

# Menores de edad como sujetos de derechos en la conciliación extrajudicial en asuntos de custodia

**Claudia Viviana Apráez Bravo**  
**Catherine Perugache Salazar**  
Estudiantes de la Maestría en Derecho  
Universidad Mariana

## Resumen

En ejercicio de la autonomía de la voluntad, el hijo menor de edad, sujeto de derechos, debe participar en la toma de decisiones en los asuntos que le compete, debe intervenir y ser escuchado en la conciliación extrajudicial de custodia. La voluntad o la capacidad de decidir del menor de edad no puede ser reemplazada por la de sus representantes legales. Se analiza la conciliación extrajudicial en materia de familia y la obligatoriedad constitucional y legal de permitir la intervención del menor, garantizándole el efectivo ejercicio de sus derechos.

*Palabras clave:* conciliación, custodia, derechos, extrajudicial, niños.

## Desarrollo

En el Ordenamiento Jurídico Colombiano se instituyeron los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), como una apuesta para descongestionar el aparato judicial, para que, al albor de principios como la celeridad, economía y eficacia, se logre la resolución de conflictos, propendiendo por una solución pacífica y directa entre las partes o por intermedio de un tercero imparcial que los exhorta a la solución de la disputa, a través del diálogo.

Bajo ese presupuesto, se tiene que la tan anhelada descongestión judicial se encuentra conexas con uno de los pilares del estado social de derecho, en desarrollo de las nuevas realidades sociales, el de la garantía de acceso, de manera pronta y oportuna a la justicia, y es en los mecanismos alternativos de solución de conflictos donde el Estado colombiano se apoya para lograr dicho fin (Montes, 2020).

En ese orden de ideas, dentro de los referidos MASC, se encuentra la conciliación, definida, en el Decreto 1818 de 1998, como el mecanismo de resolución de conflictos, por medio del cual las partes en contienda dirimen sus diferencias, orientados por un tercero neutral, llamado conciliador, quien asume un rol propositivo, instando a

las partes a lograr un acuerdo, planteando fórmulas de arreglo que pongan fin al conflicto.

Esta herramienta de carácter autocompositivo promueve, en la solución de una controversia, la participación directa y activa de las partes en contienda, convirtiéndose éstas en las protagonistas de la solución de la litis, en presencia de un tercero neutral denominado conciliador (Arboleda, et al., 2019).

Lo anterior permite inferir que la finalidad de este mecanismo alternativo de solución de conflictos es permitir que sean las partes quienes propongan soluciones a su controversia, guiadas por un conciliador, evitando así acudir a los estrados judiciales, donde existen trámites y procedimientos rigurosos y el conflicto termina resolviéndolo un juez.

La conciliación se erige como uno de los métodos alternativos de solución de conflictos, judicial o extrajudicial, a través del cual, las partes en conflicto, de manera voluntaria, pretenden llegar a un acuerdo, respecto de sus discrepancias, ya sea de índole contractual o extracontractual, con asistencia de un tercero ajeno a la litis e imparcial, denominado conciliador. (Gil, 2011).

La conciliación surge como una institución de garantía para los individuos, quienes consiguen, con la ayuda de un tercero imparcial, solucionar sus conflictos de manera celer y eficaz, evitando el litigio y la congestión del aparato judicial. El acuerdo conciliado se consigna en un acta, la cual prestará mérito ejecutivo y tendrá efecto de cosa juzgada (Arboleda, et al., 2019). Entendiéndose que no son procedentes nuevas peticiones conciliatorias sobre la misma controversia.

Ahora bien, este mecanismo se precisa como un requisito de procedibilidad en los asuntos susceptibles de conciliación, tal y como lo estipula la Ley 640 de 2001 y el Decreto 1069 de 2015, se exige como requisito previo para acudir ante la jurisdicción ordinaria, y en materia de familia, en los asuntos que versen sobre conflictos que involucren derechos de los niños, niñas y adolescentes, como lo es la custodia, cuidado personal y régimen de visitas.

En asuntos de derecho de familia, la conciliación extrajudicial, de conformidad con el art. 31 de la Ley 640 de 2001, puede surtirse por los comisarios de familia y por los defensores, entre otros, y las funciones que a estos les asisten se encuentran regladas en los artículos 82, 86 y 98 de la Ley 1098 de 2006, entre las cuales están aprobar acuerdos conciliatorios frente a custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes (N.N.A).

Los conflictos en materia de familia merecen mayor observancia, puesto que involucran, además de los derechos de los niños -que son prevalentes-, la célula fundamental de una sociedad, esto es la familia y las personas que la componen; por ello, el Estado debe proporcionar todas las herramientas para dirimir eficazmente los conflictos que en ella se susciten, por fallas de una parte que ocasione el resquebrajamiento de lazos familiares, derivando disputas (Arboleda, 2017).

Ahora bien, tanto en el Derecho colombiano como en el Derecho internacional existen disposiciones que buscan el reconocimiento y la protección integral de los derechos de los niños y, además, instauran el interés superior del menor; entre estas se tienen las siguientes: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece que los niños son sujetos de especial protección, y que las instituciones públicas o privadas, órganos legislativos y autoridades administrativas deben adoptar decisiones fundadas en el interés superior del niño, así mismo, los reconoce como personas con plenos derechos; en el caso de los adolescentes, con capacidad de ser ciudadanos responsables con la guía y dirección adecuada.

Así mismo, la CDN reconoce la autonomía progresiva como derecho inalienable de cada niño, niña y adolescente; esta autonomía progresiva, le permite, según el avance paulatino de la capacidad de ejercer por sí mismos sus derechos, manifestarse, decidir, ejercer derechos, e incluso contraer obligaciones.

De igual manera, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (1991) señala los derechos fundamentales de los niños, instauro su prevalencia frente a los derechos de los demás, los reconoce como titulares de derechos y fija la obligación que le asiste, en primer lugar, a la familia, pero también, a la sociedad y al Estado, de proteger al menor, asegurar que su desarrollo sea integral y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, tal como lo exige la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, establece el principio de primacía del interés superior del niño, niña o adolescente, es decir, debe prevalecer cuando exista un conflicto entre los derechos de los niños con los derechos fundamentales de otra persona y en los casos que involucren los derechos de los niños, cuando se deba tomar una decisión u actuación, administrativa, judicial o de cualquier naturaleza.

Así mismo, la anterior norma referenciada establece que los niños tienen derecho a ser escuchados en cualquier proceso u actuación y sus opiniones deben ser tenidas en cuenta. Lo anterior implica que en la conciliación extrajudicial debe tenerse en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes.

Considerar al niño como sujeto de derecho, según Gómez (2018), implica que el niño tiene derechos autónomos y que posee capacidad para ejercerlos por sí mismo, según su desarrollo, sus facultades y evolución. Así las cosas, los padres o representantes legales guían a los hijos para hacer efectivos sus derechos, hasta tanto el niño adquiera madurez.

La jurisprudencia constitucional, en Sentencias como la C-058 de 2018, C-113 de 2017 y la C-507 de 2004, ha sido enfática en que los niños no deben concebirse como incapaces sujetos de derechos restringidos, sino como personas autónomas y libres, que, según su madurez y capacidad, pueden involucrarse en la toma de decisiones para su vida y responsabilizarse por dichas decisiones.

Ahora bien, si un niño se encuentra en una situación propensa de vulnerabilidad, implica que requiere especial atención y un acompañamiento en su proceso de crecimiento; sin embargo, de acuerdo a su madurez, el niño debe ser partícipe de los procesos que busquen la protección y reconocimiento de sus derechos, pues, no cabe duda que, progresivamente, ha adquirido una capacidad para tomar decisiones adecuadas para su vida.

En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia T-587 de 2017, ha advertido que reconocer las opiniones de los menores es parte de considerar al niño como sujeto titular del derecho a la dignidad humana, además, implica que, de manera progresiva, se le reconozca mayor autonomía, para que el niño pueda, así, definir su proyecto de vida y ejecutar las acciones que lo lleven a conseguir dicho proyecto.

Lo anterior implica que debe escucharse y respetarse las decisiones que tomen los menores en los asuntos que puedan afectar o incidir en su propia vida, por ejemplo, en los casos de procedimientos médicos de los menores de edad, donde, a medida que crece la autonomía de los niños, debe ser mayor la protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, significando esto que tienen derecho a expresar libremente su opinión en dichos asuntos.

Por otra parte, respecto de los conflictos en materia de familia, en concreto los de custodia, Medina (2018) manifiesta que los niños requieren un cuidado permanente y dada su indivisibilidad, se debe asignar a solo uno de los padres la custodia, que será el que represente más ventajas para el hijo. Son las partes – padres– y en su defecto el juez, quien decide quien tiene la custodia de los hijos.

Hoy en día, la Corte Constitucional, en Sentencia T-384 de 2018, ha dicho que toda vez que a los dos padres les corresponde asumir con igualdad de derechos y deberes una progenitura responsable, con el deber de cuidado y crianza de los hijos, la regla general debe ser, la custodia compartida, si con ello se satisface el derecho al interés superior del niño.

En Sentencias como la T-005 de 2018, la Corte Constitucional precisó que se debe propender o buscar un equilibrio, una armonización, entre los derechos de los padres y los derechos del menor; no obstante, la solución siempre será la que mejor satisfaga, es decir, garantice, de manera plena -o haga efectivo-, el derecho al interés superior del niño, niña o adolescente.

Si bien, se tiene la vía judicial para determinar la custodia de los hijos, antes de llegar a ella, existe, para solucionar estos conflictos de manera más rápida, la posibilidad de fijar un plan de custodia a través de un acuerdo conciliatorio. La Ley 640 de 2001, en su artículo 35, el cual fue modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, define el procedimiento de conciliación extrajudicial en materia de familia.

En el caso de la conciliación para fijar la custodia, la legitimación para intervenir o quienes tienen la capacidad para comparecer recae en los padres, quienes actúan en nombre propio y en representación de los NNA, por disposición legal, y son quienes, finalmente, toman las decisiones que, a su juicio, son más convenientes.

Ahora bien, esa presunción que le asiste a los padres o representantes legales de los NNA de tomar la mejor decisión respecto de sus hijos, no siempre se encuentra armonizada por el querer de los NNA, en razón de que, dentro del desarrollo de la conciliación, su opinión no es tomada en cuenta al momento de dirimir el conflicto, aludiendo a su minoría de edad como un obstáculo para obligarse, olvidándose que, al ser sujetos titulares de derechos, les asiste el de ser escuchados.

Por su parte, Castillo (2020) refiere que, en los casos donde los padres concilian y establecen de común acuerdo la custodia y regulación de visitas de sus hijos, se está teniendo en cuenta únicamente los intereses de los padres; es aquí donde el conciliador toma un rol importante, pues, debe procurar que los padres valoren de igual forma lo que desean sus hijos.

Afirmación que no se comparte del todo, pues si bien el conciliador es el encargado de proponer fórmulas conciliatorias, difícilmente él podrá establecer que efectivamente los padres están teniendo en cuenta la opinión de sus hijos, ya que desconoce lo que los menores desean, al menos que se les permita manifestarlo en el proceso. Lo cual debería hacerse; la ley vigente le da, al menor, la capacidad para manifestarse y el derecho de ser escuchado.



En el mismo sentido, Arias (2018) aborda la capacidad de los infantes desde una perspectiva teórica y plantea que los derechos de los NNA deben ser equiparados con los de los adultos, debido a que la infancia y la adultez son estados del ser humano, y así como los adultos tienen voz y deciden sus conflictos, del mismo modo, la voz de los niños debe ser escuchada y su opinión tenida en cuenta, principalmente cuando se estén debatiendo sus derechos.

Desde esta nueva perspectiva de la infancia, Montejo (2012) refieren que, apartándose de la sustitución de la voluntad del menor que promueve la representación legal, hoy en día, se habla de responsabilidades de los padres, donde el niño va logrando una capacidad gradual de autodeterminación en consonancia con su autonomía. Lo anterior significa que a mayor autonomía, menor participación de los padres en las decisiones; también, se puede suponer que la visión actual de la infancia permite entender que la voluntad de los padres no reemplaza la voluntad de los hijos, sino que, por el contrario, los padres son los encargados de ayudar y guiar el proceso mediante el cual los hijos adquieren cada vez más autonomía para expresar su voluntad.

En el mismo sentido, López-Contreras (2015) establece que, en algunos casos, el niño pueda actuar directamente y por sí mismo, dada su madurez y el desarrollo de su autogobierno. Pero en otros casos, será necesario que los padres, tutores o representantes ejerzan el desarrollo de la personalidad de los niños, convirtiéndose así en los intérpretes de sus hijos.

Así, resulta indispensable resaltar que, al momento de adoptar decisiones referentes a custodia y cuidado personal, es indispensable validarlas a la luz de los principios del interés superior del niño y la autonomía, como orientadores en la toma de decisiones, que garantice de mejor manera los derechos de los NNA (Barcia-Lehmann, 2018).

Concluyendo, entonces, desde una perspectiva de derechos, si bien los niños, niñas y adolescentes se encuentran bajo el cuidado de sus padres, las pautas de crianza y los acuerdos, con respecto a la custodia y cuidado de los niños, a los que lleguen los padres, no pueden vulnerar los derechos prevalentes y legalmente reconocidos de los niños, deben reafirmar la voluntad y la capacidad de decisión de los niños y adolescentes.

Por ello, se considera que, en la conciliación extrajudicial de los asuntos de definición de custodia,

debe permitírseles a NNA que tomen parte del trámite conciliatorio, escucharlos y otorgarles valor a cada una de sus decisiones, según su competencia o grado de autonomía, con observancia de las circunstancias particulares del caso en concreto y sin estar sujetos a límites de franjas de edad rígidos.

Se concuerda con Montejo (2012), en el sentido que la autonomía progresiva de NNA transforma el concepto de incapacidad absoluta de ejercicio del menor. Por lo tanto, la autonomía progresiva ha derivado, según Montejo (2012), en hacer más flexible, más amplia la capacidad de un menor para obrar, y si bien, la capacidad es limitada, no lo es por ser incapaz, sino que es conforme a la capacidad de entendimiento del menor, es decir, la limita su propia evolución o desarrollo.

Así las cosas, si el NNA es capaz de comprender los términos del acuerdo conciliatorio, tiene cierta autonomía y presenta inconformidad con lo pactado, debería declararse fallida la conciliación e iniciar el trámite por instancia judicial, a efectos de establecer más a fondo las condiciones y razones de la decisión del menor de edad, que difiere de la tomada por los padres.

Es pertinente resaltar que, en los asuntos que involucran derechos de menores de edad, constituye un deber legal permitírsele al menor, conforme su capacidad de ejercicio y autonomía progresiva, manifestarse y decidir o elegir, en el caso de custodia, con cuál de sus padres quiere vivir, para efectos de que el menor sea partícipe de la construcción de su vida y se consolide, finalmente, como una persona capaz de decidir: autónoma.

En aras de reconocer a los menores de edad como sujetos de derechos, hacer real y efectivo el ejercicio de los dichos derechos, las decisiones que se adopten por las autoridades deben tener como fundamento la opinión del menor, siempre y cuando sea libre, espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento.

## Referencias

Arboleda, A (2017). Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17(33), 81-96. <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v17n33/1657-8953-ccso-17-33-00081.pdf>

- Arboleda, A., Acosta, L., Corredor, A. y Echeverry, C. (2019). Calidad en proceso conciliatorio del Centro de Conciliación Americana, Mecanismo para solucionar conflictos. *Revista Venezolana de Gerencia*, 24(85), 199-210. <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.900>
- Arias, B. (2017) La infancia como sujeto de derechos. Un análisis crítico. *Revista Ratio Juris*, 12(24) 127-142. <http://dx.doi.org/10.24142/raju.v12n24a6>
- Barcia-Lehmann, R. (2019). La custodia indistinta, como concepto privilegiando, frente a la custodia exclusiva como forma de custodia unilateral. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17(1), 139-151.
- Castillo, E. (2020). La custodia compartida en Colombia: elementos fundantes de una nueva concepción. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 382-409.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Bogotá, Colombia. <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Decreto 1818 de 1998. (1998, 7 de septiembre). Ministerio de Justicia y del Derecho. Diario oficial No. 43.380. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_1818\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1818_1998.html)
- Gil, J. (2011). *La conciliación extrajudicial y la amigable composición* (2.ª ed.). Editorial Temis.
- Gómez, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 14(18), 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>
- Ley 1098 de 2006. (2006, 8 de noviembre). Congreso de la República. Diario oficial No.46.446. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0640\\_2001.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html)
- Ley 640 de 2001. (2001, 5 de enero). Congreso de la República. Diario oficial No. 44.303. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0640\\_2001.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html)
- López-Contreras, R. (2015) Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70.
- Medina, J.E. (2018). *Derecho Civil Derecho de familia* (5.ª ed.). Universidad del Rosario.
- Montejo, J.M. (2012). Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2, 23-36. <https://doi.org/10.4995/reinad.2012.1036>
- Montes, I. (2020). Perspectivas teóricas del acceso a la justicia informal, y necesidades jurídicas de los MASC en Colombia: retos en tiempos de pandemia. *Revista erg@omnes*, 12(1), 19-41. <http://revistas.curnvirtual.edu.co/index.php/ergaomnes/article/view/1682/1141>
- Sentencia C-058/18. (2018, 6 de junio). Corte Constitucional. (Alejandro Linares, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-058-18.htm>
- Sentencia T-005/18. (2018, 26 de enero). Corte Constitucional.(Antonio Lizarazo, M.P).<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-005-18.htm>
- Sentencia T-113/17. (2017, 22 de febrero). Corte Constitucional. (María Calle, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-113-17.htm>
- Sentencia T-384/18. (2018, 20 de septiembre). Corte Constitucional. (Cristina Pardo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-384-18.htm>
- Sentencia T-507/04. (2004, 25 de mayo). Corte Constitucional. (Manuel Cepeda, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-507-04.htm>
- Sentencia T-587/17. (2017, 21 de septiembre). Corte Constitucional. (Alberto Rojas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-587-17.htm>

