc Howard Ross: “Puede decirse que la cultura del conflicto es la configuración de aquellas normas, prácticas e instituciones de una sociedad que tienen que ver con las cosas por las que la gente entra en disputa y con sus contrarios, con cómo las disputas se desenvuelven y, por último, con la forma que es probable que terminen. Es un producto de la organización socio estructural y de las disposiciones psicoculturales. la cultura es un concepto emergente, algo que aparece a nivel colectivo y no a nivel individual, y ello porque una simple persona no puede tener su propia cultura, toda vez que la cultura es lo que la gente comparte viviendo en sociedad. (...) el concepto cultura del conflicto es importante para conocer tanto el conflicto como su manejo aun cuando las teorías del conflicto tienen muchas hipótesis implícitas acerca de lo que constituye un manejo efectivo del mismo. (...) la cultura afecta a la conducta del conflicto, pero éste también puede ser considerado como conducta cultural. Todos los conflictos suceden en un contexto cultural. El simple conocimiento del contexto cultural en el que un conflicto se desarrolla nos dice mucho de sus raíces, de su probable evolución y de su manejo. (...) la cultura es una forma de vida transmitida (con modificaciones) a lo largo del tiempo que está incorporada a las instituciones, normas y prácticas aceptadas de una comunidad. Proporciona unas herramientas críticas que los individuos y grupos utilizan para conocer su mundo social y funcionar dentro del mismo. La cultura por regla general se ve como unas perspectivas del mundo que influyen en la acción, mientras que la comunidad (menos abstracta que la cultura) utiliza métodos más directos para conformar el comportamiento de sus miembros (Price-Williams, 1985).

Las metas y procedimientos de las instituciones comunitarias están unidas a nociones culturalmente compartidas de lo que es la conducta apropiada. En términos de conflictividad esto se refiere a expectativas compartidas sobre cómo se responderá a determinadas clases de eventos, cómo reaccionarían probablemente otras personas de la comunidad y cuáles son las metas razonables y los modos permitidos de alcanzarlas. Las reglas culturalmente compartidas pueden encauzar la conducta aunque no haya instituciones que obliguen a observarlas. (...). La cultura es crucial para el desarrollo de las identidades del grupo propio y del grupo ajeno, puesto que proporciona las metáforas y las asociaciones que hacen distinción entre aliados y enemigos. Por medio de la participación en los acontecimientos cotidianos, los grupos asocian afectivamente las experiencias trascendentales alrededor de las cuales las identidades toman cuerpo. Las diferencias críticas entre los grupos nos están tanto en las disimilitudes de tales experiencias, como en las pequeñas disparidades que llevan anejas grandes significaciones emocionales. ROSS, Marc Howard. Op. Cit. Pág. 251-253.

¹⁹ De la misma manera opina el profesor Marc Howard Ross afirmando que: “El conflicto ocurre cuando las partes se hallan en desacuerdo con respecto a la distribución de recursos materiales o simbólicos y actúan movidas por la incompatibilidad de metas. (...) no todos los conflictos son violentos, si bien la violencia es una característica de los conflictos políticos. No hay sociedad que se escape a la violencia o de la amenaza de su utilización”. ROSS, Marc Howard. Op. Cit. Pág. 38-39

existencia”²⁰. Sin embargo, depende de nosotros mismos tornarlo como un factor constructivo o destructivo; el conflicto puede ayudarnos a tomar ciertas decisiones fundamentales en determinados momentos, y tener una postura clara frente a distintas alternativas que se nos presentan. La “maldad” o “bondad” del conflicto no está dada por sus elementos objetivamente hablando sino por los sujetos en sí, de manera que las personas que tienen un conflicto (del cualquier orden, ya sea político, religioso, contractual, familiar, sentimental, e incluso personal) deben tomarlo no como una oportunidad para imponer los propios intereses y criterios sobre los de la otra parte, sino como la gran oportunidad de lograr un buen acuerdo²¹, de tener un punto de convergencia de uno o varios intereses y necesidades e interactuar y comprender las necesidades y deseos de la otra parte, despojándose de una visión absolutista de lo bueno y lo malo y comprender la relatividad de los conflictos y de los puntos de vista de las partes implicadas en este.

i. Relación entre conflicto y derecho

Así, puede entenderse cómo el universo jurídico tiene gran influencia en los conflictos personales; sin embargo, la ciencia del derecho²² en cuanto a la dogmática jurídica si bien trata de dar diversas soluciones a los mismos, muchas veces se cae en formalismos y tecnicismos que

²⁰ Dr. WEEKS, Dudley. Op. cit. Pág. 23

²¹ “Solo una visión constructiva del conflicto asumiéndolo como parte de un proceso de desarrollo, que evidencia dificultades gatilladoras de potenciales procesos de dinamización mutuos, favorece sentimientos estimulantes, de reto, apertura, flexibilidad, receptividad, acogida, respeto y genera salidas creativas asumidas desde el esfuerzo conjunto por dar respuesta objetivos comunes: la transformación constructiva de un conflicto puntual”. GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Conflicto: ¿Problema o invitación? 2001. Bogotá. Centro Editorial Javeriano CEJA. Pág. 22

²² Para el Doctor Jaime Giraldo Ángel “EL derecho llega a las instituciones sociales con posterioridad. Por la trascendencia, el hombre tiene la posibilidad de modificarlas al convertirlas en objeto de conocimiento. Existe siempre la posibilidad de que aun el mismo producto cultural, constituido por la familia, la relación entre los cónyuges, la relación entre los padres e hijos, el trabajo (...) - fenómenos culturales creados por la sociedad como medios para alcanzar los fines que se propone - se vuelva objeto de conocimiento y se puedan formular sobre él posibilidades políticas de modificación, al expedir el conjunto de normas que constituyen el derecho positivo. Por eso, estas normas no son ni postulados absolutos ni imperativos categóricos, sino regulaciones normativas establecidas a partir de la realidad social misma. Son la expresión de una filosofía política de quien tiene el poder, pero hechos a partir de las instituciones sociales y dentro de las limitaciones que la misma realidad impone. Son postulados políticos que no suponen la libertad absoluta del hombre, sino una libertad condicionada por todos los elementos sociales, culturales y personales del sujeto que tiene que realizar ese comportamiento”. GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANIN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. cit. Pág. 8

en nada suelen aportar a la realidad de los conflictos, que en muchas ocasiones, dista y sobrepasa diametralmente los libros, letras e instituciones, como bien lo asevera el Doctor Jaime Giraldo Ángel:²³

“Todo conflicto jurídico tiene un trasfondo humano que el derecho no puede desentrañar, pues la dogmática jurídica solo se ocupa de las instituciones como son definidas normativamente y no como se dan en la realidad social (...) en la concepción sociológica del derecho, se asume también una capacidad de trascender el mundo; sin esa posibilidad de trascendencia no podría haber normatividad. Y obviamente la norma es un postulado de deber ser, no como creación de la razón, sino como producto cultural de la comunidad, a la manera como conciben los anglosajones el derecho consuetudinario o como consideraron los pretores el derecho”²⁴.

El Doctor Giraldo plasma el ejemplo de la demanda de un divorcio por una de las causales que el Código Civil establece, sin embargo, señala que en dicho proceso no se pone de presente el drama y todo el trauma y conflictos al interior de la familia que dieron origen a dicha demanda, y mucho menos se tienen en cuenta las graves y nefastas consecuencias que acarreará a los hijos dicho proceso, el cual concluirá necesariamente a la desintegración familiar²⁵; como bien lo señala: “La legitimación de la norma [en la concepción sociológica del derecho] no depende de su validez con relación a los postulados teóricos abstractos, sino de su eficacia para alcanzar los

²³ Ex ministro de Justicia colombiano, Juez del circuito y Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Ha sido investigador y director del Instituto SER y profesor universitario.

²⁴ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. Cit. Pág. 5

²⁵ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. Cit. Pág. 7

finés que se propone”²⁶. Por lo anterior, es necesario contemplar posibilidades de resolución de conflictos que no miren lo puramente normativo sino que logren desentrañar el problema desde su fondo y, no menos importante, pongan de presente las causas y consecuencias de tal conflicto, teniendo en cuenta la situación de los agentes del mismo y las víctimas de éste; para este complejo proceso, que si bien debe adoptar las formas legales pero que también debe tener un punto de vista sociológico, psicológico y humano, debe acudir a mecanismos como la conciliación²⁷, de la cual se hablará en capítulos posteriores de este trabajo, contemplando sus bondades, virtudes pero también obstáculos a la hora de resolver los conflictos, y más aún, conflictos en materia de familia que de una u otra forma afectan a niños, niñas y adolescentes.

2. CONFLICTO: OBJETIVOS, DINÁMICA Y DIMENSIÓN

Mucho se ha dicho sobre los mecanismos para la resolución de conflictos, hoy son muchas las alternativas que se tienen para no entrar a activar el aparato judicial que trata de dejarse de última opción (incluso después de la llamada “justicia por mano propia”) debido a la poca confianza que se tiene de ésta y su fama de engorrosa y de muy poca celeridad. Sin embargo, las personas, especialmente las de bajos recursos, no tienen la información adecuada para el acceso a estos mecanismos. Hay varias causas por las cuales las personas no acuden a estas “nuevas opciones” para la resolución de conflictos, las cuales pueden ser por simple ignorancia, por miedo a perder más de lo que ya se ha perdido, por falta de credibilidad en la eficacia plena de dichos mecanismos, o bien, por el “enfoque de la conquista”, el cual se erige como el

²⁶ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. Cit. Pág. 5

²⁷ “La conciliación se ocupa de analizar el conflicto, de mirar las verdaderas motivaciones de una aparente pretensión jurídica, para buscar la solución del problema real y no del aspecto limitado consagrado en el ordenamiento jurídico” GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. Cit. Pág. 6

principal objetivo en un conflicto, y se basa directamente en la intimidación, el predominio²⁸ y la manipulación para debilitar al otro bando, se tiene al poder como un arma destructiva que se usa como un elemento coercitivo y que da a quien lo posee una gran ventaja sobre su contraparte, de manera que siempre habrá un perdedor y un ganador²⁹. Así, dicho enfoque no mejora las relaciones conflictivas sino que puede, o bien acentuar las posibilidades de imposición de intereses de una de las partes debilitando a la otra, o bien, encarnar un conflicto “eterno” en donde las dos partes pueden considerarse conquistadoras y ser un problema de nunca acabar.³⁰

Por otra parte, debe tenerse en cuenta un elemento fundamental³¹ para la comprensión de los conflictos y su resolución. El partir de un punto en donde se tiene plena conciencia de la diversidad y diferencia de opiniones, conceptos, puntos de vista, necesidades y percepciones, es fundamental para poder llegar al mecanismo idóneo de resolución del conflicto. Como humanos y personas en sociedad, por naturaleza tenemos conflictos y divergencias con nuestros semejantes, y entre más frecuentes sean nuestras relaciones, más diferencias habrá entre varios

²⁸ “(...) La mayoría de los teóricos de la “conflictología” señalan que hay dos elementos centrales en cualquier conflicto: el respeto a sí mismo (aumentarlo o protegerlo) y el poder. Debido a que la raíz más profunda del conflicto es nuestra valoración propia, entramos en el mismo con un sentido agudo, aunque a menudo inconsciente, de que nuestra significación como personas está totalmente ligada a ganarlo, esto también ayuda a explicar por qué normalmente concebimos el conflicto en términos de competitividad” LEDERACH, John Paul. Op. Cit. Pág. 57.

²⁹ “Para muchos, el conflicto supone una situación de pura dicotomía, es decir, de una lucha entre dos partes mutuamente exclusivas. Es ganar o perder. Por tanto, parece natural que busquemos maneras de evitar el conflicto. O, cuando inevitablemente se presenta, entramos en él con actitudes marcadamente competitivas y defensivas” LEDERACH, John Paul. Op. Cit. Pág. 57

³⁰ Dr. WEEKS, Dudley. Op. Cit. Pág. 37

³¹ Para Galtung, según cita de Calderón Concha: “La formación elemental de los conflictos la tenemos representada en aquello que Galtung llama átomos de conflicto, que serían: *Disputa*: dos personas o actores que persiguen un mismo fin que escasea (entre las personas). *Dilema*: una persona, actor, que persigue dos fines incompatibles entre sí (dentro las personas). Desde estos átomos del conflicto se pueden analizar estructuras conflictuales más complejas. CALDERÓN CONCHA, Percy*. Teoría de los conflictos de Johan Galtung. Revista de paz y conflictos, núm. 2, 2009. Universidad de Granada, España. REDALYC Sistema de información científica, red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, pág. 71. Encontrado en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=205016389005> (Consultado el 16 de enero de 2013)

*Percy Calderón Concha: Investigador-colaborador del Instituto de la paz y los conflictos de la Universidad de Granada (España). Licenciado en periodismo por la Escuela de periodismo Jaime Bausate y Mesa (Lima-Perú) y en Ciencias para la paz por l'UniversitadegliStudi di Pisa (Pisa-Italia). Diploma de estudios avanzados DEA en el doctorado paz, conflictos y democracia de la Universidad de Granada España. Ex miembro de la Comisión de la verdad y reconciliación del Perú y asesor en temas de cooperación internacional, emdiación y transformación de conflictos. Ibídem. Pág. 81.

puntos de vista; esa diversidad no es un elemento negativo, al contrario, es un elemento que no solo nos caracteriza los unos de los otros sino que en cierto punto puede llegar a ser constructivo de opiniones que pueden llegar a ser complementarias de puntos que en otro escenario serían opuestos. Es así como “al abordar conflictos, el punto no es remover las diferencias sino usarlas para 1) clarificar nuestra comprensión del otro y de la relación; 2) considerar ideas y posibilidades que podríamos no haber tenido en cuenta y 3) ver si hay aspectos de la relación sobre los cuales podemos trabajar con efectividad para mejorar la misma”³².

Un ingrediente importante en la dinámica misma de la teoría del conflicto es el de las emociones, las personas muchas veces no logran desligar los sentimientos de otros factores que requieren, tal vez, de más objetividad, y dejar de lado la parte “humana” del conflicto. Es por esto que dicho ingrediente puede ser un elemento interesante a la hora de establecer los puntos de vista de las partes en conflicto y la consecuente resolución del mismo; por esto, los sentimientos bien pueden ser suprimidos de plano en el conflicto, o bien, pueden usarse como los medios primordiales para manejarlo. Piénsese en un momento el caso en el que en un conflicto de familia los padres quieren ponerse de acuerdo en cuanto al régimen de visitas, es claro que existirá el ingrediente emocional por donde se mire, de tal forma que es cuestión de cómo se use para poder lograr un buen acuerdo o no. Para el sociólogo Johan Galtung³³ hay 3 elementos fundamentales que conforman el triángulo del conflicto:

“las *actitudes* (aspecto motivacional) se refieren a cómo *sienten* y *piensan* las partes de un conflicto, cómo perciben al otro (por ejemplo con respeto y amor o con desprecio y odio), y cómo ven sus propias metas y al conflicto en sí mismo.

³² Dr. WEEKS, Dudley. Op. Cit. Pág. 54

³³ Citado por CALDERÓN CONCHA, Percy. Op. Cit. Pág. 69.

El *comportamiento* (aspecto objetivo) alude a cómo *actúan* las partes durante el conflicto: si buscan intereses comunes y comunicación creativa y constructiva o si tratan de perjudicar y causar dolor al otro. La *contradicción* (aspecto subjetivo) tiene que ver con el tema o temas reales del conflicto y no con como este se manifiesta. Las partes muchas veces difieren en su percepción de cuál es la contradicción o raíz del conflicto. En muchos casos, tales cuestiones son complicadas y están ocultas, ya que las partes y los actores del conflicto de ambos lados (incluidos políticos y medios de comunicación) prefieren centrarse en las actitudes y la conducta, tanto la suya propia (que en general se auto-concibe como positiva) como en la del otro (que suele describirse generalmente como negativa)³⁴

Dicho lo anterior, es necesario tener un punto de partida: Reconocer una determinada situación como un verdadero conflicto, para lo cual es necesario involucrar actitudes reflexivas y analíticas frente al mismo. Posteriormente, es claro que para lograr una pronta y eficaz solución al conflicto debe pasarse por múltiples etapas, las cuales pueden ser: Análisis, comunicación³⁵, discernimiento, y equilibración³⁶, cada una con varios elementos de análisis, los cuales serán explicados a continuación. En un proceso en donde quiere darse soluciones prontas a un conflicto, debe establecerse como punto de partida un análisis, en donde cada una de las partes debe lograr comprender el punto de vista de la otra, las virtudes y falencias de ésta, los deseos y

³⁴ CALDERÓN CONCHA, Percy. Op. Cit. Pág. 69.

³⁵ “[E]n primer lugar, hay una propiedad de la conducta que no podría ser más básica por lo cual suele pasársela por alto: no hay nada que sea lo contrario de una conducta. En otras palabras, no hay no-conducta o, para expresarlo de modo aún más simple, es imposible no comportarse. Ahora bien, si se afecta que toda conducta en una situación de interacción tiene un valor de mensaje, es decir, es comunicación, se deduce que por mucho que uno lo intente, no puede dejar de comunicar. Actividad o inactividad, palabras o silencio, tienen siempre valor de mensaje: influyen sobre los demás, quienes a su vez, no pueden dejar de responder a tales comunicaciones y, por ende, también comunican. WATZLAWICK, Paul. HELMICK BEAVIN, Janet. JACKSON, Don D. Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas. Barcelona. Editorial Herder. 1995. Pág. 50. Encontrado en: <http://es.scribd.com/doc/16679933/Teoria-de-la-comunicacion-humana-P-Watzlawick> (Consultado el 20 de enero de 2013)

³⁶ GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Op. Cit. Pág. 25

necesidades e intereses, y al mismo tiempo tener en cuenta que puede haber no solo diferencias y divergencia entre los puntos de vista sino que también pueden surgir varios puntos comunes y semejanzas que harán más fácil una resolución mutuamente aceptable; por otra parte, desde el principio debe tenerse total conciencia sobre el origen del conflicto, ya que éste será la base para toda discusión y argumentos posteriores.

A continuación, deberá pasarse a una etapa de comunicación³⁷, siendo crucial y de una importancia diamantina a la hora de avanzar en el proceso; para Watzlawick “no solo nos interesa(...) el efecto de una comunicación sobre el receptor, sino también, -por considerarlo algo inseparablemente ligado,- el efecto que la reacción del receptor tiene sobre el emisor”³⁸ esta etapa tiende a ser la de más contienda y tal vez, la que logre un notable deterioro en la ya difícil situación de las partes. La comunicación debe entenderse como la expresión de los puntos de vista de las partes, poner sobre la mesa los reales intereses y motivaciones que se tienen, para que así, la otra parte pueda reafirmar su análisis anterior o modificarlo para tener una total comprensión del tema y abarcar cada variable del mismo. Una de las características de la etapa de comunicación es la del “buen oyente”³⁹, el cual se tiene como aquella de las partes que tiene en cuenta lo que el otro dice de sí, de su entorno y de sus intereses y entender que no solo sus propios intereses son los que prevalecen sino tratar de entender la perspectiva del otro, ese otro que no debe ser visto como un obstáculo para alcanzar sus propios fines y metas sino como ese otro que pretende lograr objetivos tan legítimos como los suyos, y estar dispuesto a interesarse en esos puntos de vista, interpretando no solo las palabras sino también la carga

³⁷ Para Watzlawick “(...) el estudio de la comunicación humana puede subdividirse en las tres áreas, sineáctica, semántica y pragmática, (...). Así, aplicadas al marco de la comunicación humana, la primera de estas 3 áreas abarca problemas relativos a transmitir información h, por ende, constituye el campo fundamental del teórico de la información, cuyo interés se refiere a los problemas de codificación, canales, capacidad, ruido (...) y otras propiedades estadísticas del lenguaje. WATZLAWICK, Paul. HELMICK BEAVIN, Janet. JACKSON, Don D. Op. Cit. Pág. 23.

³⁸ WATZLAWICK, Paul. HELMICK BEAVIN, Janet. JACKSON, Don D. Op. Cit. Pág. 24.

³⁹ GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Op. Cit. Pág. 26

emocional de cada mensaje que se tiene del otro, haciendo más fácil la valoración del conflicto desde cada uno de los puntos de vista involucrados; es por esto que el buen oyente debe poder tener un alto nivel de escucha y un alto grado de comprensión sobre el otro. Por otra parte, deberá tenerse en cuenta que existen ciertos puntos y prejuicios que no permiten lograr una buena comunicación, estos elementos que debemos dejar de lado en aras de obtener una buena comprensión del otro son:

- Pensar, antes de escuchar, que no dirá nada interesante para nosotros⁴⁰. Este es un problema muy común entre las partes involucradas en el conflicto; pensar desde un principio en que se tiene la verdad absoluta es un error garrafal y evita tener una comprensión integral y bidimensional del problema, la mente cierra las puertas del entendimiento y lo único que hace es acrecentar el sentimiento de ganar-perder que normalmente se tiene en un conflicto.
- Pensar que lo que dirán será muy elemental⁴¹. Este problema es común en las situaciones álgidas en donde el quid del asunto es de gran interés para cada parte y en la cual ninguno va a ceder ya que sus puntos de vista están totalmente arraigados a una única solución: ganar. De manera que lo que diga la otra parte no será nuevo ni importante.
- Estar esperando solo oír algo que para nosotros es esencial o importante.⁴² Este caso está aunado al anterior en cuanto que se quiere solo oír algo que o bien reafirme nuestra

⁴⁰ GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Op. Cit. Pág. 26

⁴¹ GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Op. Cit. Pág. 27

⁴² GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Op. Cit. Pág. 27

posición o bien, nos haga cambiar radicalmente nuestro punto de vista con una información nueva normalmente.

- Fantasear, desconectarse momentáneamente del mensaje que nos están dando⁴³. En cuanto a este problema comunicativo, es necesario aclarar que uno de los elementos más importantes para poder comprender el conflicto en su total extensión e íntegro contenido, no basta con escuchar formalmente, es necesario oír atentamente, desglosar y entender cada una de las palabras que el otro está exponiendo, ya que la desconcentración juega un papel importante a la hora del tiempo ganado o perdido en la fase de comunicación. Piénsese en el ejemplo de un conflicto familiar en donde la madre expone todos sus puntos de vista al padre que lo único que pretende es pagar una irrisoria suma de alimentos a sus hijos, si el padre no presta atención a todos los elementos que la madre expone para la manutención de los hijos en común, posteriormente surgirá un conflicto sobre dichos elementos, que se había entendido resuelto en la etapa de comunicación, y hará mucho menos expedita dicha etapa, volviendo sobre puntos que debieron despejarse en ésta.
- Sobre-estimulación: estar pendiente o sometido a muchos estímulos⁴⁴. Para evitar esta clase de distracciones, es necesario tener en cuenta la magnitud del problema o darle a éste la relevancia que merece, de lo contrario, se convertirá en un simple desacuerdo de las partes de nunca acabar, ya que se tornará en un círculo vicioso de argumentos,

⁴³ GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Op. Cit. Pág. 27

⁴⁴ GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Op. Cit. Pág. 27

contraargumentos y distracciones que no dejarán que fluyan los aspectos realmente importantes del asunto.

- Estar más pendientes de lo que vamos a decir o a responder que del mensaje que nos quieren transmitir.⁴⁵ Este problema, tal vez el más común de todos, tiende a hacer a las partes más que personas que quieren dirimir cierta controversia, en sujetos de contienda en donde lo más importante es quien tenga el argumento más avasallador y contundente, sin importar lo que el otro diga o la carga de verdad que tenga lo dicho por el otro.

Es así como uno de los elementos más importantes para lograr una buena comprensión del punto de vista del otro es la etapa de comunicación; sin embargo, en muchas ocasiones⁴⁶ que tienen temas tan álgidos y con un alto contenido de intereses y sentimientos, la etapa de la comunicación suele romperse intempestivamente por una de las partes, dadas las posiciones de “no ceder” o la visión de “ganar-perder” que común y erróneamente se han tenido.

No obstante lo anterior, si se logra una buena y fluida comunicación entre las partes involucradas en el conflicto, podrá seguirse a una etapa de discernimiento, en la cual se hará un ejercicio de comprensión del problema integralmente; luego se dará paso a un punto de equilibración donde se darán las condiciones para favorecer la dinámica de soluciones posible al conflicto en cuestión.

Las etapas mencionadas, que abarcan en su totalidad la dimensión del conflicto, son parte de un proceso que en general deberá seguirse para una eficaz solución del mismo, sin embargo existen

⁴⁵ GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Conflicto: Op. Cit. Pág. 27

⁴⁶ Como lo son temas de familia o políticos.

procesos un poco más complejos atendiendo a la naturaleza y complejidad del conflicto que se trate, para muchos de estos casos, es necesario acudir a mecanismos más regulados como los mecanismos alternativos de solución de conflictos, uno de los cuales es la conciliación, el cual se abordará posteriormente en este trabajo.

3. ACTORES DEL CONFLICTO

Como se ha dicho en páginas anteriores, los conflictos surgen en un sinnúmero de situaciones y con temas diversos, y a su vez, con distintos actores. Quienes conforman los conflictos pueden ser, o bien los Estados, o bien las personas. Para Entelman “La sociedad moderna incluye un sinnúmero de estructuras intermedias, en cuyo seno se generan conflictos, así ocurre desde la empresa a los partidos políticos y desde la familia a los miles de instituciones que integran lo que hoy se denomina sociedad civil (...)”⁴⁷; sin embargo, unos y otros se rigen por principios y mecanismos diferentes para resolver las controversias que entre ellos surjan. Como arguye Remo Entelman:

“Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se percibía un esfuerzo compartido por todas las disciplinas (...) por entender los conflictos y buscarles soluciones no violentas. Pero parecía inútil buscar en esas ciencias los conocimientos aplicables a la solución de nuestros conflictos cotidianos entre miembros de una sociedad estatal. Al adentrarse en las disciplinas de las relaciones internacionales, una especie de tríada dogmática parecía dominar el pensamiento teórico. Los conflictos internacionales sobre los que se trabajaba incansablemente solo tenían por actores a

⁴⁷ ENTELMAN, Remo F. Op. Cit. Pág. 33.

los Estados nacionales y sus únicos objetivos, las únicas metas de los conflictuantes, eran la seguridad y el poder, la adquisición o la conservación del poder”⁴⁸.

Sin embargo, nunca se ha desconocido la gran cantidad de conflictos que surgen al margen de temas políticos y de agendas estrictamente estatales, al respecto acota Jürgen Habermas que: “Fuentes potenciales de conflicto son las necesidades que quedan en la periferia del ámbito de la acción estatal, ya que están alejadas del conflicto central al que se mantiene en estado latente (...). Esas necesidades dan lugar a conflictos en la medida que la distribución no equilibrada de las intervenciones del Estado genera ámbitos retrasados en lo que al desarrollo se refiere”⁴⁹

Para lo anterior, es preciso recordar que tanto para los conflictos internacionales y conflictos de gran envergadura como conflictos internos a nivel estatal, como los conflictos más pequeños, verbigracia a nivel familiar, académico o personal, tienen métodos que el sistema jurídico a puesto a disposición de la sociedad para que puedan ser resueltos.

4. EL CONFLICTO EN COLOMBIA

Como bien se sabe, Colombia es un país subdesarrollado y tercermundista, los conflictos en Colombia varían según las especiales características socio-culturales de nuestro país, en donde los diferentes campos sociales y escenarios⁵⁰ dan paso a las divergencias entre las personas, tan

⁴⁸ ENTELMAN, Remo F. Op. Cit. Pág. 27.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. Ciencia y técnica como ideología. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Tecnos, Madrid. 1986. Pág. 92

⁵⁰ Entendamos por campos sociales de conflicto los conjuntos, diferenciados pero en estrecha conexión, de relaciones e instituciones económicas, políticas y sociales y de principios éticos y simbólicos a partir de los cuales adquieren identidad las acciones violentas, y por escenarios los complejos de acción en los que se plantea o resuelve una relación de violencia. Estos conceptos operacionales son útiles para describir y comprender los hechos violentos aparentemente contingentes o caóticos, y se concretan operacionalmente en componentes como actores, intereses, recursos y direccionalidad. CAMACHO GUIZADO,

variadas como la cantidad de opiniones que entre ellas surja; “Colombia es un país desgarrado por un sangriento conflicto que se remonta prácticamente a mediados del siglo XX y que, hasta ahora, se ha mostrado totalmente inmune a cualquier intento de solución (...)”⁵¹.

No es un secreto que ningún país sale avante ante un estudio de conflictividad; como bien se ha dicho en párrafos anteriores, la naturaleza humana es conflictiva, la esencia del hombre radica en su multiplicidad de opiniones, en la variedad de sus pensamientos y en la capacidad de defender cierto punto de vista, de manera que en todo momento y lugar existe y existirá un conflicto de cualquier índole que podrá ser o no resuelto por las partes involucradas.

“La existencia de conflictos dentro de una sociedad es un fenómeno común, pues siempre existirán grupos sociales con intereses divergentes. La resolución pacífica de esos conflictos, sin embargo, depende de la capacidad que tengan las instituciones para prever arreglos compatibles con los incentivos de los diferentes grupos sociales y con las preferencias de los individuos que los conforman.

Los conflictos violentos no se dan en el vacío, se presentan en medio de un complejo sustrato de relaciones entre grupos sociales, de instituciones, de actividades productivas, de rentas legales e ilegales (...)

Ahora bien, es preciso hacer hincapié en el conflicto colombiano, el cual como es de público conocimiento, se destaca de manera importante por ser en gran parte un conflicto armado. La gran mayoría de personas suelen buscar culpables a la ya crítica situación de conflictos en

Álvaro. El ayer y el hoy de la violencia en Colombia: continuidades y discontinuidades. Banco de la República. Encontrado en: <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/lablaa/revistas/analisispolitico/ap12.pdf> Pág. 1. (Consultado el 15 de Marzo de 2013)

⁵¹ GÓMEZ ISA, Felipe; DE CURREA LUGO, Víctor; GODED Mónica; SALAMANCA Manuel; URRUTIA ASUA Gorka. Colombia en su laberinto Una mirada al conflicto. 2008. Madrid. Catarata. Pág. 13.

Colombia, y el sentimiento general de los nacionales es de inconformidad con el aparato estatal, a quien culpan por el desorden, violencia, falta de control y de autoridad ante las atrocidades y violaciones continuas a los derechos y garantías de los ciudadanos, es por esto que:

“El Reporte Anual de Conflictos Armados clasifica los conflictos internos de acuerdo con tres categorías, que pueden traslaparse o confundirse en algunos casos, fundamentadas en el motivo de la guerra. A partir de esta clasificación se pueden identificar como orígenes del conflicto: i) la búsqueda del control del Estado; ii) la formación del Estado; y iii) las fallas del Estado. El primer tipo de conflictos, como su nombre lo indica, se caracteriza por disputas en busca del control del aparato estatal. Por lo general, el conflicto es promovido por grupos revolucionarios con una estructura ideológica bien definida, aunque también pueden contener connotaciones étnicas o religiosas. Se considera que cerca de la mitad de los conflictos armados actuales en el mundo se clasifican en esta categoría (...)

Los conflictos que entran en la categoría de formación del Estado envuelven, generalmente, disputas entre regiones de un mismo país con el fin de lograr una mayor autonomía, separar una región (secesión), o crear de un nuevo centro de poder. (Como ocurre en el caso colombiano con el conflicto armado)

La última categoría incluye los conflictos originados en el fracaso del Estado para controlar o garantizar el cumplimiento de la ley o su

incapacidad para proveer determinados bienes y servicios públicos. Esto resulta en conflictos violentos ante la carencia de control gubernamental efectivo. Es necesario anotar que las dos categorías anteriores pueden confundirse con esta última. En esencia, los diversos conflictos se originan y desarrollan frente a la incapacidad del Estado para controlar, conciliar, o solucionar las diferencias que surgen entre los diferentes grupos (políticos, religiosos, etc.), y/o para cumplir con su papel en la provisión de bienes y servicios públicos. Por otra parte, de acuerdo con Keen (1999), los diversos tipos de conflicto pueden sufrir “mutaciones” que conducen a su persistencia, aún después de lograr producir un nuevo sistema político, social o militar. Dicha persistencia es permitida precisamente por el fracaso del Estado, y puede alterar las características iniciales del conflicto. Estos casos se caracterizan por una toma de armas por parte de ciudadanos con el propósito de garantizar la seguridad local, obtener acceso a determinados recursos u activos económicos, o, sencillamente, perseguir objetivos de delincuencia”⁵² Subrayado fuera del texto original.

Es así como el conflicto en Colombia ha centrado todo su punto nuclear en las armas y el conflicto interno que vive el país hace décadas. Sin embargo, con estas afirmaciones no queremos desconocer la gran cantidad de conflictos al interior de la sociedad que vive nuestro país, al contrario, Colombia tiene altas tasas de violencia intrafamiliar, riñas callejeras y entre pandillas, violencia contra las mujeres, desplazamiento forzado, conflictos contractuales, conflictos de vecindad, conflictos entre partidos políticos y sobre todo, una gran cantidad de

⁵² ECHEVERRY, Juan Carlos; SALAZAR FERRO Natalia; NAVAS OSPINA, Verónica. ¿Nos parecemos al resto del mundo? El conflicto Colombiano en el contexto internacional. 2001. Bogotá. Departamento Nacional de Planeación. Pág. 2.

procesos judiciales sin resolver gracias al alto índice de conflictos que surgen al interior de una sociedad tan agobiada como la colombiana.

No obstante lo anterior, no sería veraz un análisis del conflicto colombiano si no se hace una breve reseña acerca del tema del conflicto armado y sus vicisitudes. Hay que decir, en primer lugar, que gran parte del siglo XX fue una época importante para acontecimientos que han dejado huella en la historia de Colombia. Al formarse sindicatos y grupos socialistas, con la influencia extranjera de ideas y corrientes marxistas-leninistas que hacían fuerte presión en la inconformidad de los grupos sociales subordinados, se crearon fuertes organizaciones que quisieron, en un principio, reivindicar sus derechos, pero que finalmente perdieron el rumbo. Con el tiempo se formaron partidos y movimientos sociales y políticos con corriente de izquierda, que desembocaron en fuertes conflictos degenerando en violencia; esta situación, con la coadyuvancia de la condición selvática colombiana, se lograron asentar en ciertos puntos estratégicos variados movimientos al margen de la ley cuya defensa principal eran las armas. Paralelamente, en los últimos años de la década de los 40's y en los primeros años de la década de los 50's tuvo lugar un importante conflicto político con graves consecuencias e importantes cifras de guerra interna en Colombia que acabó con la vida de muchas personas. Consecuentemente, a mediados de los 60's la guerrilla de las FARC logró consolidarse como un grupo alzado en armas con importantes y múltiples frentes que combatían a las autoridades del Estado Colombiano; más tarde se fortaleció el narcotráfico, práctica que logró entrar en todas las esferas de la sociedad, incluso en los altos cargos del aparato estatal, también en los movimientos y grupos ilegales que penetraban cada vez más el casco urbano e hicieron propio el narcotráfico como forma de financiamiento, lo que hizo que su pie de fuerza aumentara considerablemente a lo largo de los años. Finalmente, hubo varios intentos fallidos de

negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, que junto con importantes golpes a la sociedad civil, muertes, secuestros, violaciones, atentados y desplazamiento trajo consigo inseguridad, pánico e incredulidad en el Estado como garante de los derechos de los ciudadanos⁵³.

Por lo anterior, es que se hace necesaria alguna solución a la multiplicidad de conflictos que se generan en Colombia, “Colombia vive una conflictiva situación de orden público caracterizado por una agudización de las violencias. Todos anhelamos la paz. Sin embargo, el objetivo no es la paz, sino la democracia y la justicia, acompañada de profundas reformas sociales y políticas, que nos conduzcan a una consolidación del Estado de Derecho. De todas formas, conociendo la incapacidad de Estado y de sus partidos políticos de apoyo, tales transformaciones se lograrán a muy largo plazo siendo vanas ilusiones en el presente”.⁵⁴

5. TERMINACIÓN Y RESOLUCIÓN

Las vías para terminar un determinado conflicto son muchas; como bien se sabe, las partes involucradas en éste pueden, o bien hacer “justicia por mano propia”, arreglar sus diferencias de manera pacífica, o bien acogerse a las modalidades que el Estado brinda para ello, bien sea por medio de la vía judicial o por la vía de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. En el primero de los casos, las personas tienden a sentir cierta desconfianza en los mecanismos que legalmente se siguen para una eficaz resolución de la controversia, e igualmente sienten que su conflicto es de tal magnitud que si no actúan rápidamente no lograrán el cometido que se proponen, y así surge la justicia por mano propia, en donde se suele usar mecanismos violentos

⁵³ SALAZAR, Gustavo. Óp. cit.

⁵⁴ VALENCIA VILLA, Alejandro. Derecho Internacional y conflicto interno: Colombia y el derecho de los conflictos armados. Encontrado en: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/colombia/Artile%20on%20Human%20Rights%20in%20Colombia.pdf> Pág. 1.

en contra de la otra parte para resolver los conflictos, ejemplo de ello son los llamados sicarios o los linchamientos en determinadas situaciones que se tornan en sí como una forma de venganza contra el otro.

Por otra parte, está la resolución, más audaz y menos violenta, también el mecanismo de la resolución de conflictos voluntaria, en donde las partes se ponen de acuerdo en resolver su controversia por la vía del diálogo, incluso sin necesidad de papeles ni firmas ni compromisos posteriores; sin embargo, es necesario aclarar que este tipo de solución se da para conflictos de menor magnitud, piénsese en el caso de un conflicto dentro de una relación de noviazgo, o en una discusión entre amigos.

Por último, y no menos importante, está la resolución alternativa de conflictos y la resolución por vía judicial, que requieren mayor atención y trámite; en este caso, como bien lo dice el Doctor Germán Palacio⁵⁵:

“Es importante comenzar resolviendo una pregunta: cuando se habla de resolución alternativa, es alternativa ¿a qué? (...) Tratando directamente el punto sobre ¿qué sería alternativo a qué?, para pensar más claramente sobre resolución alternativa de conflictos en un comienzo, lo que se debe plantear como alternativo es relativo a un cierto tipo de justicia o quizás, de administración de justicia (...).”⁵⁶

Como bien se sabe, en nuestro país la sociedad no tiene la suficiente confianza en la labor de los jueces para resolver los conflictos que surgen de ésta; al contrario, las personas tienden a

⁵⁵ Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Doctor de la Universidad de la Florida, Maestría en la Universidad de Wisconsin. Profesor de la Universidad de la Florida, de la Universidad Nacional de Colombia, de la Universidad Internacional de Andalucía, de la Universidad de Los Andes; Consejero y consultor del Departamento Administrativo de ciencia, tecnología e innovación Colciencias

⁵⁶ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. Cit. Pág. 17

tener una concepción negativa de los procesos judiciales en Colombia⁵⁷, y cada vez más los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos han tenido más acogida, no solo por sus destinatarios que termina siendo toda la sociedad, sino también por los legisladores que han puesto a la conciliación en la mayoría de casos como un requisito de procedibilidad para acceder posteriormente al aparato judicial. No obstante lo anterior, y claro está, sin desconocer las grandes virtudes que dicho mecanismo ha traído a la sociedad, existen ciertos temas que comprenden una mayor sensibilidad y trámite para ser solucionados, entre éstos, los conflictos laborales, los cuales pueden resolverse directamente por los jueces sin pasar antes por un proceso conciliatorio, ya que como lo afirma Boaventura de Sousa Santos: “ la administración de justicia también tiene control social de administración y de creación de derechos”⁵⁸

De esta forma, se logra evidenciar que existen múltiples formas de resolver un conflicto, unos más expeditos que otros, otros más efectivos que el resto; lo cierto es que lo importante es tener claro que la escogencia de uno u otro mecanismo dependerá del tema que se esté tratando, no hay un único camino ni una regla general para todos los conflictos que lleve a una verdad absoluta. Así, con toda razón expresa el Doctor Palacio:

“[el significado político social de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en una cuarta forma] es como un socavamiento de la justicia clásica y del Estado de derecho y su sustitución por una administración de justicia económica y políticamente rentable. Económicamente rentable porque muchas

⁵⁷ “El artículo de Diego López Medina se ocupa de un tema –el valor de los precedentes judiciales- cuya novedad en Colombia solo se explica por el atraso en nuestra reflexión sobre la importancia del poder judicial, especialmente en materia constitucional. Sería equivocado pensar que hablar de precedente es tocar un asunto propio de los sistemas anglosajones. Quizás lo fue, pero hace más de un siglo. Ni aun en Francia, cuna de la desconfianza hacia los jueces, las sentencias tienen tan poco valor como en Colombia” CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Derecho constitucional. Perspectivas críticas. 1999. Siglo del hombre editores. Pág. xiii.

⁵⁸ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. Cit. Pág. 21

veces las pequeñas causas, los raponazos en la calle, no son muy rentables; por el contrario, son económicamente gravosos para la administración de justicia”⁵⁹

Y lo sigue Boaventura de Sousa Santos al decir que “esta forma de conciliación de pequeñas causas empieza a ser muy ambigua, pues en términos generales de un lado crea una nueva accesibilidad del derecho, pero al mismo tiempo corre el riesgo de crear una justicia de segunda clase para ciudadanos de segunda clase”⁶⁰

CAPÍTULO TERCERO: LA FAMILIA

El fenómeno social denominado familia se origina por la necesidad natural del ser humano de agruparse con su misma especie con la intención de conservarla. Siendo una figura sin fronteras, multicultural y universal, se ha convertido en una figura de gran importancia para la humanidad, y por ello las legislaciones del mundo se han encargado de protegerla, atesorarla y reglamentarla a lo largo de su evolución.

Este capítulo se encargará de exponer las diferentes formas y manifestaciones de la familia, su evolución histórica, su importancia principalmente en el desarrollo del menor y su regulación jurisprudencial.

“Para la mayoría de los hombres, la familia es el factor esencial de virtud y felicidad, primero en la infancia tiempo de su formación -, después en la edad

⁵⁹ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. Cit. Pág. 34

⁶⁰ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, José Eduardo. Op. Cit. Pág. 22

adulta, en el hogar que ellos fundan. El nivel de una nación depende, ante todo, aunque no exclusivamente, del respeto de la institución familiar.”⁶¹

1. CONCEPTO

La noción de la familia está sujeta de manera inherente al elemento espacio-temporal, lo que genera que pueda abarcarse desde múltiples perspectivas y enfoques. Su raíz puede provenir de la unión de géneros, de la religión, del matrimonio, del parentesco, entre otros.

“La familia, como fenómeno social, es tan antigua como la humanidad misma, con la cual es consustancial; tiene su origen natural en la conjunción de los sexos y como institución jurídica deriva del matrimonio, que es la unión sancionada por la ley. Pero la generación no constituyó el origen de la familia; en la antigüedad influyó primordialmente como factor de integración la religión del hogar y el culto a los antepasados. Primitivamente fue una agrupación de carácter religioso, más que una asociación natural con comunidad de culto como elemento de cohesión.”⁶²

La Corte Constitucional de la República de Colombia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el concepto de familia. En la sentencia C-271 de 2003⁶³, la Corte ha optado por definir la familia bajo una perspectiva amplia, como: “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximo”⁶⁴.

⁶¹ LECLERQ, Jacques. La familia. Segunda Edición. Barcelona: Edit. Herder, 1962. Pág. 30.

⁶² SUAREZ Franco, Roberto. Derecho de familia. Novena Edición. Bogotá: Edit. Temis, 2006. Pág. 4.

⁶³ Sentencia C – 271 de 2003. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 1 de abril de 2003. Referencia: Expediente D-4248

⁶⁴ Sentencia C – 271 de 2003. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 1 de abril de 2003. Referencia: Expediente D-4248

Posteriormente, en la sentencia T - 932 de 2008⁶⁵ la Corte se encarga de eliminar radicalmente cualquier forma de diferenciación que a dicha figura se le hacía sujeta a su origen matrimonial o de unión libre, protegiendo de manera integral las diversas formas de familia, para posteriormente indicar que el término mencionado anteriormente deberá entenderse como:

“El núcleo esencial de la sociedad, y reconocer que puede ser constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por su voluntad responsable de conformarla (...). En consecuencia, tanto a través del contrato solemne, como por medio de la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad, se produce el efecto jurídico de la formación de una unidad familiar”⁶⁶

Siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la Corte en la sentencia T – 572 de 2009⁶⁷ ha reconocido la diversidad del concepto de familia y su complejidad de unificación.

Por ello ha convenido que:

“El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Por ello, sin que sea contrario a la Constitución, puede hablarse, por ejemplo, de familia monoparental o de familia biparental”⁶⁸.

⁶⁵ Sentencia T – 932 de 2008. Referencia: Expediente 1921193. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 19 de septiembre de 2008.

⁶⁶ SUAREZ Franco, Roberto. Op. Cit. Pág. 1 -2

⁶⁷ Sentencia T – 572 de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 28 de agosto de 2009. Referencia: Expediente: T-2247179.

⁶⁸ Sentencia T – 572 de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 28 de agosto de 2009. Referencia: Expediente: T-2247179

En último lugar, la sentencia C - 577 de 2011⁶⁹ expone la multiplicidad de vínculos que pueden dar origen a la familia, como los vínculos jurídicos fundados en el matrimonio o los vínculos naturales sujetos a una unión libre basada en la mera voluntad deliberada del ser humano. Asimismo, en el citado pronunciamiento la Corte ha estipulado de manera integral que la familia es:

“[U]na manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones, ya que su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia (...). El concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”⁷⁰.

⁶⁹ Sentencia C – 577 de 2011. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 26 de julio de 2011. Referencia: Expediente D-8367 Y D-8376

⁷⁰ Sentencia C – 577 de 2011. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 26 de julio de 2011. Referencia: Expediente D-8367 Y D-8376

2. EVOLUCIÓN

Entre los tratadistas persiste la polémica por la imposibilidad de atribuir de manera concreta un punto de inicio a la figura familia, debido a que su origen se confunde con la aparición misma del ser humano. Sin embargo, es posible señalar que:

“en los tiempos primitivos, los padres y los hijos se agrupaban en células más o menos numerosas, sometidos a la rígida potestad del jefe de la tribu, en ciertas ocasiones varón de cualidades excelsas, de experiencia y sobriedad que lo hacían acreedor de esa jefatura (familia patriarcal); en otros, bajo la dirección de una mujer, quien debido a su experiencia y moralidad se constituía en factor indispensable en la dirección de la familia (familia matriarcal); el vínculo que mantenía unidos a los componentes de la familia primitiva estubo en el parentesco y en la religión”⁷¹

Por otro lado, en Roma y Grecia la figura de la familia se encontraba relacionada con el término “epistion”, cuyo significado se refería de manera literal “lo que se halla junto al hogar”. En este sentido, y haciendo alusión al término mencionado anteriormente, la familia se entendía como aquel grupo de personas de la misma religión que invocaban al mismo Dios y que se encontraban relacionados como consecuencia de unos antepasados comunes.

“Tanto en Roma como en Grecia, la familia se caracterizó por la cohesión existente entre sus integrantes, quienes comulgaban en un mismo culto a sus antepasados. El padre, que como cabeza de la familia debía vigilar a los parientes sometidos bajo su potestad, gozaba de un poder de corrección casi ilimitado y solo se hallaba sometido a la voluntad de la gens.”⁷²

⁷¹ SUAREZ Franco, Roberto. Op. Cit. Pág. 4

⁷²Ibidem. Pág. 7

Sin embargo, con la llegada de Justiniano al poder, la familia se convirtió en una figura demostrativa del contexto cultural y de la época, siendo objeto de reformas trascendentales tales como: “la identificación de derechos de los agnados y de los cognados, la adquisición de verdaderos derechos sucesorios por parte de los hijos y la concepción de prerrogativa a la mujer in manus mariti. Los poderes del pater familias le fueron recortados al suprimírsele los atributos de sacerdote y magistrado que hasta entonces le pertenecían por derecho”⁷³

Durante la época medieval la familia advino una concepción humana asentada en el cristianismo, en la indisolubilidad del matrimonio y en los sentimientos morales de amor y respeto. Entendían la familia como “un organismo de ética muy elevada y con un núcleo social fuertemente constituido”.⁷⁴ De igual manera, el concepto de patria potestad entendido en Roma presenció un cambio radical en la familia medieval pues “ya no era el padre, que dotado de un poder absoluto lo domina todo, sino la persona que ejerce una función en beneficio de sus hijos”.⁷⁵

Finalmente la llegada del periodo contemporáneo, sucesivo de la Revolución francesa, influye de manera extraordinaria en la estructura familia pues si bien se conserva la monogamia matrimonial, se instituye de manera novedosa el matrimonio civil reemplazando el acuerdo solemne y la ceremonia religiosa, por la manifestación de voluntades acreditada frente a un delegado del Estado. A pesar del éxito que tuvo el matrimonio civil en la sociedad contemporánea, una vez arraigada la revolución

“se inicia un proceso defensivo de la integridad familiar: se suprime el amor libre, se restablece el matrimonio, se reducen las causas del divorcio y se sanciona a quienes incumplen sus obligaciones familiares. Al fin y al cabo, la familia es el

⁷³ *Ibíd.* Pág. 7

⁷⁴ LACRUZ, José Luis y ALBALADEJO, Manuel. Derecho de familia. Segunda Edición. Barcelona: Edit. Bosch Casa Editorial, 1943. Pág. 15

⁷⁵ CASTAN VÁSQUEZ, José María. La patria potestad. Novena Edición. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1960. Pág. 16

medio transmisor de las tradiciones de los pueblos, y por este motivo, implantadas las creencias socialistas, aquella será el factor idóneo para su preservación”⁷⁶

Una vez dilucidada la evolución de la familia de manera ecuménica, se ilustrará cómo se ha venido desplegado esta figura específicamente en Colombia, con el principal propósito de entender el porqué de su concepción y realidad actual.

En Colombia, a partir de la Conquista, se inicia una época familiar fundada en bases romano-cristianas, donde prima la estirpe patriarcal “con toda la autoridad girando alrededor del padre”⁷⁷, quien ostentaba un poder dominante, que se caracterizaba en la potestad absoluta que éste tenía sobre su mujer y sus hijos. En este periodo, el marido adquiere sobre la persona y bienes de la esposa todo el control, por lo que obtenía derechos patrimoniales y personales sobre esta.

Subsiguientemente, en Colombia se inicia un periodo de transición en virtud del Decreto 2820 de 1974, cuyo resultado máximo se concreta en la igualdad de sexos, social y jurídicamente, donde los cónyuges cuentan con la misma autoridad y se consideran igualmente responsables de su familia. En este orden de ideas, “la familia no puede ser considerada de manera exclusiva como patriarcal ni matriarcal (...). Así las cosas, la familia es de tipo conyugal, en la cual la autoridad es compartida en igualdad de condiciones por sus dos fundadores.”⁷⁸ Lo anterior, nos permite concluir que la organización familiar está fundada en los principios parentales cuya esencia es la paridad de sus progenitores.

Posteriormente, a la luz de la Ley 29 de 1982, se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, forjando un cambio trascendental para la

⁷⁶ SUAREZ Franco, Roberto. Op. Cit. Pág. 9

⁷⁷ CASTILLO Rugeles, Jorge Antonio. Derecho de Familia. Bogotá: Edit. Leyer. 2000. Pág. 24

⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 25

conformación de la familia. Dicha igualdad, es posteriormente ratificada por el artículo 42 de nuestra Constitución Política actual, en cuanto a que dispone que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

En la actualidad, la familia en Colombia se ha venido desligando del concepto conyugal, toda vez que la Constitución Política de Colombia de 1991 reconoce que dicha organización social puede constituirse “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...). Esto significa la separación conceptual entre matrimonio y familia, por cuanto la familia no se concibe ya como consecuencia del matrimonio”⁷⁹. La flexibilización de la noción de familia, trajo consigo la posibilidad de que ciertos sectores de la población fueran acogidos por esta figura, en especial la comunidad homosexual, toda vez que en la actualidad, en virtud de la sentencia C-577 de 2011, es posible afirmar que las parejas homosexuales son consideradas familia⁸⁰

Con base en el concepto anterior, resta exponer que la familia puede estar compuesta por una diversidad de modalidades dependiendo de la forma de unión y de las relaciones existentes entre sus miembros. Por ello, es posible conformar una familia compuesta por dos personas a través del vínculo matrimonial religioso, civil o de unión libre; una familia nuclear constituida por los progenitores y sus descendientes; una familia extensa integrada por diferentes parientes consanguíneos o afines; una familia monoparental acaecida cuando el o los descendientes

⁷⁹ Art. 42 de la Constitución Política de Colombia

⁸⁰ Sentencia C-577 del 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 26 de julio de 2011. Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376

“ Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual”. Sentencia C-577 del 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 26 de julio de 2011. Referencia:Expedientes acumulados D-8367 y D-8376

conviven con solo un progenitor; una familia ensamblada compuesta por “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”⁸¹.

A modo de conclusión, conviene reiterar que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia”⁸².

3. REALIDAD SOCIAL DE LA FAMILIA Y SUS PRINCIPALES CONFLICTOS

La transformación de la familia y la acelerada revolución de los sistemas familiares han ampliado el margen de su entendimiento, adaptándose a la evolución y las necesidades de la sociedad. “En los cambios recientes experimentados por las familias han influido los mayores niveles educativos, la urbanización, la secularización, la consolidación y globalización de las economías de mercado, con sus innovaciones tecnológicas, los procesos sociales, políticos, culturales y ambientales derivados de estos y particularmente, el aumento de la participación de las mujeres en el mercado laboral”.⁸³

Es menester mencionar que dentro de los cambios históricos más importantes de la realidad social en Colombia, y por ende con profunda incidencia en las dinámicas familiares, se encuentran “las transformaciones en las relaciones de género y entre generaciones, toda vez que

⁸¹ Ibídem

⁸² Ibídem

⁸³ <http://www.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/polpublicas/Pol%C3%ADtica%20P%C3%ABlica%20para%20las%20Familias%20de%20Bogot%C3%A1%20PPPF%202011-2025.pdf> (consultada el 16 de marzo de 2013)

las mujeres lucharon por el reconocimiento de sus derechos civiles, políticos y por la valoración social de su autonomía, consecuente con su contribución a la sociedad y a las familias”⁸⁴

De otra parte, ha disminuido el estigma de ser progenitor por fuera del matrimonio o en situación de soltería; el escenario de ser hombre o mujer sin pareja perdió importancia social; hay notoriedad en el incremento de la tasa de divorcios que ha sido asociado con “la secularización de la sociedad, las legislaciones más liberales y la emancipación de las mujeres”⁸⁵; y ha recibido una aceptación significativa la elección de parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Para concluir, vale la pena reiterar que la realidad social actual de las familias en Colombia es producto de “todas las transformaciones y las realidades sociales derivadas de estas situaciones, que dan lugar a lo que hoy hemos reconocido como la diversidad de las familias, un concepto que involucra un sinnúmero de prácticas sociales que hacen visibles otras estructuras, arreglos y formas de hacer y vivir las familias”⁸⁶.

Dada la anterior situación, en Colombia las familias se han visto afectadas por una serie de conflictos, resultado de los cambios y vicisitudes de la realidad social del país. Es así, como los conflictos familiares son un claro reflejo de aquellos que acaecen en la sociedad colombiana, como la pobreza y desigualdad, la disminución progresiva de las oportunidades educativas y laborales, la violencia en sus diversas formas (especialmente la violencia intrafamiliar), el desplazamiento y la migración.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ <http://www.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/polpublicas/Pol%C3%ADtica%20P%C3%ABblica%20para%20las%20Familias%20de%20Bogot%C3%A1%20PPPF%202011-2025.pdf> (consultada el 16 de marzo de 2013)

⁸⁶ *Ibíd.*

La pobreza, como factor conflictual dentro de la institución de la familia, ha sido el resultado de la recesión económica que experimentó el país a finales de los años 90. Si bien, actualmente la economía se ha reactivado, la calidad de vida de los habitantes no ha logrado la misma recuperación. Esta situación ocasionó que el aporte económico familiar se desplazara de sus progenitores a los demás integrantes de la familia, dando lugar al trabajo de menores, cuando éstos “deberían tener el estudio como actividad principal y prioritaria”.

El desempleo es otro factor determinante en las relaciones familiares, toda vez que va más allá de la ausencia del ingreso monetario pues “repercute sobre la formación y conservación de capital humano a través de la educación de los hijos, el aseguramiento de la salud, y el acceso en general a servicios monetarizados dentro de la sociedad, aumentando la desigualdad y las condiciones de inequidad”⁸⁷.

Asimismo, y como consecuencia directa de la violencia del país, el desplazamiento se ha convertido en un factor significativo en cuanto a las crisis familiares, toda vez que es “una situación que afecta la configuración y el tejido familiar (...), puesto que este proceso no sólo fragmenta las familias, sino que también acelera las separaciones de los y las jóvenes de su unidad familiar. En efecto, sobre estos recae la responsabilidad de trabajar para contribuir al mantenimiento de la familia, generalmente en lugares apartados del sitio de origen familiar”⁸⁸

Finalmente, y como factor detonante de los conflictos familiares, se encuentra la violencia intrafamiliar, caracterizada por ser un acto mediante el cual uno o más miembros de un grupo familiar produce daño físico, mental, sexual, impidiendo la libertad de locomoción o causando la muerte a otro u otros miembros de la familia. Este escenario resulta significativo “por los

⁸⁷ CEPAL. Reunión de expertos “Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales”. 28 y 29 de Julio de 2005. Pág. 12
⁸⁸ <http://www.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/polpublicas/Pol%C3%ADtica%20P%C3%BAblica%20para%20las%20Familias%20de%20Bogot%C3%A1%20PPPF%202011-2025.pdf> (Consultada el 15 de marzo de 2013)

efectos que este tipo de situación tiene sobre cada uno de los integrantes de las familias y sobre el tejido social”, afectando principalmente la paz, la integridad, la confianza y la estabilidad familiar.

“Las familias han cambiado de manera sustancial desde la mitad de la centuria y, en especial, en los últimos 35 años. El grupo familiar se transforma en medio de conflictos, contradicciones y reflujos propios de una institución inserta en un país pleno de paradojas y convulsiones sociales.”⁸⁹

4. LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA EN EL DESARROLLO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En el entendido que la familia es la figura ejemplar y el marco de desarrollo para los niños, niñas y adolescentes, por ser el primer escenario en el que el niño va relacionarse con otros miembros de su especie, la Constitución ha determinado incluirla en el Artículo 44 por ser “derechos fundamentales de los niños: (...) tener una familia y no ser separados de ella (...)”. De igual manera, el legislador considera la trascendencia que tiene la familia y por ende le atribuye la obligación a la familia de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; es decir, debe propenderse en todo caso por asegurar el crecimiento y desarrollo armónico e integral de los menores de edad, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, para así fomentar la plena evolución de su

⁸⁹JIMÉNEZ Valencia, NeylaFaridy. La conciliación en materia de familia - *Curso de Conciliación*. Ediciones Universidad del Valle. Colombia: 2002. Pág. 99

personalidad y permitirles convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad”.⁹⁰

En este orden de ideas, debe reiterarse que “es innegable la importancia que tiene la familia para el niño y niña, especialmente para su desarrollo social, ya que ésta representa el primer escenario esencial de la socialización (...) Las características psicosociales e institucionales de la familia y las relaciones interpersonales que se establecen entre los integrantes de la familia, que involucra aspectos de desarrollo, de comunicación, interacción y crecimiento personal, tienen una influencia directa en el desarrollo social de los hijos y las hijas”.⁹¹

Igualmente, la familia reviste una figura importante en el crecimiento del menor en el ámbito cultural, educativo, de la crianza, de los valores, de las creencias, de las costumbres, de las normas sociales, entre otros, siendo ésta “el primer espacio en donde el individuo desarrollar de manera armonizada sus aspectos cognitivos, afectivos y sociales y establece las primeras relaciones sociales con otros de la misma especie, se inicia la imagen de sí mismo y la del mundo que lo rodea (...)”⁹².

El éxito de la familia sobre el menor se materializa cuando éste no actúa únicamente como sujeto pasivo sino que alcanza un proceso interactivo, asimilando los conocimientos dados en el seno familiar, en cuyo caso “la participación activa del niño y la niña se afirma por el aprendizaje y la interiorización de la estructura social en la que se encuentran inmersos”⁹³.

⁹⁰ Sentencia T – 090 del 2007.M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 8 de febrero de 2007. Referencia: Expediente 1481143

⁹¹<http://www.pnlnet.com/la-importancia-que-el-hogar-tiene-para-los-ninos/> (consultada el 14 de marzo de 2013)

⁹²http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/mce/lopez_g_rr/capitulo3.pdf (consultada el 15 de marzo de 2013)

⁹³ Revistas <<Poiésis>>. FUNLAM. N° 23 – Junio de 2012

CAPITULO CUARTO: LA CONCILIACIÓN

Con el fin de obtener un desarrollo adecuado, extensivo e íntegro de la conciliación, es menester precisar su naturaleza. Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC) orientado a resolver las controversias que se presenten entre dos partes, en pro de evitar que se vean inmersas en un proceso judicial, a partir de la voluntad y el consentimiento de ellas. Teniendo en cuenta las características de la figura, resta mencionar que hace parte de la modalidad autocompositiva toda vez que: “está compuesta por aquellos medios en los cuales son las mismas partes las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de su voluntad con la intervención de un tercero imparcial, que facilita la comunicación entre las partes, y la búsqueda de soluciones al conflicto”

1. CONCEPTO

“La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”⁹⁴.

La definición consagra la conciliación como un acto jurídico mediante el cual las personas que gozan de capacidad jurídica y que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o que la ley haya catalogado como conciliable, pueden iniciar un dialogo entre ellas, con la intervención de un tercero neutral e imparcial que pretende facilitar el acuerdo satisfactorio dirigido a dar por terminada la controversia o a evitar la necesidad de recurrir a instancias judiciales bajo los efectos de mérito ejecutivo y cosa juzgada.

⁹⁴ Artículo 64 de la Ley 446 de 1998

Por último, podrá dilucidarse que la conciliación deberá entenderse como una actividad no judicial, bajo el entendido que el acuerdo que busca se encuentra sujeto a la mera voluntariedad de las partes y no a la figura de la coercibilidad de la ley.

2. ELEMENTOS

La conciliación cuenta con tres elementos que han sido objeto de múltiples análisis, pues son aquellos que deben cumplirse plenamente para proceder a valerse de la figura en cuestión.

El primer elemento es el objetivo, y hace referencia directa al conflicto que se pretende resolver mediante la figura de la conciliación. El segundo elemento es el subjetivo, que se encuentra sujeto a las partes que intervienen en la conciliación. Y el último elemento es el metodológico, refiriéndose al trámite o proceso legal que deberá iniciarse.

Debido a la importancia y trascendencia de dichos elementos, el Ministerio de Justicia y del Derecho los ha divulgado de manera explícita y generalizada en su Guía Institucional de Conciliación en Civil. En dicho documento se indica que:

“[S]e considera que el elemento objetivo de la conciliación extrajudicial en derecho civil, está circunscrito a las relaciones de contenido económico o patrimonial que no tengan la connotación de mercantiles, ni tampoco de derecho de familia o sucesoral. En cuanto al elemento subjetivo, se considera como aquellas personas que intervienen en la conciliación debiendo ser personas físicas o naturales que acudan a este mecanismo por sí mismas, si son capaces, o por medio de su representante legal, si no lo son o tratándose de sociedades, asociaciones y fundaciones que no tengan el carácter de mercantiles”⁹⁵.

⁹⁵ Ministerio de Justicia y del Derecho. Guía Institucional de Conciliación en Civil. Primera Edición. Bogotá: 2007, pág. 21.

3. CARACTERÍSTICAS

En el pronunciamiento C – 893 de 2001⁹⁶ de la Corte Constitucional se señala que:

“La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación (...). Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal”⁹⁷

Partiendo del concepto de la referida sentencia, y en función de diferenciar enfáticamente la conciliación de las demás modalidades de mecanismos alternativos de solución de conflictos, es dable manifestar que las características de la conciliación son las siguientes:

- Es un mecanismo de acceso de la administración de justicia “en tanto con ella se resuelve el conflicto suscitado entre las partes”⁹⁸
- Es un mecanismo alternativo de solución de controversias “por cuanto ella se torna para las partes, en una opción diferente (...) a la labor de administración de justicia que lleva a cabo el Estado”⁹⁹
- Cuenta con la intervención de un tercero “el cual tiene como función principal fomentar un acuerdo entre las partes que permita la solución del conflicto”¹⁰⁰

Subrayado por fuera del texto original

⁹⁶Sentencia C- 893 de 2001. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 22 de agosto de 2001 Referencia: Expediente D-3399.

⁹⁷Ibídem

⁹⁸ Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia

⁹⁹ Ministerio de Justicia y del Derecho. Guía Institucional de Conciliación en Civil. Primera Edición. Bogotá: 2007, pág. 17

- Es un mecanismo de administración transitoria de justicia puesto que:

“el conciliador que administra justicia lo hace de manera transitoria, pues éste actúa de acuerdo con la habilitación de las partes por el lapso temporal que establece la ley o la voluntad de las mismas, así como para aquellos asuntos que brinda el caso concreto”¹⁰¹
- Es un acto jurisdiccional “porque el acuerdo al que se llega hace tránsito a cosa juzgada y el documento en el que se plasma, presta mérito ejecutivo por disposición legal, lo que a todas luces le da la fuerza vinculante de una sentencia judicial”¹⁰²
- Es un mecanismo excepcional toda vez que “solo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional pueden llevarse ante un audiencia de conciliación”¹⁰³
- Es un sistema voluntario, privado y bilateral en la medida en que:

“a pesar de que la conciliación pueda llegar a constituir requisito de procedibilidad para iniciar el proceso judicial, la disposición del derecho a través de los acuerdos conciliatorios sólo puede hacerse en ejercicio del libre albedrío de las partes (...). Además, es un sistema privado y bilateral en la medida en que para su perfeccionamiento es necesario que las partes actúen en consenso, lo cual aplica no sólo para la suscripción del acuerdo conciliatorio sino también para la selección de la persona que interviene como conciliador”.¹⁰⁴

4. CLASES DE CONCILIACIÓN

¹⁰⁰ Ibídem. Pág. 18

¹⁰¹ Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia

¹⁰² Ministerio de Justicia y del Derecho. Guía Institucional de Conciliación en Civil. Primera Edición. Bogotá: 2007. Pág. 18

¹⁰³ http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=46 (Consultado el 22 de enero de 2013)

¹⁰⁴ Ministerio de Justicia y del Derecho. Guía Institucional de Conciliación en Civil. Primera Edición. Bogotá: 2007. Pág. 20

Si bien el legislador se encargó de regular éste mecanismo alternativo de solución de controversias, no se detuvo en profundizar enfáticamente sobre las clases de conciliación que podían llevarse a cabo. No obstante, del artículo 3 de la Ley 640 de 2001¹⁰⁵ es posible colegir la siguiente clasificación:

i. Según la oportunidad procesal

- Extrajudicial: Cuando la partes voluntariamente deciden acudir a este mecanismo de manera previa a la iniciación de proceso judicial o de manera externa a dicho proceso.
- Procesal: Cuando la conciliación se presenta durante el transcurso del proceso judicial sujeto al procedimiento legal y no a la voluntad de las partes

ii. Según la naturaleza de la decisión

- En derecho: Se presenta cuando el tercero que interviene tiene las calidades exigidas por la Ley 640 de 2001 y su actuación “se fundamenta principalmente en las reglas jurídicas que regulan la institución de la conciliación”¹⁰⁶.
- En equidad: Es aplicable a la conciliación extrajudicial y se emplea cuando: “para la solución del conflicto se tienen en cuenta principalmente razones de equidad, la cual prevalece sobre las normas de derecho aplicables a la conciliación; es decir, primordialmente se tienen en cuenta razones de igualdad y conciencia en la búsqueda de un real equilibrio entre las partes”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ “La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad”.

¹⁰⁶ Ibídem. Pág. 16

¹⁰⁷ http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=49 (Consultada el 22 de enero de 2012)

5. NORMATIVIDAD

En Colombia, la figura de la conciliación ha tenido una trascendencia importante por ser un medio ágil y asequible para la sociedad, al tiempo que ofrece descongestión en los despachos judiciales. En este sentido, el constituyente y el legislador se encargaron de plasmar y regular debidamente dicha figura.

i. Fundamentos Constitucionales

La Constitución Política de Colombia, siendo norma de normas, habilita a los particulares para que administren justicia de manera transitoria, bajo la figura de la conciliación, en su artículo 116 “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”

ii. Fundamentos Legales

Si bien el constituyente involucró el tema de la conciliación, el legislador se vio en la necesidad de desarrollar la figura durante el transcurso de los años debido a la evolución que ésta ha tenido.

En primer lugar, es válido mencionar que la ley 23 de 1991 evidencia indicios al integrar la conciliación como una posibilidad previa al inicio del proceso judicial mas no como un requisito obligatorio.

Posteriormente, surge el requisito de procedibilidad obligatorio consagrado en el artículo 88 de la ley 446 de 1998, y declarado exequible mediante la sentencia C – 247 de 1999, donde se insta que “La conciliación deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial,

ante el Juez de Familia, el Defensor de Familia, el Comisario de Familia, o en su defecto ante el Juez Promiscuo Municipal”. Los objetivos de la promulgación de dicha ley están destinados a lograr la descongestión judicial, la eficiencia y el acceso a la justicia.

De igual forma, encontramos la ley 640 de 2001 que regula específicamente lo relativo a la conciliación y a su procedimiento, principalmente lo referente a: el acta de conciliación, los conciliadores, los centros de conciliación, la conciliación extrajudicial en materias específicas, la conciliación como requisitos de procedibilidad, la conciliación judicial, entre otros.

Itera el legislador la importancia de la conciliación al plasmarla en el Código Disciplinario del Abogado – Ley 1123 de 2007 – toda vez que consagra dentro de los deberes del abogado (artículo 28): “13. Prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos; 18. Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones: c) La constante evolución del asunto encomendado y las posibilidades de mecanismos alternos de solución de conflictos”

Por último, la ley 1285 de 2009 regula el tema de la conciliación en el artículo 3¹⁰⁸, indicando que es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en cabeza de particulares investidos con la facultad de administrar justicia de manera temporal.

iii. Fundamentos Jurisprudenciales y conceptos del Ministerio de Justicia y del Derecho

¹⁰⁸ Artículo 3 Ley 1285 de 2009: “La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios. Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes. Contra las sentencias o decisiones definitivas que en asuntos judiciales adopten las autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para ello, siempre procederán recursos ante los órganos de la Rama Jurisdiccional del Estado, en los términos y con las condiciones que determine la ley. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.”

La Corte Constitucional Colombiana en diversos fallos ha tratado el tema de la conciliación bajo diferentes perspectivas y puntos de vista, sujeta a los casos concretos, a la situación social y a los derechos que interceden. En este sentido, se ha pronunciado mediante sentencias de tutela o constitucionalidad, con las competencias y facultades soberanas que la Constitución Política le otorga.

En este orden de ideas “entre la jurisprudencia y conceptos relevantes, frente a la conciliación, encontramos las siguientes: Sentencia C-893 de 2001¹⁰⁹; Sentencia C – 917 de 2002¹¹⁰; Sentencia C – 713 de 2008¹¹¹; Sentencia C – 1195 de 2001¹¹²; Sentencia C – 1196 de 2001¹¹³; Concepto 4416 de 2003; Concepto del 26 de mayo de 2003; Concepto 12919 de 2004; Concepto 12781 de 2006; Concepto No. 19657 del 6 de diciembre de 2006”.¹¹⁴

6. PROGRAMA NACIONAL DE JUSTICIA EN EQUIDAD

“El Programa Nacional de Justicia en Equidad se encarga de diseñar, gestionar y evaluar las diferentes iniciativas relacionadas con la resolución pacífica de conflictos, que utilizan la Equidad como un criterio esencial a la hora de su aplicación. Su misión está orientada a fortalecer y consolidar los mecanismos alternativos de solución de conflictos MASC, que tienen como objetivo desarrollar

¹⁰⁹Sentencia C- 893 de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 22 de agosto de 2001 Referencia: Expediente D-3399.

¹¹⁰ Sentencia C – 917 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 29 de octubre de 2002 Referencia: Expediente D-4082.

¹¹¹ Sentencia C – 713 de 2008. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 15 de julio de 2008 Referencia: Expediente P.E. 030.

¹¹² Sentencia C – 1195 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 15 de noviembre de 2001 Referencia: Expediente D-3519.

¹¹³ Sentencia C – 1196 de 2001.. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, 15 de noviembre de 2001 Referencia: Expediente D-3590

¹¹⁴ Ministerio de Justicia y del Derecho. *Guía Institucional de Conciliación en Civil*. Primera Edición. Bogotá: 2007, pág. 24

la convivencia comunitaria, utilizando el criterio de la Equidad como herramienta esencial de su aplicación”¹¹⁵. (Subrayado fuera del texto)

La implementación de la conciliación en equidad está dirigida a instaurar un programa tendiente a difundir dicho mecanismo a los municipios y las zonas de influencia, mediante un programa de acompañamiento, que contribuya a que en el 2019 el 100% de los municipios de Colombia, cuenten con Conciliadores en Equidad debidamente calificados, “apoyados y respaldados por la comunidad, las organizaciones cívicas, y los gobiernos municipales y departamentales, en coordinación con el gobierno nacional”¹¹⁶

CAPITULO QUINTO: LA CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA

1. CONCEPTO

Deberá entenderse como una especie del mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado conciliación, en donde el tercero interviniente – conciliador - buscando solucionar las controversias que surgieron entre las partes. Es importante tener en cuenta que si bien la ley no define con exactitud este tipo de conciliación, el legislador se encargó de diferenciar los

¹¹⁵ <http://www.mij.gov.co/econtent/newsdetailmore.asp?id=2192&idcompany=2&idmenucategory=226>(Consultada el 22 de enero de 2012)

¹¹⁶ *Ibídem.*

temas sobre los que versa, limitados por los artículos: 47¹¹⁷ de la Ley 23 de 1991; 40¹¹⁸ de la Ley 640 de 2001; 8¹¹⁹ y 9¹²⁰ de la Ley 1098 de 2006.

2. NORMATIVIDAD

Si bien, la conciliación en materia de familia se rige por las leyes generales de la conciliación, el legislador ha optado por pronunciarse de manera específica en Decreto 2282 de 1989; la Ley 23 de 1991; Decreto 1818 de 1998 y Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

3. SUJETOS A CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

En primer lugar, es substancial exponer que el requisito de procedibilidad es un trámite o procedimiento que exige la ley de manera previa a intentar una actuación procesal. Por esto, en los casos en los que la ley exija dicho requisito, deberá surtirse para cumplir con el adecuado procedimiento legal y poder solucionar la controversia entre las partes, bien sea en virtud de la

¹¹⁷ “Artículo 47: 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 canónico; e) La separación de bienes y la liquidación de 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”

¹¹⁸ “Artículo 40: a) Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces; b) Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias; c) Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial; d) Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; e) Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales; f) Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad; g). Separación de bienes y de cuerpos”

¹¹⁹ “Artículo 8: (...) asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente”

¹²⁰ “Artículo 9: Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales”.

conciliación o del proceso judicial. No obstante, vale enfatizar que la obligatoriedad versa sobre el intento que hacen las partes de acordar mas no exige que se dé un acuerdo como tal.

En este sentido, el legislador ha plasmado en el artículo 35 de la Ley 1395 de 2010 que:

“en los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación”¹²¹.

Una vez ilustrada legalmente la figura del requisito de procedibilidad, es cardinal destacar los asuntos que en el tema de familia exigen la conciliación como requisito de procedibilidad. La Ley 640 de 2001 en su artículo 40 expone que:

“La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos:

1. Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces;
2. Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias;
3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial;
4. Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros

¹²¹ Artículo 35 Ley 1395 de 2010

permanentes; 5. Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales; 6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad; 7. Separación de bienes y de cuerpos”.

4. ASUNTOS NO CONCILIABLES EN MATERIA DE FAMILIA

Por regla general, los asuntos que no sean susceptibles de ser renunciados, desistidos o transados no podrán ser objeto de conciliación. Dentro de estas características encontramos “los derechos fundamentales, las normas de orden público, los asuntos donde se involucren las buenas costumbres, los asuntos legales y constitucionales, los delitos, entre otros”¹²².
(Subrayado fuera del texto original)

Al respecto, en materia de familia el legislador mediante el los artículos 424, 1520, 2472 y 2473 del Código Civil, ha prohibido expresamente que se resuelvan ciertos asuntos por medio de la conciliación

“En concreto, los asuntos que se tramitan ante la jurisdicción de familia que no son susceptibles de ningún tipo de conciliación son:

Los asuntos de jurisdicción voluntaria (Licencia para vender o gravar bienes de menores; Designación de guardador; La declaración de ausencia; La declaración de muerte presunta; La interdicción del demente o sordomudo; Remoción del guardador; Rehabilitación del interdicto); La privación, suspensión y rehabilitación de los derechos de potestad parental; Investigación de paternidad; Procesos de adopción; Homologación de la declaratoria de abandono; Divorcio; Impugnación

¹²² Ministerio de Justicia y del Derecho. Guía Institucional de Conciliación en Civil. Primera Edición. Bogotá: 2007, pág. 32

de la paternidad o maternidad; Declaratoria de unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (cuando haya demandados indeterminados o herederos determinados e indeterminados, puesto que se designa curador ad-lítem); Homologación de la providencia eclesiástica que declara la nulidad del matrimonio; Rendición espontánea de cuentas del guardador; Rendición provocada de cuentas del guardador; Controversias entre los padres respecto de derechos de autoridad parental, cuando quien demanda es el Defensor de Familia; Nulidad de matrimonio civil; Nulidad del testamento; Desheredamiento; Procesos de indignidad para suceder al causante; Controversias sobre derechos a la sucesión por incapacidad de los asignatarios; Reivindicación por el heredero de cosas hereditarias; Rescisión por lesión enorme; Reforma del testamento; Interdicción por dilapidación"¹²³.

5. RÉGIMEN DE FIJACIÓN DE CUSTODIA, RÉGIMEN DE VISITAS Y CUOTA ALIMENTARIA

Este capítulo está encaminado a desarrollar temas de familia que son susceptibles de dilucidarse mediante la conciliación, en donde se encuentra inmerso el interés del menor. En este orden de ideas, es menester indicar que la importancia de dicha regulación surge en virtud del especial amparo que la constitución le brinda a los derechos de los menores y a su protección. Tal y como reza el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia: “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor (...). Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física

¹²³ Ibídem. Pág. 35

o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. (...) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

i. Custodia

La custodia se refiere al cuidado permanente del que goza uno de los padres, en casos de separación de cuerpos o de hecho, divorcio o no convivencia de los progenitores¹²⁴, de las niñas, niños y adolescentes que por ley les corresponde a los padres, y cuya legalización podrá realizarse a través de conciliación entre los padres ante un Defensor de Familia, un Comisario de familia – a falta del anterior -, un Inspector de familia – a falta de los dos mencionados previamente -, o por sentencia judicial de un Juez de Familia cuando no haya conciliación, bien sea por no acuerdo o por no comparecencia de algún padre.

El artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia regula literalmente la custodia manifestando que: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral”.

Asimismo, en los artículos 17 y 20 numeral 1 del mismo Código hacen mención a los términos calidad de vida y responsabilidad en su cuidado y atención que se encuentran en cabeza de los padres, relacionándolos al concepto del artículo 23.

¹²⁴ “En caso de hijos extramatrimoniales el cuidado lo tiene el padre que conviva con el menor de edad” <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Servicios/PreguntasFrecuentes/Custodia> (consultado el 17 de marzo de 2013)

“Artículo 17: Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.

Artículo 20: Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención”

ii. Régimen de visitas

Esta regulación se aplica principalmente a aquel padre o madre que no tiene la custodia plena de su(s) hijo(s) y consiste en permitirle que comparta por periodos limitados con el niño, niña o adolescente. El legislador se ha encargado de reglamentarla en el artículo 256 del Código Civil y en múltiples pronunciamiento jurisprudenciales¹²⁵, al considerarla como “un medio eficaz para seguir cultivando el afecto de los hijos y con ello mantener la unidad familiar en circunstancias de deterioro de las relaciones de los progenitores”¹²⁶

iii. Cuota alimentaria

“La fuente más importante de la obligación de pagar alimentos la constituye el parentesco. Aunque ciertamente no es la única”¹²⁷. Por su gran importancia, el Código de la Infancia y Adolescencia en su artículo 24 establece el derecho a los alimentos como concepto necesario

¹²⁵ Sentencia T – 500 de 1993. Referencia: Expediente 16717. M.P.: Jorge Arango Mejía. Bogotá, 29 de octubre de 1993; Sentencia T – 512 de 1993. Referencia: Expediente 17341. M.P.: Hernando Herrera Vergara. Bogotá, 05 de Noviembre de 1993; Sentencia T – 186 de 1994. Referencia: Expediente 17426. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, 18 de abril de 1994; Sentencia T – 274 de 1994. Referencia: Expediente 29319. M.P.: Jorge Arango Mejía. Bogotá, 06 de Octubre de 1996.

¹²⁶ ESCUDERO Alzate, María Cristina. Op. Cit. Pág. 661

¹²⁷ ESCUDERO Alzate, María Cristina. *Procedimiento de Familia y del Menor*. Décima Séptima edición. Bogotá: Edit. Leyer, 2011. Pág. 660

para el desarrollo integral del menor, y consagra que “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. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para 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, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”¹²⁸.

Debido a su gran importancia, el legislador se encargó de desarrollar este concepto en el Código Civil en el Título XXI (de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas) incluyendo todo lo relacionado con el deber y la obligación alimentaria pues la considera sancionable ante su incumplimiento.

Asimismo, la Corte Constitucional ha expresado que “la obligación de dar alimentos pesa sobre los parientes que tengan recursos económicos, y se establece en favor de los parientes pobres que se hallen en imposibilidad de procurarse sustento mediante el trabajo. Igualmente pesa entre cónyuges”.¹²⁹

6. ESTADÍSTICAS

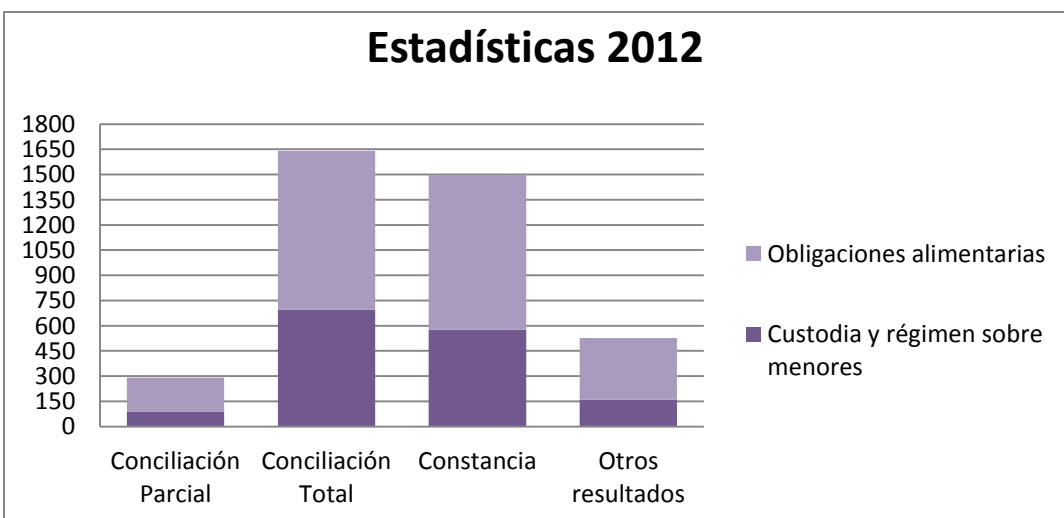
Desde la expedición de la Ley 640 de 2001, el Ministerio de Justicia y del Derecho se ha encargado de recopilar los datos reportados por los Centros de Conciliación autorizados, buscando obtener seguimiento completo de las conciliaciones realizadas.

Para fines de esta monografía jurídica, se realizará un análisis de las estadísticas publicadas por el Programa Nacional de Conciliación desde el 2010 hasta el año 2012 (ver anexos),

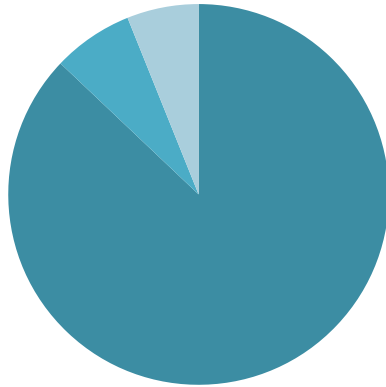
¹²⁸ Artículo 24 del Código de la Infancia y Adolescencia

¹²⁹ Sentencia T – 212 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 08 de junio de 1993 Referencia: Expediente 9329.

concretamente sobre conciliaciones en temas de custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria.

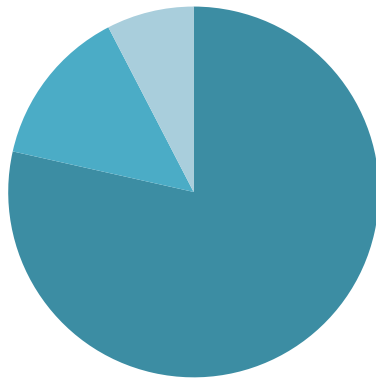


Estadísticas 2010 por intención de las partes



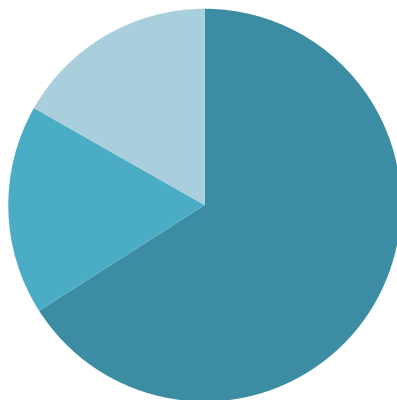
- Conciliar o utilizar otro instrumento MASC
- Cumplir con el requisito de procedibilidad
- Dialogar con ayuda de un tercero

Estadísticas 2011 por intención de las partes



- Conciliar o utilizar otro instrumento MASC
- Cumplir con el requisito de procedibilidad
- Dialogar con ayuda de un tercero

Estadísticas 2012 por intención de las partes



- Conciliar o utilizar otro instrumento MASC
- Cumplir con el requisito de procedibilidad
- Dialogar con la ayuda de un tercero

CAPÍTULO SEXTO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS SENTENCIAS C- 893 de 2001, C - 1195 de 2001 y C -1196 de 2001 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como quedó dicho anteriormente, la conciliación extrajudicial constituye un importante mecanismo alternativo de solución de conflictos; éste, en materia de familia es requisito de procedibilidad. Sin embargo, existen razones de orden constitucional, legal y jurisprudencial que hacen necesaria una flexibilización de la norma en el sentido de establecer dicho mecanismo como voluntario en temas custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria de niños, niñas y adolescentes, en aras de proteger y garantizar los derechos y principios de orden superior que propenden por el desarrollo integral de los mismos.

La Corte Constitucional de Colombia ha tenido, desde el año 2001 una misma línea jurisprudencial en cuanto a la inexequibilidad de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral.

En un primer momento, en la sentencia C-893 de 2001¹³⁰ la Corte hace un breve recuento del perfil constitucional de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a lo cual concluye que “la transitoriedad y alternatividad de estos instrumentos deriva del hecho de que constituyen una forma de colaboración de los particulares para el buen suceso de la administración de justicia (art. 95-7 C.P.). de ahí que por razones de orden público no sea concebible el traslado permanente de la función jurisdiccional a los particulares”¹³¹.

¹³⁰ Sentencia C- 893 de 2001. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 22 de agosto de 2001. Referencia: Expediente D-3399.

¹³¹ También agregó la Corte, recordando lo dicho en la sentencia T- 057 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz: “Según el artículo 116 de la C.P., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado Social de derecho, los particulares colaboran de varias maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, la conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. (...)”

La Corte posteriormente hace un recuento de las normas acusadas, entre éstas están los artículos 35 y 39 de la Ley 640 de 2001, referentes a la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral. Al respecto, la Corte declara la inconstitucionalidad de los apartes acusados, y para ello aduce varios argumentos, uno de ellos es la voluntariedad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y especialmente la conciliación laboral como tal, en donde la Corte afirma que:

“En efecto, el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 al disponer que en los asuntos susceptibles de ser conciliados, entre otros en materia laboral, debe haberse intentado el arreglo conciliatorio para que la demanda judicial sea admisible, somete la posibilidad de acudir a la jurisdicción a una condición que no resulta válida a la luz de la Carta en la medida en que la obligación de un arreglo conciliatorio obstruye la libertad de acceder a la administración de justicia (art. 229 C.P.)”¹³².

Sin embargo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos a que se hace mención no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan (Preámbulo y arts. 1 y 2 de la C.P.). En este sentido es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social. (...)

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

Por las mismas razones, estas alternativas privadas para la solución de conflictos no deban ser impuestas unilateralmente por el Estado con el fin de solucionar los problemas estructurales que aquejan a la administración de justicia, porque en vez de propender por la eficacia de ésta función pública se estarían generando serios problemas prácticos producto del resquebrajamiento de la autonomía privada y la consecuente desconfianza de las partes en los árbitros y conciliadores. En verdad, esta clase de soluciones parciales pueden ser dañinas y contraproducentes cuando se las concibe como remedios absolutos y unilaterales.

Por ello, en este campo se impone la necesidad de que el Estado y la sociedad civil aúnen esfuerzos para construir un sistema judicial eficiente, porque "la necesidad de justicia no es independiente de otras necesidades sociales. La justicia no es un agregado social autónomo, ni una fórmula milagrosa capaz de resolver todos los conflictos sociales. En este sentido, los esfuerzos, no solo estatales sino también comunitarios, destinados a crear mecanismos judiciales o extrajudiciales para la solución de conflictos, deben ir de la mano con esfuerzos destinados al fortalecimiento de la integración social. La justicia es una tarea que no se logra, de manera concomitante, sin la realización de otras tareas, tan complejas o aún más complejas que ella, que a falta de términos más específicos denominamos aquí como construcción social e institucional". *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*

Y más adelante constata lo anterior diciendo que “[D]esde otro ángulo de análisis puede afirmarse que la inconstitucionalidad del requisito de procedibilidad en asuntos laborales es contrario al conjunto de disposiciones superiores que le atribuyen al trabajo la condición de derecho fundamental y le imponen al Estado el deber de brindarle especial protección”¹³³.

Siendo este argumento un fuerte derrotero para la creación de la tesis de la Corte sobre la inexecutable de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral, se considera en el presente trabajo que dicho argumento también es aplicable en materia de familia.

La razón anterior se fundamenta en que la Corte asevera que el trabajo, en el ámbito constitucional goza de especial protección del Estado y tiene condición de derecho fundamental como la máxima categoría de derechos; ahora bien, la pregunta que debe hacerse es: ¿Acaso la familia como institución básica de la sociedad, y en especial los niños, niñas y adolescentes¹³⁴ como miembros de la misma, no tienen especial protección constitucional? ¿Son los derechos

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ “En relación con la protección constitucional a los adolescentes, la Corte Constitucional ha considerado que ellos están comprendidos en el concepto amplio de “*niños*” de que trata el Art. 44 de la Constitución y por tanto gozan de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado y son titulares de los derechos fundamentales en él consagrados, que prevalecen sobre los derechos de los demás. En este sentido ha señalado que la distinción constitucional entre niños y adolescentes no tiene como finalidad otorgar a estos últimos distinta protección, sino otorgarles participación en los organismos públicos y privados que adopten decisiones que les conciernen, teniendo en cuenta su mayor grado de desarrollo respecto de los primeros” Sentencia C-704 de 2008. M.P.: Jaime Araujo Rentería. 23 de julio de 2008. Expediente D-7152. Y evoca la mencionada sentencia a la C-092 de 2002 al referirse a la protección de los adolescentes diciendo: “De este modo, la Carta utiliza el término *adolescentes* para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que les conciernen

(...)

“Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “*menores*” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)”. En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “*niños*” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años”

de los niños fundamentales; la frase: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás es letra muerta¹³⁵ ? Los artículos 5, 42, 44 y 45 de la Constitución Política de Colombia, un sinnúmero de sentencias¹³⁶, Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia, y varios instrumentos Internacionales que sirven de base para concluir, desde ya, que puede haber una equiparación de la conclusión a la que la Corte llegó en cuanto al requisito de procedibilidad en materia laboral.

En un primer término tenemos a la Carta Política, cuya relevancia y significación salta a la vista. El artículo 5¹³⁷ establece la protección a la institución familiar, el artículo 42¹³⁸ determina la constitución de la familia por diversas vías, le otorga la garantía de protección integral por parte del Estado y demás autoridades y le atribuye diversas prerrogativas a la familia como

¹³⁵ Esta pregunta puede contestarse de antemano si necesidad de mayores análisis, al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-442 de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. 8 de julio de 2009. Expediente: 7444, dijo: “(...) es razonable concluir que el interés superior del menor es un principio rector en cuanto al trato normativo de los(as) niños y niñas, dirigido tanto a quienes crean y aplican las normas jurídicas, como a quienes implementan políticas o se relacionan con ellos en desarrollo de su rol social. Y a su turno el principio de prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho (18) años sobre los derechos de los demás, se configura como una manifestación de este principio en el contexto de los fenómenos de creación y aplicación del derecho. En este orden, el principio de interés superior del menor obliga, entre otros, a determinar el alcance de los contenidos normativos cuyo sentido es la protección de niños y niñas, de conformidad con la opción hermenéutica más favorable.

¹³⁶ Sentencias: T-08/92, C-005 /93, T-148/93, T-326/93, T-479/93, SU 491/93, T- 127/94, T-378/94, T-571/94, T-20/95, SU-43/95, C-109/95, T-608/95, T-65/96, T-640/97, C-192/98, SU-195/98, C-340/98, T415/98, TT-170/10, T-306/11, T-012/12, T-260/12,

¹³⁷ Artículo 5 Constitución Política de Colombia: El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

¹³⁸ Artículo 42 Constitución Política de Colombia: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. derechos y deberes.

institución y a sus miembros individualmente considerados. El artículo 44¹³⁹, de especial relevancia, consagra los derechos fundamentales de los niños, y la garantía de que éstos prevalecen sobre los derechos de los demás; y el artículo 45¹⁴⁰ que consagra la protección de los adolescentes.

Por su parte, la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, contiene un gran número de artículos que hacen referencia a la protección de niños, niñas y adolescentes; por ejemplo, el artículo 15 del mencionado Código establece la obligación de la institución familiar, de la sociedad en general y, por supuesto, del Estado con todas sus autoridades e instituciones en la formación de los niños, niñas y adolescentes¹⁴¹. El artículo 18 que hace relevancia al derecho a la integridad personal de esta indefensa población. El artículo 24 del Código se refiere a un derecho importantísimo en la formación de los niños, niñas y adolescentes: los alimentos, y todos los medios necesarios para su sustento desarrollo integral físico, moral, cultural y social. El artículo 32 habla del derecho a la educación de calidad, la cual será prestada de forma obligatoria y gratuita por el Estado en preescolar y básica. Otros artículos de dicho

¹³⁹ Artículo 44 Constitución Política de Colombia: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

¹⁴⁰ Artículo 45 Constitución Política de Colombia: El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

¹⁴¹ Artículo 15 Código de la infancia y adolescencia: “Es obligación de la familia, de la sociedad y del Estado, formar a los niños, las niñas y los adolescentes en el ejercicio responsable de los derechos. Las autoridades contribuirán con este propósito a través de decisiones oportunas y eficaces y con claro sentido pedagógico.

El niño, la niña o el adolescente tendrán o deberán cumplir las obligaciones cívicas y sociales que correspondan a un individuo de su desarrollo.

En las decisiones jurisdiccionales o administrativas, sobre el ejercicio de los derechos o la infracción de los deberes se tomarán en cuenta los dictámenes de especialistas”.

Código como el 48 comprenden la creación de espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos en los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos; el artículo 51 que establece la obligación del Estado de restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes que lo requieran; el art. 89 determina las funciones de la Policía Nacional para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes; el artículo 109 sobre el reconocimiento de la paternidad y el levantamiento del acta en el registro del estado civil; el artículo 111 sobre la fijación de cuota alimentaria en favor de niños, niñas y adolescentes, en consonancia con éste está el artículo 130 que se refiere a las medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria; el artículo 193 en donde se mencionan los criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos; entre muchos otros más que contempla el Código de la Infancia y la Adolescencia. Así, dejando a un lado el análisis de la poca o nula efectividad de dichos derechos, o la pobre gestión del Estado para protegerlos y dar garantías ciertas a esta población, vulnerable por naturaleza, nos centramos en que es vasta la legislación que existe en nuestro país para proteger a los niños, niñas y adolescentes; formalmente hablando existe un sinnúmero de disposiciones que tienden a la protección de los mismos, que pretenden dar amplias garantías y posibilidades de crecimiento y desarrollo integral al interior de la familia como miembros de ésta y en la sociedad.

De igual manera, la jurisprudencia no se ha apartado de la prevalencia del interés superior¹⁴² del menor, al respecto ha dicho:

¹⁴² “En este orden, sobre el concepto de interés superior del menor, la Corte ha precisado lo siguiente: “El interés superior del menor refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad. El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al

“El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de dieciocho (18) años de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. “Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. “La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en

contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal (T-510 de 2003)” C-704 de 2008. M.P.: Jaime Araujo Rentería. 23 de julio de 2008. Expediente D-7152

tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”¹⁴³

“De este modo, es razonable concluir que el interés superior del menor es un principio rector en cuanto al trato normativo de los(as) niños y niñas, dirigido tanto a quienes crean y aplican las normas jurídicas, como a quienes implementan políticas o se relacionan con ellos en desarrollo de su rol social. Y a su turno el principio de prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho (18) años sobre los derechos de los demás, se configura como una manifestación de este principio en el contexto de los fenómenos de creación y aplicación del derecho. En este orden, el principio de interés superior del menor obliga, entre otros, a determinar el alcance de los contenidos normativos cuyo sentido es la protección de niños y niñas, de conformidad con la opción hermenéutica más favorable”¹⁴⁴.

(Subrayado fuera del texto)

En ese orden de ideas, es necesario tener en cuenta que ni la legislación ni la jurisprudencia¹⁴⁵ han sido ajenas a la protección de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, según lo cual,

¹⁴³ Sentencia T-408 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. 12 de Septiembre de 1995. Expediente: T71149

¹⁴⁴ Sentencia C-704 de 2008. M.P.: Jaime Araujo Rentería. 23 de julio de 2008. Expediente D-7152

¹⁴⁵ La mencionada sentencia C-704 de 2008 cita la sentencia C-256 del mismo año para añadir que: “Ha sostenido la Corte Constitucional sobre el interés superior del(a) menor, recientemente en sentencia C-256 de 2008 lo siguiente: “*de manera acorde con los convenios internacionales ratificados por Colombia, el constituyente de 1991, consagró expresamente un conjunto de garantías que buscan proteger de manera especial a los menores, que de manera general se condensan en los derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 superior, ‘a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la*

podría entenderse que existen multiplicidad de casos en los cuales dicho interés entra en juego y se reviste de gran importancia para tomar ciertas decisiones, ejemplo que nos compete: el de la conciliación en familia en materia de custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria. Tema álgido y discutido al interior de la sociedad, ya que con la gran cantidad de normas relacionadas con el tema, muchas veces se ha dejado al azar la protección del interés superior de niños, niñas y adolescentes; casos en donde no solamente hay un grave descuido por parte de los padres o quienes están a cargo de los menores y llegan a un acuerdo perjudicial para éstos, o cuando simplemente las normas no se interpretan en el sentido en que éstas deben ser contempladas, coadyuvan a relegar y descuidar lo que la Carta Política vislumbró desde hace décadas con la especial protección a esta vulnerable población.

Por otro lado, en el ámbito internacional, cada vez se habla más de la protección de niños, niñas y adolescentes en diversos panoramas. Así lo confirma la Corte en la sentencia C-704 de 2008 M.P.: Jaime Araujo Rentería del 23 de julio de 2008:

“Desde hace un tiempo amplio, los niños han concentrado la atención de los Estados y de los organismos internacionales, que han consagrado en diversos instrumentos de Derecho Internacional su protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, por su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad o indefensión, la necesidad de garantizarles un proceso de formación

alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión’. Dentro de estas obligaciones, (...) sobresale la de proteger a los menores contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos’, además la obligación que tienen la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al menor para ‘garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos’, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás (...).”De este modo se ha señalado insistentemente, de conformidad con los postulados que informan el Estado Social de Derecho, que todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos donde se encuentren involucrados niños y niñas, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del(a) menor de dieciocho (18) años”Ibidem.

o desarrollo en condiciones adecuadas y ser quienes representan el futuro de los pueblos”¹⁴⁶.

Dice la Corte en la mencionada sentencia que:

“La necesidad de proporcionar a los niños una protección especial fue enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, en su artículo 25, Num. 2, establece que “la maternidad y la y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Así mismo, el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959, establece que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.(Subrayado fuera del texto)”¹⁴⁷

Más adelante, la sentencia mencionada advierte además que:

“Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia

¹⁴⁶ Ibídem.

¹⁴⁷ Ibídem.

mediante la Ley 74 de 1968, dispone en su Art. 24, Num. 1, que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

A su vez, el Art. 10, Num. 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, prevé que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

En el mismo sentido, el Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, contempla que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”¹⁴⁸.

Después, hace la Corte una referencia a 2 artículos de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la ONU en 1989, al respecto dice:

Posteriormente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, se convino:

¹⁴⁸ *Ibíd.*

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (Subrayado fuera del texto)

Artículo 3.¹⁴⁹

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”

(...)

Por otra parte, señala la Corte en la mencionada sentencia C-704 de 2008 con respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que:

“En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002, señaló al respecto:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

¹⁴⁹ *Ibídem.*

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”.

Por ello la Corte ha sostenido [en sentencia T-1051 de 2003] que “todos y cada uno de los derechos consagrados en favor de los niños revisten una connotación superior, por lo que tal y como lo estableció la Constitución Política en su artículo 44, la familia, la sociedad y el Estado deben concurrir en la asistencia y protección del niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, pudiendo cualquier persona exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”¹⁵⁰

Sin entrar en más normativa y legislación acerca de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes, salta a la vista la especial protección que se les ha otorgado a lo largo del tiempo mediante instrumentos nacionales e internacionales, y la fundamentalidad de los derechos de los niños y su prevalencia sobre el resto; y siguiendo con los argumentos de la Corte en sentencia C-893 de 2001, atrás mencionada, se puede, desde ya, concluir de manera tajante la perfecta aplicación de los argumentos de la Corte para la conciliación en materia de familia en temas de custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria. Al respecto, debemos decir que la Corte ha dicho en la sentencia antedicha que: “Efectivamente, la Constitución Política de 1991, además de enmarcar a Colombia como Estado Social de Derecho (art. 2º), prodiga al trabajo una especial protección de parte del Estado. De ahí que cuando se desconocen los derechos consagrados a favor de un trabajador, éste debe gozar de los mecanismos expeditos de acción para defenderlos ante las autoridades competentes, sin condicionamientos que enerven la

¹⁵⁰ *Ibidem*.

efectividad de los mismos”¹⁵¹. Así, es claro, según normas constitucionales y legales, numerosas sentencias e instrumentos internacionales, esgrimidos anteriormente, sobre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, que éstos gozan también de especial protección estatal y cuentan con mecanismos expeditos para hacer efectivos sus derechos, incluidos aquellos en diversas disposiciones como lo es la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia en lo que atañe a mecanismos de restablecimiento de derechos.

Más adelante, la Corte en la mencionada sentencia C-893 de 2001, sigue la misma línea de argumentación diciendo que: “Todo este elenco de normas protectoras, que arranca del presupuesto indubitable de la diferencia en la relación individual de trabajo donde existe una parte, el trabajador, en condición de inferioridad, podría quedar enervado, o al menos seriamente amenazado, si el titular de los derechos que le han sido vulnerados, tuviese limitantes o cortapisas impuestas por el legislador como condición para poderlos ejercer de modo expedito”¹⁵². Teniendo como base lo anterior, no es menos cierto que los niños, niñas y adolescentes están en condición de vulnerabilidad e indefensión respecto al resto de la población, y por ende, es claro, también, aquí, que si el legislador pusiere limitantes y requisitos para el ejercicio de sus derechos, los niños se verían seriamente afectados con ello.

Prosigue así la Corte a dar un argumento aún más contundente para declarar la inexequibilidad de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral, y dice:

“El carácter social de estos derechos -que muchas veces tienen incluso un contenido vital-, y la especial tutela estatal que se brinda constitucionalmente a los mismos, exige que el acceso a la justicia no pueda estar diferido ni obstaculizado por una

¹⁵¹ Sentencia C- 893 de 2001. Referencia: Expediente D-3399. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 22 de agosto de 2001.

¹⁵² *Ibidem*.

condición de procedibilidad impuesta aún contra la voluntad del beneficiario, con mayor razón si para ese trámite obligatorio previo al proceso se contempla la posibilidad de que el titular del derecho tenga en ocasiones que sufragar de su propio peculio, muchas veces escaso, expensas significativas para poder accionar ante los jueces”¹⁵³

Bajo este punto de vista de la Corte, los derechos laborales tienen no solo un carácter social, sino también un contenido vital, lo que los hace similares a los derechos de niños, niñas y adolescentes, cuya fundamentalidad e importancia quedó expresado anteriormente en los artículos constitucionales y disposiciones legales. Sin embargo, existe una diferencia en el argumento de la Corte, ésta arguye que no debe haber obstáculos para el acceso a la administración de justicia, en cuanto a esta especial categoría de derechos laborales, aún contra la voluntad del interesado; en el tema de los niños, niñas y adolescentes es distinto, ya que ellos no tienen la capacidad ni la total madurez para decidir qué es lo que más les conviene en un determinado momento, y menos aún, cuando se trate de una decisión en un conflicto familiar; dada la anterior situación, podría argumentarse que si los trabajadores tienen la prerrogativa de ir directamente a la justicia ordinaria para resolver sus conflictos laborales, aun pudiendo decidir sobre su conveniencia, con más razón los derechos de los niños, niñas y adolescentes deberían ser protegidos de igual forma suprimiendo la conciliación como requisito obligatorio y paso previo antes de acudir ante un juez, y evitar así, en palabras de la Corte “sufragar de su propio peculio [en este caso familiar], muchas veces escaso, expensas significativas para poder accionar ante los jueces”¹⁵⁴; y es que el problema central muchas veces es que la decisión la

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.*

toman los padres del menor en una audiencia en que, para evitar desgastes físicos, mentales y económicos, se prefiere llegar a un arreglo pronto, sin tener en cuenta el interés del menor ni su opinión. Es preciso señalar en este punto que la intención aquí expuesta no es eliminar¹⁵⁵ la figura de la conciliación sino tenerla como una posibilidad, una opción o alternativa de las partes en conflicto cuando se trata de temas de custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria, de manera que también exista la vía de acudir directamente a la justicia ordinaria para resolver dicho conflicto.

Posteriormente, la Corte reiteró los argumentos de inexecutable anteriores en las sentencias C-1195 de 2001¹⁵⁶ y C-1196 de 2001.

En la sentencia C-1195 de 2001, se reafirma lo dicho en sentencia C- 893 de 2001, sin embargo pone de presente, después de realizar un test de razonabilidad, la constitucionalidad de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia civil, contencioso administrativa y de familia; sin embargo, dicha sentencia tiene varios salvamentos de voto que sirven de base y cimiento para seguir construyendo los argumentos en contra de esa concepción, claro está, en materia de familia en cuanto a custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria de niños, niñas y adolescentes. Así, el salvamento de voto esgrimido por 3 de los Magistrados (Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández) corrobora la tesis planteada en el presente trabajo, al respecto coinciden en que:

“(…) la conciliación obligatoria en materia de familia, (…) resulta contraria al Ordenamiento Superior pues siendo la conciliación un mecanismo de carácter

¹⁵⁵ De la misma manera lo establece la Corte en la ya reiterada sentencia C- 893 de 2001 para el tema laboral diciendo que: “No es que la conciliación en materia laboral vaya a desaparecer. Por el contrario, conserva su especial relevancia histórica siempre y cuando no se la instituya como un requisito de procedibilidad en contra de los principios y valores constitucionales del trabajo y ante autoridades que en algunos casos por no ser versados en esta especialidad la tornan ineficaz y ocasionalmente onerosa. *Ibíd.*”

¹⁵⁶ Sentencia C-1195 de 2001. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa. 15 de noviembre de 2001. Expediente: 3519.

voluntario y transitorio de resolución de conflictos, no puede ser impuesto unilateralmente por el legislador con vocación de permanencia en el tiempo.

Sin embargo, también existen razones prácticas que acentúan la inconstitucionalidad de la conciliación forzosa como requisito de procedibilidad en materia de familia, toda vez que aparte de ser onerosa cuando se acude a los centros particulares de conciliación o ante los notarios, se presentaría un tratamiento desigual en el sentido de que en los lugares donde existen centro de conciliación la ley exige que los conciliadores tengan título profesional y hayan realizado un curso en técnicas de resolución de conflictos, exigencias que éstas no operan respecto de los personeros y notarios”¹⁵⁷

Finalmente, los Magistrados disidentes expresan un argumento de gran importancia:

“(…) Es de observar que la presente decisión no pretende ignorar que mediante Sentencia C-247 de 1999, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 88 de la Ley 446 de 1998, que estableció que la conciliación debía intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial, ante el juez de Familia, el Defensor de Familia, el Comisario de Familia, o en su defecto ante el Juez Promiscuo Municipal, bajo el condicionamiento previsto en esa sentencia, de que la conciliación prejudicial en materia de familia era obligatoria en los asuntos a que se refiere el inciso segundo del artículo 88.

¹⁵⁷ Al respecto, dice la Corte más adelante: “Especialmente se produciría una limitación indebida del derecho de acceder libremente a la administración de justicia, si se tiene en cuenta que a la onerosidad del servicio que prestan los centros particulares de conciliación y los notarios, se suma el significativo número de controversias que de conformidad con el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, deben ventilarse a través de la conciliación pre procesal de carácter obligatorio y en cuya solución está interesada la población que carece de recursos económicos para costear el valor de la gestión que adelantan las mencionadas instituciones”. Salvamento de voto de los Magistrados: Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, de la sentencia C-1195 de 2001.

Tal determinación fue adoptada por la Corte con arreglo a los parámetros jurisprudenciales establecidos en la Sentencia C-160 de 1999, que hacían referencia a la existencia de medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación que se presenten por quienes están interesados en poner fin a un conflicto y a la especificación de los asuntos susceptibles de ser conciliados, requisitos éstos que en esa oportunidad se consideraron satisfechos por parte del artículo 88 de la Ley 446 de 1998.

Luego, podría decirse que frente a la norma que se revisa existe cosa juzgada constitucional, que impediría un pronunciamiento de fondo. Pero no sucede así, puesto que de conformidad con la actual doctrina de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C-893 de 2001, es inadmisibile el establecimiento de la conciliación obligatoria como requisito de procedibilidad para acceder a la función jurisdiccional, por ser esta medida contraria a la naturaleza voluntaria y efímera de la facultad que tienen los particulares para administrar justicia en los términos del inciso tercero del artículo 116 de la Carta Política”¹⁵⁸.

Por último, expresan los mencionados Magistrados que: “Además se advierte que tratándose de los juzgados municipales se acentuaría notoriamente su carga de trabajo con la conciliación obligatoria en asuntos de familia, en abierta oposición a los propósitos que animaron la expedición de la Ley 640 de 2001, atinentes a la descongestión de los despachos judiciales”¹⁵⁹.

¹⁵⁸Salvamento de voto de los Magistrados: Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, de la sentencia C-1195 de 2001.

¹⁵⁹ Salvamento de voto de los Magistrados: Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, de la sentencia C-1195 de 2001.

Finalmente, la sentencia C-1196 de 2001¹⁶⁰ reitera que hay cosa juzgada respecto de la inexequibilidad de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral y decide “estarse a lo resuelto” a la sentencia C-893 de 2001 mencionada líneas atrás. Sin embargo, la sentencia en cuestión tiene: varias aclaraciones de voto, una de las cuales la hace el Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes, y que advierte lo siguiente:

“(…) Creo que la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad tiene amplio sustento constitucional. Sin embargo, eso no significa que ciertas regulaciones particulares de ese requisito de procedibilidad, en circunstancias históricas concretas, puedan tornar inconstitucional la figura. Y es que los mecanismos alternativos de resolución de los conflictos, como la conciliación, si bien tienen virtudes democráticas evidentes, tienen también riesgos antidemocráticos, que podrían implicar la inconstitucionalidad de determinadas regulaciones. Por ejemplo, estos mecanismos pueden generar resultados injustos, ya sea para las propias partes, cuando hay desigualdad entre ellas, o ya sea para terceros que no participan en las negociaciones. Así, la conciliación, cuando hay una profunda desigualdad entre las partes, tiende a darle la victoria a los más poderosos, como lo demuestran distintos estudios empíricos”¹⁶¹

Respecto a lo anterior, coincidimos con el argumento del Dr. Uprimny en cuanto puede haber resultados y decisiones conciliatorias que perjudiquen a sujetos que no hayan participado en éste, ejemplo de ello son los hijos de parejas que concilian la custodia, el régimen de visitas y el régimen de alimentos de los mismos.

¹⁶⁰ Sentencia C-1196 de 2001. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. 15 de noviembre de 2001. Expediente D.3590

¹⁶¹ *Ibíd.*

Más adelante afirma: “[E]s claro que la consagración de la tentativa de conciliación como requisito de procedibilidad no viola en sí misma la Carta, sin embargo es necesario que el juez constitucional examine siempre si las distintas regulaciones son proporcionadas y razonables, ya que algunas de ellas podrían desconocer el derecho de acceder a la justicia o vulnerar otras cláusulas constitucionales”¹⁶², como puede darse en el caso de un conflicto de familia en donde el acuerdo final que se plasma en la conciliación puede afectar negativamente los derechos fundamentales de los niños, e ir en contravía de la protección constitucional al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Dentro del presente capítulo habrá una mención general a las estadísticas¹⁶³ presentadas por el Programa Nacional de Conciliación en el transcurso de los últimos cuatro años – 2009 al 2012 - evidenciando el número total de conciliaciones solicitadas en los centros de conciliación autorizados, las conciliaciones llevadas a cabo en materia de familia y, en especial, lo relativo a las conciliaciones en temas de custodia, régimen de visitas y obligaciones alimentarias de niños, niñas y adolescentes.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ Los datos relacionados en el presente trabajo fueron tomados del Programa Nacional de Conciliación del Ministerio de Justicia y del Derecho en la página http://www.conciliacion.gov.co/busqueda_listar.aspx
http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=144
http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=145
http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=159
http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=161

AÑO 2009

TEMA	# DE CONCILIACIONES	# DE ÉXITO (1)	% DE ÉXITO
Custodia	159	119	74.8
Alimentos	2.328	1.821	78.2

(1) Las conciliaciones exitosas en todos los casos son aquellas para las cuales: Se cumple el acuerdo, no hubo reincidencia en el conflicto, y no se inicia proceso judicial.

AÑO 2010

TEMA	# DE CONCILIACIONES	# DE ÉXITO (1)	% DE ÉXITO
Custodia	129	114	88.4
Alimentos	3.015	2.309	76.6

(1) Las conciliaciones exitosas en todos los casos son aquellas para las cuales: Se cumple el acuerdo, no hubo reincidencia en el conflicto, y no se inicia proceso judicial.

AÑO 2011

TEMA	# DE CONCILIACIONES	# DE ÉXITO (1)	% DE ÉXITO
Custodia	165	138	83.6
Alimentos	3.723	2.851	76.6

(1) Las conciliaciones exitosas en todos los casos son aquellas para las cuales: Se cumple el acuerdo, no hubo reincidencia en el conflicto, y no se inicia proceso judicial.

AÑO 2012

TEMA	# DE CONCILIACIONES	# DE ÉXITO (1)	% DE ÉXITO
Custodia	171	152	88.8
Alimentos	3.786	2.965	78.3

(1) Las conciliaciones exitosas en todos los casos son aquellas para las cuales: Se cumple el acuerdo, no hubo reincidencia en el conflicto, y no se inicia proceso judicial.

Con base en los años sometidos a este trabajo, conviene mencionar que si bien el porcentaje de éxito de las conciliaciones realizadas es relativamente alto, teniendo en cuenta que en todos los años es superior al 70%, podría concluirse, en principio, que el mencionado mecanismo alternativo de solución de conflictos es de alguna manera eficaz. Sin embargo cabe preguntarse acerca del contenido de dichas conciliaciones. Es claro que las estadísticas arrojan valores y porcentajes que tal vez no muestran de manera fidedigna la situación de conflicto interno de la familia, especialmente la de los menores involucrados. De esta manera, los datos estadísticos reflejan que la conciliación se tiene como un mecanismo que si bien demuestra un índice satisfactorio de éxito, estos datos no pueden desentrañar la realidad de cada caso particular ni pueden mostrar si el “éxito” que se anuncia es o no real conforme a las verdaderas necesidades e intereses prioritarios de los niños, niñas y adolescentes, los cuales, cabe resaltar, tienen poca o nula participación en el proceso que, a la postre, termina por decidir sobre sus derechos y garantías mínimas. Con esto, se puede concluir que los datos de las estadísticas se basan más en un análisis cuantitativo que cualitativo del éxito o fracaso de una conciliación en virtud de las

variables que los mismos datos contienen. En un primer lugar se encuentra el cumplimiento del acuerdo, en donde si bien el porcentaje es alto, no evidencia: (i) la calidad del mismo, desconociendo si las necesidades de los niños, niñas y adolescentes involucrados se suplen con el resultado, (ii) las variables en virtud de las cuales no hay lugar a la reincidencia del conflicto conciliado ni inicio del proceso judicial, las cuales van más allá de un posible éxito en la conciliación materializándose en conductas como el temor, las amenazas y el conformismo.

CAPÍTULO SÉPTIMO. CONCLUSIONES

Debe advertirse que las conclusiones presentadas en este trabajo están basadas en un ideal ajeno a la realidad que se presenta actualmente en el país. En este sentido, para lograr una aplicación adecuada de las siguientes consideraciones, es menester reformar las instituciones, la cultura y el sistema colombiano actual.

De acuerdo con lo anterior, es dable concluir que los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional sobre la inexequibilidad de la conciliación laboral como requisito de procedibilidad son aplicables en materia de familia en lo atinente a custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria de niños, niñas y adolescentes; la razón es simple: los argumentos de la Corte apuntan a la importancia de los derechos de los trabajadores y la especial protección constitucional que éstos poseen; es por ello que puede concluirse que los derechos de los niños tal como la legislación y la jurisprudencia los han venido desarrollando, poseen igual, e incluso más protección por parte del Estado. Lo anterior se constata toda vez que han sido consagrados en diversos artículos constitucionales, en leyes de la República y en decisiones

jurisprudenciales, al tiempo que han sido trascendentales y regulados en el ámbito internacional acogidos por el bloque de constitucionalidad.

Así las cosas, siendo Colombia un Estado social de derecho, y siguiendo el precepto constitucional que reza que “los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás”, es necesario tener en cuenta el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes al momento de llegar a un acuerdo conciliatorio que a posteriori pueda afectar sus garantías mínimas. En este orden de ideas, para lograr a cabalidad el espíritu y la intención protectora del Constituyente y del legislador en lo respectivo a la normatividad que propende por un amparo integral de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes, es necesario promulgar normas que coadyuven a la protección y al bienestar de la familia, como institución básica de la sociedad, y la de sus miembros, en especial sobre los niños, niñas y adolescentes que hacen parte de ésta.

Dada la anterior situación, podría pensarse que los niños, niñas y adolescentes aún no tienen la madurez psicológica ni la capacidad para decidir aspectos tan vitales y fundamentales como: la custodia, régimen de visitas y cuota alimentaria - por su carácter de necesidad apremiante para el desarrollo integral de éstos -, considerando que son figuras que influyen en la vida y convivencia en familia. Por ello, es posible proclamar que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en una situación de inferioridad que deberá ser avalada y subsanada por parte del legislador, aplicando la mencionada hipótesis del presente trabajo.

Por otra parte, como se evidenció en el capítulo sexto de la presente tesis, las estadísticas de seguimiento en materia de custodia, régimen de visitas y cuotas alimentarias - indicadas por el Programa Nacional de Conciliación proyectan un resultado relativo, teniendo en cuenta que la cantidad de solicitudes por año impide la obtención de un seguimiento exacto y pormenorizado

de cada una de las conciliaciones realizadas. En este orden de ideas, el porcentaje que se plasma en los temas de la referencia, si bien es exiguo no debe pasar desapercibido, toda vez que recae sobre el interés superior del menor y sus derechos fundamentales.– logran demostrar que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de controversias ha logrado penetrar varias capas de la sociedad y se ha posicionado como un mecanismo “exitoso”; sin embargo, las estadísticas no logran desentrañar las vicisitudes que se dan al interior de los conflictos familiares, y no logran consultar el interés de niños, niñas y adolescentes involucrados en el mencionado conflicto. Los datos de las estadísticas si bien arrojan resultados que de cierto punto de vista pueden tenerse como óptimos, no puede afirmarse tajantemente que la conciliación logre satisfacer las necesidades de esta especial y vulnerable población, que, sin participación alguna, les afecta directamente el acuerdo al que se llegue, represente o no sus garantías y derechos mínimos. Por tanto, las variables de éxito de la conciliación pueden concretarse en acciones y emociones que pueden llegar hasta desconocer temas tan sensibles como la vida e integridad de los niños, niñas y adolescentes que se ven inmersos en un sinnúmero de conflictos familiares que debaten, muchas veces de manera informal, derechos constitucionales mínimos fundamentales de los menores. .

En aplicación del artículo 28 de la Ley 640 de 2001 en donde se declara inexecutable la conciliación extrajudicial en derecho en materia laboral ante los conciliadores de los centros de conciliación permitiendo únicamente que se celebre ante los inspectores de trabajo, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo y ante los agentes del Ministerio Público en materia laboral, el objetivo de este trabajo estaría encaminado a que dicho mecanismo alternativo de solución de controversias fuera realizado ante una autoridad competente, como el Juez de familia, el defensor de Familia o el Comisario de familia, puesto

que cuentan con los medios y conocimientos necesarios para: Fijar una tasa adecuada y proporcional a los ingresos de cada uno de los padres y a las necesidades del niño, niña o adolescente, establecer la custodia acorde al interés superior del menor en pro de su beneficio y determinar las visitas apropiadas para lograr un buen desarrollo de la figura paterna o materna, según el caso.

BIBLIOGRAFÍA

○ LIBROS

- CAMACHO GUIZADO, Álvaro. EL ayer y el hoy de la violencia en Colombia: continuidades y discontinuidades. Banco de la República. Encontrado en: <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/lablaa/revistas/analisispolitico/ap12.pdf>
- CASTAN Vásquez, José María. La patria potestad. Novena Edición. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1960
- CASTILLO Rugeles, Jorge Antonio. Derecho de Familia. Bogotá: Edit. Leyer. 2000.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Derecho constitucional. Perspectivas críticas. Siglo del hombre Editores. 1999.
- CRISTANCHO, Juan Pablo. La conciliación y mecanismos alternativos de solución de conflictos. Segunda Edición. Bogotá: Edit. Librería del Profesional, 2002
- DOUZINAS, Costas. El fin de los derechos humanos. Legis
- ECHEVERRY, Juan Carlos; SALAZAR FERRO Natalia; NAVAS OSPINA, Verónica. ¿Nos parecemos al resto del mundo? El conflicto Colombiano en el contexto internacional. 2001. Bogotá. Departamento Nacional de Planeación.
- ENTELMAN, Remo F. Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona. Gedisa. 2002
- ESCUDERO Alzate, María Cristina. Procedimiento de Familia y del Menor. Décima Séptima Edición. Bogotá: Edit. Leyer, 2011
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. GUTIERREZ SANÍN, Francisco. FARIA, Jose Eduardo. Conflicto y contexto: Resolución alternativa de conflictos y contexto social. TM Editores. Instituto SER de investigaciones Colciencias, Programa de reinserción. 1997
- GÓMEZ ISA, Felipe; DE CURREA LUGO, Víctor; GODED Mónica; SALAMANCA Manuel; URRUTIA ASUA Gorka. Colombia en su laberinto Una mirada al conflicto. 2008. Madrid. Catarata.
- GRANADOS MENDOZA, María Constanza. Conflicto: ¿Problema o invitación?. 2001. Bogotá. Centro Editorial Javeriano CEJA.
- GUTIERREZ de Pineda, Virginia. Estructura, función y cambio de la familia en Colombia. Segunda edición. Antioquia. 1999
- HABERMAS, Jurgen. Ciencia y técnica como ideología. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Tecnos, Madrid. 1986.
- HARRIS, Peter. REILLY, Ben. ZOVATTO, Daniel. Democracia y conflictos profundamente arraigados: opciones para la negociación. 2001. Stockholm. International Institute for democracy and electoral assistance IDEA
- HÜBNER GALLO, Jorge Iván. Los Derechos Humanos. Editorial Jurídica de Chile. 1994
- JIMÉNEZ Valencia, NeylaFaridy. La conciliación en materia de familia - *Curso de Conciliación*. Ediciones Universidad del Valle. Colombia: 2002

- LACRUZ, José Luis y ALBALADEJO, Manuel. Derecho de familia. Segunda Edición. Barcelona: Edit. Bosch Casa Editorial, 1943
- LAFONT Pianetta, Pedro. Derecho de familia seguridad familiar. Primera Edición. Bogotá: Edit. Librería del Profesional, 1997
- LECLERQ, Jacques. La familia. Segunda Edición. Barcelona: Edit. Herder, 1962
- LEDERACH, John Paul. El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz. Ed. Catarata. Madrid. 2000
- MEDINA Pabón, Juan Enrique. Derecho civil - derecho de familia. Tercera Edición. Bogotá: Edit. Universidad del Rosario, 2011
- MOTTA NAVAS, Álvaro Andrés. En: Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Universitas 110 julio-diciembre 2005.
- ROMERO Díaz, Héctor J. La conciliación judicial y extrajudicial su aplicación en el derecho colombiano civil, comercial, financiero, de familia, administrativo, arbitraje, agrario, laboral, penal y de tránsito. Primer Edición. Bogotá: Edit. Legis, 2006
- ROSS, Marc Howard. La cultura del conflicto. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia: Conflicto, cultural y el método intercultural. 1993 by Yale University Press, New Haven y Londres. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1995
- SALAZAR, Gustavo. Mirada crítica al conflicto armado colombiano. Agencia de la ONU para los refugiados ACNUR.
- SIERRA Rincón, Néstor Antonio. La conciliación en familia. Primera Edición. Bogotá: Edit. Doctrina y Ley, 2003
- SUAREZ Franco, Roberto. Derecho de familia. Novena Edición. Bogotá: Edit. Temis, 2006
- VALENCIA VILLA, Alejandro. Derecho Internacional y conflicto interno: Colombia y el derecho de los conflictos armados. Encontrado en: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/colombia/Artile%20on%20Human%20Rights%20in%20Colombia.pdf>
- VALENCIA VILLA, Hernando. La justicia de las armas. Tercer mundo editores. 1993.
- VALENCIA Zea, Arturo y ORTIZ Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Undécima Edición. Bogotá: Edit. Temis, 2006
- WEEKS, Dudley. Ocho pasos para resolver conflictos. 1993. Buenos Aires: Javier Vergara editor S.A.

○ GUÍAS

- CEPAL. Reunión de expertos “Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales”. 28 y 29 de Julio de 2005
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Guía Institucional de Conciliación en Civil. Primera Edición. Bogotá: 2007
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Guía Institucional de Conciliación en Familia. Primera Edición. Bogotá: 2007
- Revistas <<Poiésis>>. FUNLAM. N° 23 – Junio de 2012

○ **NORMATIVIDAD**

- Constitución Política de Colombia de 1991
- Decreto 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia.
- Decreto 1818 de 1998
- Decreto 2820 de 1974
- Ley 23 de 1991
- Ley 446 de 1998
- Ley 640 de 2001
- Ley 1285 de 2009

○ **JURISPRUDENCIA**

- Sentencia T – 212 de 1993. Referencia: Expediente 9329. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 08 de junio de 1993
- Sentencia T – 500 de 1993. Referencia: Expediente 16717. M.P.: Jorge Arango Mejía. Bogotá, 29 de octubre de 1993
- Sentencia T – 512 de 1993. Referencia: Expediente 17341. M.P.: Hernando Herrera Vergara. Bogotá, 05 de Noviembre de 1993
- Sentencia T – 186 de 1994. Referencia: Expediente 17426. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, 18 de abril de 1994
- Sentencia T – 274 de 1994. Referencia: Expediente 29319. M.P.: Jorge Arango Mejía. Bogotá, 06 de Octubre de 1996
- Sentencia T-408 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. 12 de Septiembre de 1995. Expediente: T71149
- Sentencia C – 577 de 2011. Referencia: Expediente D-8367 Y D-8376. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 26 de julio de 2011
- Sentencia C- 893 de 2001. Referencia: Expediente D-3399. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 22 de agosto de 2001
- Sentencia C – 1195 de 2001. Referencia: Expediente D-3519. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 15 de noviembre de 2001
- Sentencia C – 1196 de 2001. Referencia: Expediente D-3590. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, 15 de noviembre de 2001
- Sentencia C – 917 de 2002. Referencia: Expediente D-4082. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 29 de octubre de 2002
- Sentencia C – 271 de 2003. Referencia: Expediente D-4248. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 1 de abril de 2003
- Sentencia T – 090 del 2007. Referencia: Expediente 1481143. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 8 de febrero de 2007
- Sentencia C-704 de 2008. M.P.: Jaime Araújo Rentería.. Expediente D-7152. Bogotá, 23 de julio de 2008
- Sentencia C – 713 de 2008. Referencia: Expediente P.E. 030. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 15 de julio de 2008
- Sentencia T – 932 de 2008. Referencia: Expediente 1921193. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 19 de septiembre de 2008

- Sentencia C-442 de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. 8 de julio de 2009. Expediente: 7444
- Sentencia T – 572 de 2009. Referencia: Expediente: T-2247179. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 28 de agosto de 2009.
- **CONCEPTOS**
 - Concepto del 26 de mayo de 2003
 - Concepto 4416 de 2003
 - Concepto 12919 de 2004
 - Concepto 12781 de 2006
 - Concepto 19657 del 6 de diciembre de 2006
- **PÁGINAS INTERNET**
 - http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/mce/lopez_g_rr/capitulo3.pdf
 - <http://es.scribd.com/doc/16679933/Teoria-de-la-comunicacion-humana-P-Watzlawick>
 - <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=205016389005>
 - http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=144
 - http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=145
 - http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=159
 - http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=161
 - http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=46
 - <http://www.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/polpublicas/Pol%C3%ADtica%20P%C3%BAblica%20para%20las%20Familias%20de%20Bogot%C3%A1%20PPPF%202011-2025.pdf> (consultada el 16 de marzo de 2013)
 - <http://www.mij.gov.co/econtent/newsdetailmore.asp?id=2192&idcompany=2&idmenucategory=226>
 - <http://www.pnlnet.com/la-importancia-que-el-hogar-tiene-para-los-ninos/>

ANEXOS

AÑO 2009	
Conciliaciones totales	74.566
Conciliaciones familia	17.355
Conciliaciones régimen de visitas, custodia y obligaciones alimentarias	5.973

AÑO 2010	
Conciliaciones totales	63.332
Conciliaciones familia	15.125
Conciliaciones régimen de visitas, custodia y obligaciones alimentarias	3.156

AÑO 2011	
Conciliaciones totales	71.984
Conciliaciones familia	17.082
Conciliaciones régimen de visitas, custodia y obligaciones alimentarias	4.122

AÑO 2012	
Conciliaciones totales	74.318
Conciliaciones familia	16.386
Conciliaciones régimen de visitas, custodia y obligaciones alimentarias	3.957