



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TÍTULO:

***“FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA
INCLUSIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN LA
DEFENSORÍA MUNICIPAL DEL NIÑO Y DEL
ADOLESCENTE Y CENTROS DE CONCILIACIÓN
COMO MECANISMOS PARA LA FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERÚ”***

TESIS

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

BACHILLER: GUICELLA GUZMÁN VELASCO

ASESOR: MG. JAVIER DÍAZ DÍAZ

**CHICLAYO – PERÚ
2019**

**“FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA INCLUSIÓN DE LA
CONCILIACIÓN EN LA DEFENSORIA DEL NIÑO Y EL
ADOLESCENTE Y CENTROS DE CONCILIACIÓN COMO
MECANISMO PARA LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN EL
PERÚ”**

Tesis presentada por el Bachiller **GUICELLA GUZMÁN VELASCO**, a
la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de
Chiclayo, para optar el **TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**.

Guicella Guzmán Velasco
BACHILLER

Mg. Javier Díaz Díaz
ASESOR

Aprobado por:

Dr. Lito R. Becerra Angulo
PRESIDENTE

Mg. Flor de María Chuzón Jiménez
SECRETARIA

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
VOCAL

Dedicatoria:

La presente Tesis va dedicada a Dios a mis padres a mis hermanas a mis hijos y en especial a ti Adán Rojas mi compañero de vida.

A Dios, porque este logro se lo pongo en sus manos para que siempre me guíe con humildad, ética y profesionalismo llevando esta profesión en su nombre.

A mis seres queridos, que mis logros son sus logros, que nunca es tarde para llegar a la meta.

A ti amor que eres la persona que me enseña me inspira y me motiva a ser mejor cada día.

Agradecimiento:

Primero agradecer a Dios, que es el que guía mis pasos y bendice mi día a día.

A mi Compañero y pareja Adán, por ser mí asesor personal de tesis, por su valioso apoyo, consejos y tiempo en nuestra investigación por ser mi inspiración y motivación de que cada día debo ser mejor.

A la Universidad de Chiclayo, a mis docentes por la gran labor que cumplen para la formación académica y profesionalismo en sus enseñanzas como futuros Abogados y formación ética profesional.

GUICELLA

INDICE

Dedicatoria	III
Agradecimiento	IV
Indice	V
Presentación.....	IX
Resumen	X
Abstract	XI
Introducción	XII
CAPITULO I.....	- 1 -
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	- 1 -
1.1.Descripción del Problema.....	- 1 -
1.2.Planteamiento del Problema	- 3 -
1.3.Formulación del Problema.....	- 3 -
1.3.1.Problema General.....	- 3 -
1.3.2.Problemas Específicos.....	- 4 -
1.4Objetivos.....	- 4 -
1.4.1.Objetivo General.....	- 4 -
1.4.2.Objetivos Específicos.....	- 5 -
1.5. Justificación de la investigación	- 5 -
CAPITULO II	- 7 -
MARCO TEORÍCO	- 7 -
2.1.- Antecedentes de la Investigación	- 7 -
2.1.1.- A Nivel Nacional	- 7 -
2.1.2. A Nivel Internacional	- 7 -
2.2. Bases Teóricas.....	8

2.1.1. Teoría General de la Conciliación.....	8
2.1.1.1. Antecedentes	8
Antecedentes Mundiales	8
Antecedentes Nacionales	10
2.2.1.2. Definición sobre conciliación	14
2.1.2. Teoría General del Conflicto	41
2.2.2.1.- Definiciones de Conflicto	41
2.2.2.2.- Clasificación de los Conflictos.....	43
2.3.1. Aspectos Jurídicos sobre el Interés Superior del Niño	46
2.1.3.1. La convención internacional sobre los derechos del niño: expresión de un consenso universal.	46
2.1.3.2. Los derechos del niño son derechos humanos	48
2.1.3.3. El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones	52
2.1.3.4. El interés superior del niño como "principio_garantista"	55
2.1.3.5. El interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos	57
2.1.3.6. Función del interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño.....	61
2.2.4. ASPECTOS SOBRE FILIACION COMO VINCULO JURIDICO	67
2.2.4.1. Filiación y parentesco	67
2.2.4.2. Antecedentes históricos	69
2.2.4.3.- Etimología.....	70
2.2.4.4.- Concepto	70
2.2.4.5. Denominación.....	71
2.2.4.6. Definición	73

2.2.4.7.Como vínculo	73
2.2.4.8.Como estado de familia	74
2.2.4.9.Como relación	75
2.2.4.10. Hecho biológico	76
2.2.4.11. Posición nacional	77
2.2.4.12. Características	77
2.5.Hipótesis	96
2.6.Variables	96
2.7.Operacionalización de Variables	97
2.7.1. Operacionalización de la variable X = Filiación extramatrimonial	97
2.7.2.- Operacionalización de la variable Y= Interés superior del niño	97
CAPITULO III	98
MÉTODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	98
3.1. Tipo de investigación	98
3.2. Método de investigación	98
3.3. Diseño y Contrastación de hipótesis.....	98
3.4. Población y Muestra	99
3.5.Técnicas e Instrumentos de recolección de datos:	100
3.6.Métodos	101
3.7.Técnicas para el procesamiento y análisis de la información.....	102
CAPITULO IV	103
Resultados.....	103
CAPÍTULO V	106
Discusion de Resultados.....	106
CONCLUSIONES	111

RECOMENDACIONES	112
BIBLIOGRAFIA	113
FICHA DE RECOJO DE INFORMACION.....	115

Presentación:

Distinguidos señores integrantes del jurado evaluador, en concordancia con las disposiciones normativas especificadas en el reglamento de grados y títulos de la Universidad Particular de Chiclayo, dejo a vuestra consideración y elevado criterio académico, el informe de investigación titulada:

“Fundamentos jurídicos para la inclusión de la conciliación en la Defensoría Municipal del Niño y Adolescente y Centros de Conciliación como mecanismos para la filiación extramatrimonial en el Perú”

El mismo que me permitirá obtener el título profesional de abogada. Convencida del aporte teórico - científico y social de éste trabajo, manifiesto mi plena disposición a recepcionar y apreciar las observaciones y sugerencias que ustedes realicen, las mismas que de seguro van a contribuir a mejorar el presente estudio.

La autora.

Resumen:

La tesis titulada “Fundamentos jurídicos para la inclusión de la conciliación en la Defensoría Municipal del Niño y Adolescente y Centros de Conciliación como mecanismos para la filiación extramatrimonial en el Perú”, tuvo como objetivo determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para la inclusión de la conciliación en la Defensoría Municipal del Niño y Adolescente (DEMUNA) y Centros de Conciliación como mecanismos para la filiación extramatrimonial en el Perú. La metodología de investigación fue de tipo Jurídico Doctrinal Hermenéutica, nivel analítico. La población estuvo conformada por casos de filiación extramatrimonial del Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo; la muestra fue de cincuenta casos, la técnica utilizada fue la entrevista, el instrumento para el recojo de información fue la Ficha. Las conclusiones fueron: Existen fundamentos jurídicos que sustentan la institución jurídica de la conciliación, como mecanismo para la filiación extramatrimonial a realizarse en DEMUNAS y Centros de Conciliación Extrajudicial en Perú como es el interés superior del niño. Asimismo, si es posible aplicar la conciliación extramatrimonial en DEMUNAS y Centros de Conciliación en el Perú como lo es en España, Francia, y Estados Unidos, pues vuestra legislación así lo prevee.

Palabras claves: Interés superior del niño, filiación extramatrimonial, conciliación.

Abstract

The thesis entitled “Legal foundations for the inclusion of conciliation in the Municipal Ombudsman for Children and Adolescents and Conciliation Centers as mechanisms for extramarital filiation in Peru”, aimed to determine what are the legal foundations for the inclusion of conciliation in the Municipal Ombudsman for Children and Adolescents (DEMUNA) and Conciliation Centers as mechanisms for extramarital filiation in Peru. The research methodology was of the Hermeneutic Doctrinal Legal type, analytical level. The population was made up of cases of extramarital affiliation of the Magistrate Court of Chiclayo; The sample was fifty cases, the technique used was the interview, the instrument for the collection of information was the file. The conclusions were: There are legal bases that support the legal institution of conciliation, as a mechanism for extramarital affiliation to be carried out in DEMUNAS and Extrajudicial Conciliation Centers in Peru as is the best interest of the child. Likewise, if it is possible to apply extramarital conciliation in DEMUNAS and Conciliation Centers in Peru as it is in Spain and Colombia, as your legislation will provide.

Keywords: Best interest of the child, extramarital affiliation, conciliation.

Introducción

El interés de hacer una investigación sobre la inclusión de la conciliación en la Defensoría Municipal del Niño y Adolescente y Centros de Conciliación como mecanismos para la filiación extramatrimonial en el Perú, deriva de la preocupación por el incremento de número de casos de personas que presentan estos conflictos familiares lo cual al margen del tiempo prolongado, alto costo y tediosas consideraciones administrativas que demanda su atención conlleva a tener familias disfuncionales con graves trastornos de estructura organizacional lo cual se manifiesta especialmente en el comportamiento del niño o adolescente.

Esta investigación brinda información técnica científica relevante para que la autoridad competente asuman su compromiso activo e implementen las recomendaciones vertidas en el mismo pues en esencia se busca mejorar la atención a los casos de filiación haciendo que el procedimiento sea rápido y económico a cargo de las DEMUNAS y Centros de conciliación lo cual contribuye al bienestar y reconocimiento legal del niño y adolescente de contar con un apellido o identidad condición de suma importancia para que en el futuro sea un ciudadano de bien.

La estructura del informe responde al esquema oficial, en ese sentido se ha organizado de la siguiente manera:

CAPÍTULO I: Denominado **MARCO DE REFERENCIA**; se describe planteamientos teóricos el cual incluye conceptos básicos y principios más relevantes en función al tema de investigación. Acto seguido se mencionan

las normas que se tiene sobre el caso y como se da en el aspecto nacional e internacional.

CAPITULO II: Denominado: **PLANTEAMIENTO METODOLOGICO**; se aborda el problema de investigación el cual incluye la selección, antecedentes y formulación del mismo, además de la justificación y limitaciones del porqué de su realización.

Asimismo, el capítulo comprende la formulación del objetivo general y los específicos, el planteamiento de la hipótesis; además, de la descripción de las variables de estudio.

CAPÍTULO III, denominado **RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**, se presenta: resultados e interpretación de la encuesta aplicada a profesionales del Derecho, realizándose el análisis correspondiente para darle sustento técnico científico a nuestra hipótesis.

CAPÍTULO IV, es denominado **RESULTADOS**, relativos al procesamiento de datos.

El Capítulo V, es denominado **DISCUSIÓN** de resultados, en el cual se hace mención a la presentación de la contrastación de los resultados del trabajo de campo con los referentes bibliográficos de las bases teóricas y a la presentación de la contrastación de la hipótesis general en base a la prueba de hipótesis.

Finalizando el trabajo con las conclusiones, algunas recomendaciones y las fuentes bibliográficas consultadas.

Esperando vuestra aprobación, dejo a su criterio este informe de investigación.

La Autora

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del Problema:

En el Perú del siglo XXI existen los Centros de Conciliación Extrajudicial donde pueden acudir cónyuges, concubinos, padres e hijos para auto sentenciarse y de esta manera solucionar sus conflictos familiares, en tan solo horas, ahorrándose dinero y tiempo. Así es, la conciliación extrajudicial especializada en familia, denominada Ley de conciliación extrajudicial, la cual transformo radicalmente la forma de solucionar los conflictos de las familias. A diferencia de lo ocurría en el siglo XX donde la familia tenía que esperar años para solucionar sus conflictos familiares.

En cuestión de conflictos familiares a diferencia del proceso judicial donde al final del túnel las familias salen virtualmente destrozadas y desintegradas totalmente, la Conciliación extrajudicial realizada ante los Centros de Conciliación Extrajudicial ha mostrado ser más humana, saludable y convivencial a la hora de solucionar los conflictos acaecidos al interior de la familia, siendo la principal razón la siguiente:

Las soluciones arribadas en los Centros de Conciliación Extrajudicial satisfacen plenamente las necesidades genuinas de los hijos menores, cónyuges o padres de familia, porque, éstas han sido diseñadas y construidas por los propios padres y cónyuges o convivientes quienes saben perfectamente que necesitan realmente sus hijos, cónyuges o convivientes al momento de acordar una pensión de alimentos, tenencia o régimen de visitas, y en particular ahora con nuestra propuesta de filiación pues nadie más que ellos conocen a profundidad las necesidades a ser satisfechas, a diferencia que en el Poder Judicial donde la solución es impuesta por un tercero que desconoce totalmente las verdaderas necesidades de la familia,

generando a su vez más insatisfacción.

Ahora bien, según nuestro Código Civil, son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Entre los medios de prueba de la filiación extramatrimonial son el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad, mediante las cuales se asentarán una nueva partida o acta de nacimiento.

Efectivamente, el tema que estamos tratando se postula como una alternativa frente al proceso que se puede instaurar a nivel del Poder Judicial en materia de filiación, por un lado como sabemos la carga procesal que tiene nuestro sistema de justicia es innumerable es el motivo principal que nos motivó a desarrollar esta investigación porque como sabemos todo el proceso que se desarrolla, nos conllevaría gastos excesivos para los padres que bien podrían solucionar sus diferencias en los Centro de Conciliación, que es la propuesta que concebimos en la presente investigación. No olvidemos que muchos temas de familia se tramitan ante los tribunales nacionales pudiendo resolverse en otras instancias mucho más expeditivas, evitando el perjuicio que supone padecer un proceso judicial en materia de tiempo y dinero para las partes, que muchas veces son personas de escasos recursos.

Si la figura conciliatoria puede incluirse en las posibilidades de solucionar problemas en materia de filiación extramatrimonial se daría un gran paso en lograr una justicia efectiva en casos puntuales, y se descongestionaría sustantivamente la sobrecarga procesal de los juzgados.

Por estas consideraciones, el presente trabajo de investigación apunta a consagrar la figura conciliatoria como una alternativa importante de solución de conflictos de filiación extramatrimonial, buscando poner fin al desacuerdo o conflicto de las parejas y evitar

un mayor perjuicio a los menores no reconocidos toda vez que hoy en día el no tener un apellido genera muchas dificultades como por un ejemplo el acceso a programas del estado como la educación, salud, etc., siendo muchas veces estos menores discriminados.

1.2. Planteamiento del Problema:

En cuestión de conflictos familiares a diferencia del proceso judicial donde al final del túnel las familias salen virtualmente destrozadas y desintegradas totalmente, la Conciliación extrajudicial realizada ante los Centros de Conciliación Extrajudicial ha mostrado ser más humana, saludable y convivencial a la hora de solucionar los conflictos acaecidos al interior de la familia, siendo la principal razón la siguiente:

Las soluciones arribadas en los Centros de Conciliación Extrajudicial satisfacen plenamente las necesidades genuinas de los hijos menores, cónyuges o padres de familia, porque, éstas han sido diseñadas y construidas por los propios padres y cónyuges o convivientes quienes saben perfectamente que necesitan realmente sus hijos, cónyuges o convivientes al momento de acordar una pensión de alimentos, tenencia o régimen de visitas, y en particular ahora con nuestra propuesta de **FILIACION** pues nadie más que ellos conocen a profundidad las necesidades a ser satisfechas, a diferencia que en el Poder Judicial donde la solución es impuesta por un tercero que desconoce totalmente las verdaderas necesidades de la familia, generando a su vez más insatisfacción.

1.3. Formulación del Problema:

1.3.1. Problema General:

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la inclusión de la conciliación en la Defensoría Municipal del Niño y

Adolescente (DEMUNA) y Centros de Conciliación como mecanismo para la filiación extramatrimonial en el Perú?

1.3.2. Problemas Específicos:

- ✓ ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión de la conciliación en la Defensoría Municipal del Niño y Adolescente (DEMUNA) y los Centros de Conciliación como mecanismo para la filiación extramatrimonial?
- ✓ ¿Qué mecanismos ofrece nuestro ordenamiento civil para los fines de reconocimiento de hijos?
- ✓ ¿Cuáles son los aspectos jurídicos en torno al interés superior del niño y su influencia en los procesos de filiación a nivel nacional?
- ✓ ¿Que describe la legislación comparada sobre la posible aplicación de la conciliatoria en la filiación extramatrimonial?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General:

Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para la inclusión de la conciliación en la Defensoría Municipal del Niño y Adolescente (DEMUNA) y Centros de Conciliación como mecanismos para la filiación extramatrimonial en el Perú.

1.4.2. Objetivos Específicos:

- ✓ Describir los fundamentos jurídicos que sustentan la institución jurídica de la conciliación, como mecanismo para la filiación extramatrimonial.
- ✓ Identificar los mecanismos que ofrece nuestro ordenamiento civil para los fines de reconocimiento de hijos.
- ✓ Describir los aspectos jurídicos en torno al interés superior del niño y su influencia en los procesos de filiación a nivel nacional.
- ✓ Describir la posible aplicación de la conciliación en la filiación extramatrimonial según la legislación comparada.

1.5. Justificación de la investigación:

Los argumentos que justifican la importancia de la investigación, se organizan en cuatro aspectos relacionados con: ¿por qué?, ¿para qué?, ¿cuál es el aporte a la ciencia? y ¿cuál es la utilidad social?

El porqué de la realización del estudio, son las siguientes:

- La problemática de filiación lo cual genera familias disfuncionales con grave perjuicio para el niño.
- La posible implementación de la conciliación a nivel de DEMUNAS y Centros de Conciliación lo cual contribuye a abordar el tema de manera legal, rápido y económico.

El para qué se justifica por cuanto es necesario que el tema sea abordado con cierto rigor científico para que la figura de conciliación alcance a la filiación extrajudicial.

En cuanto al aporte a la ciencia, el presente trabajo de investigación se justifica porque brindará información veraz y oportuna sobre aspectos jurídicos de la filiación extramatrimonial y la conciliación como su posible instrumento legal para su implementación en las DEMUNAS y Centros de Conciliación en el Perú.

En el aspecto social, el estudio será beneficioso para la sociedad en general toda vez que los padres biológicos podrán cumplir con su obligación de brindar su apellido al hijo procreado extramatrimonial lo cual contribuirá a mantener un entorno socio familiar adecuado para su crecimiento y desarrollo.

CAPITULO II

MARCO TEORÍCO

2.1.- Antecedentes de la Investigación

2.1.1.- A Nivel Nacional

En esta parte de nuestro proyecto de investigación nos referiremos a los diversos estudios anteriores con el fin de buscar los mejores aportes a nuestro tema. Los principales antecedentes que hemos encontrado son los siguientes:

- **Carvajal Alvarado, Beatriz. (2011).** Análisis de la aplicación de la Conciliación en los temas de Familia en el Perú. Universidad César Vallejo- Trujillo. Tesis para obtener el título de Abogada, con relación al tema presentado concluye:

“La conciliación en los temas de familia en nuestro país ha resultado sobradamente eficaz para los integrantes de una familia, que padece algún conflicto conciliable, en razón de que los aspectos controversiales puramente familiares habrán quedado resueltos con el protagonismo exclusivo de los integrantes de la familia, sin necesidad de un juez. La familia, con la conciliación, participa regulando sus asuntos desde la perspectiva de lo que es mejor para los menores. Y es natural que así sea porque son los miembros de una familia”.

2.1.2. A Nivel Internacional:

Se procedió a realizar la búsqueda de información sobre el tema de investigación siendo que no existe antecedentes sobre estudios realizados del tema materia de investigación a nivel internacional; sin embargo, existen otros trabajos sobre filiación extrajudicial, pero con variables de estudio distintas a la nuestra.

2.1. Bases Teóricas:

2.1.1. Teoría General de la Conciliación:

2.1.1.1. Antecedentes:

La Conciliación es un medio alternativo de conciliación muy importante en nuestro país y para nuestro tema de investigación, por ello es necesario remontarnos a la historia, para empezar esta investigación.

En este sentido, vamos a iniciar la investigación histórica a nivel mundial y luego a nivel nacional.

Antecedentes Mundiales

- a) Roma.-** Como antecedentes de la Conciliación nos remitimos a la Edad Antigua, cuando en Roma la Ley de las Doce Tablas, contemplaba en uno de sus textos, el carácter obligatorio de todo aquello que las partes convinieran de común acuerdo durante el juicio.
- b) China.-** De igual forma, en la Edad Antigua, se consideraba a la mediación como uno de los recursos más importantes para resolver conflictos. Confucio señalaba: "la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo la coacción".
- c) Japón.-** Ante de la II Guerra Mundial, se aprobaron las normas legales, que permitían la conciliación en los conflictos personales ante los tribunales.
- d) África.-** En algunos países, como en los del África, se tiene como costumbre de carácter informal, la reunión de una junta de vecinos que permiten resolver los conflictos que pudieran suscitarse entre los vecinos, en el cual una de las personalidades con gran ascendencia en el grupo, ayuda a la solución de las diferencias.

- e) España.-** En el año 1788, se dirigió una instrucción a los corregidores, en los que se ordenaba que evitaran los pleitos, y por el contrario se llegue a un acuerdo voluntario, amistoso, para lo cual se debería de emplear todos los medios posibles de la persuasión, antes de llegar a juicio. La Ley del 03 de junio de 1821, de España, indicaba que los alcaldes debían presidir los juicios de conciliación, como elemento indispensable previo al juicio, que luego pasó como Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en donde se imponía con carácter obligatorio a las partes llegar primero a una conciliación. “En el Fuero Juzgo, Ley 15, título 1, libro 2, se habla de los mandaderos de paz y avenidores (....) estos funcionarios no eran permanentes, sino nombrados en cada caso por el rey para venir y conciliar los pleitos que éste les indicaba expresamente”¹ La conciliación sólo era dado para ciertas causas en función a la importancia de ellas o a las personas que eran parte del litigio, por lo que para evitarlas el rey enviaba los mandaderos de paz para procurar un acuerdo conciliatorio entre las partes.
- f) Francia.-** La conciliación se origina por el siglo XVII, para generalizarse luego de la Revolución Francesa, que ordenó por ley del 24 de agosto de 1790, que no se admita ninguna demanda civil si previamente no había un intento de conciliación y que era eminentemente de carácter personal. El Código de Procedimientos Civiles de 1806 de Napoleón, conservó la figura de la conciliación como obligatoria. En el Derecho Canónico, tanto en el Codex Iuris Canonici de 1917, y el de 1983. El canon 1446 expresa "Al comenzar el litigio y que cualquier otro momento siempre que se abrigue alguna

¹ Idem .p. 29

esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras”.²

g) Estados Unidos.- En este país, los inmigrantes chinos establecieron la Chinese Benevolent Association (Asociación Benevolente China), que permite resolver mediante la mediación, situaciones de conflicto entre sus miembros.

En 1920, la comunidad judío norteamericana fija su propio foro de mediación como el arbitraje, el Jewish Conciliation Board, en la ciudad de Nueva York. En 1964, el Civil Rights Act fundó el Community Relations Service, en el Departamento de Justicia, para casos de conciliación en las desavenencias que surgieran por motivos raciales y de la comunidad. En 1947, el Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS) fue creado para la solución de las controversias de índole laboral e industrial. En 1976, el American Bar Association (ABA) estableció un Special Committee on Alternative Means of Dispute Resolutions.

En 1963, fue creada la Association of Family and Conciliation Courts, para los efectos de conciliación en familia.

Antecedentes Nacionales

La institución de la Conciliación ha estado siempre presente en la normatividad del Perú, desde los inicios

² LEDESMA NARVAEZ, Marianella. La Conciliación. T.I. Lima, Perú, Edit. Fect.1998 – p. 34

de la época republicana; asimismo, la doctrina señala que la conciliación no es una figura creada por el Derecho Social; sino que debemos encontrar sus orígenes en el Derecho Internacional Público, donde junto con el arbitraje constituyen los procedimientos más típicos para buscar la solución a los problemas entre dos o más Estados.

a) La Constitución Política de 1823.- En su artículo 120, establecía.

“No podrá entablarse demanda alguna de carácter civil, sin haberse intentado la conciliación entre el Juez de Paz.

b) La Constitución Política de 1826.- Art. 112. “Habrá Jueces de Paz en cada pueblo para las conciliaciones no debiéndose admitir demanda alguna civil o criminal de injurias sin este previo requisito”.

c) La Constitución Política de 1828. Art. 120.- " En cada pueblo habrá Jueces de Paz para las conciliaciones, sin cuyo requisito o el de haberla intentado, no se admitirá demanda alguna civil o criminal de injurias, salvo las acciones fiscales y demás que exceptúe la ley".

Asimismo, se describe la legislación tanto nacional e internacional sobre la conciliación, en orden cronológico:

Año 1836.- El Código de Procedimientos Judiciales de Santa Cruz, artículos 100 y 119, consideraban a la conciliación como un acto previo a la demanda ante un Juez de Letras.

Año 1851.- El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, Título II, en su artículo 284 prescribía: "La Conciliación debe preceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito, excepto en los casos que expresa este título", además incluye 18 artículos más hasta el artículo 301, en los cuales se consideraba que la conciliación debería preceder a toda demanda que le corresponda en juicio escrito, artículos inspirados en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que a su vez disponía que la conciliación se realice ante el Juez de menor jerarquía, pero que por las formalidades y la rigurosidad en el cómputo de términos, impidió que tuviera mejor eficacia. No era posible el juicio conciliatorio en los procesos criminales que deben seguirse de oficio.

Año 1854.- El Reglamento de Jueces de Paz de 1854, establecía la competencia de los jueces de paz para el juicio conciliatorio sobre las siguientes materias: diezmos entre arrendatarios y pagadores de esta contribución, en los de aguas cuando no habla o no estaba impedido el juez privativo nombrado por la Municipalidad del lugar a la que correspondía las conciliaciones de este ramo, en los de policía cuando habían demandas del que resultaban contención entre particulares y en los casos no exceptuaba el propio Reglamento.

Año 1911.- Por Ley No. 1510 se aprueba la ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo artículo 103 se precisa " Los Jueces de Primera Instancia están facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por éste medio la conciliación de las partes".

Año 1912.- Código de Procedimientos Civiles de 1912, la conciliación no fue considerado como acto previo y obligatorio, establece que los jueces civiles de primera instancia estaban facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio tratando de lograr la conciliación de las partes.

Año 1963.- Por Decreto Ley No. 14695 se aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuyo artículo 183, establecía que los Jueces de Primer Instancia en lo Civil tenían la facultad para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por ese medio la conciliación de los litigantes.

Año 1980.- El Decreto Supremo No. 03-80-TR del 26.03.80, en materia laboral estableció como trámite obligatorio la conciliación, el Juez o el Secretario del Juzgado Invitará a las partes a una conciliación. Si ésta se produjese se dejará constancia en el acta, debiendo el Juez dictar la Resolución aprobatoria.

Año 1981.- El Decreto Legislativo 128, establece como trámite obligatorio del proceso sobre alimentos, la audiencia de conciliación y prueba, señalando que el Juez en la etapa de la audiencia debe buscar la conciliación de las partes.

Año 1991.- El Decreto Legislativo No. 767 que aprueba la nueva ley Orgánica del Poder Judicial, otorga a los jueces la facultad de propiciar la conciliación de las partes en los procesos, es así que los Jueces de Paz han sido constituidos como Jueces de Conciliación.

Año 1991.- El Decreto Ley No. 25940, incluye dentro de la modificación del Código Procesal Civil

artículos 446 - 10 y 453 - 4, se puede deducir la excepción de conciliación, cuya figura no estaba prevista en el Código originalmente.

Año 1994.- El Código Procesal Civil, artículos 322, la conciliación pone término al proceso con declaración sobre el fondo del litigio; artículos 326 y 335 el apoderado requiere autorización especial para celebrar la conciliación. Según los arts. 325 y 337, la conciliación sólo es posible si versa sobre derechos renunciables o disponibles; arts. 328 y 337, la conciliación y transacción, que ponen fin al proceso, adquieren la autoridad de cosa juzgada; arts. 323, la conciliación se da dentro del proceso; art. 468, la conciliación es un trámite obligatorio en el proceso civil; art. 326, el Juez participa activamente proponiendo la fórmula de arreglo.; art. 325, en la conciliación se pueden dar renunciaciones o concesiones unilaterales o bilaterales sobre diversidad de derechos renunciables o disponibles permitidos por ley; art. 701, en el proceso ejecutivo la conciliación se da como parte del trámite si se ha producido contradicción.

2.2.1.2. Definición sobre conciliación

“Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito”.³ Otra definición prescribe: “Es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos consistente en una negociación asistida, configurándose en un proceso mediante el cual, las partes involucradas en un conflicto acceden voluntariamente a permitir la

³ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. T.I. Bs. Aires, Argentina, Edit. Heliasta, p. 449.

intervención de un tercero (técnico e imparcial) y con capacidad de proponer fórmulas conciliatorias (que sirve de facilitador entre ellas), en el logro de una solución concertada". ⁴

Pedro Flores Polo, lo define como: " el acto de componer los ánimos de personas cuyas posiciones o criterios o intereses resultan opuestos entre sí." ⁵

Asimismo, **Augusto Morello**, lo define como "... un medio convencional o negocial directo, de eliminación de la incertidumbre en las relaciones o situaciones de derecho material en conflicto, en el sentido que, las partes se obligan a considerar, entre sí y para el futuro, como definitivas y sobre las nuevas bases acordadas, la figura histórica - jurídica de una relación o de una situación preexistente de derecho material." ⁶

José Junco Vargas, la considera como " el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley..." ⁷

Nuestra legislación califica a la Conciliación como una institución consensual, en tal sentido, los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes. "la conciliación es el acto jurídico por medio

⁴ RUSKA MAGUIÑA, Carlos. Manual de Formación y Capacitación de Conciliadores. p. 2.

⁵ FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. T.I. Lima, Perú, Edit. Cuzco. 1996, p. 527.

⁶ MORELLO, Augusto. Nota para el estudio de la concilkiacion en elCodigo Procesal Civil y Comercial de la Nacion. En Revista Argentina de Derecho Procesak, N° 1, Bs. Aires. Argentina, 1068, p. 75.

⁷ JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Bogotá, Colombia. Ediciones Jurídicas Radar, 2° Edición, 1994, p. 36.

del cual las partes buscan solucionar su conflicto de intereses, con la ayuda de un tercero llamado conciliador".⁸

Fases de la Conciliación

a) Preparación. - Se inicia con la lectura del expediente, el que puede estar compuesto por la demanda, contestación, escritos, pruebas, etc., de la denuncia y sus descargos, o de la solicitud de conciliación. Luego se deben registrar los datos resaltantes a manera de esquema, esbozando algunas fórmulas conciliatorias. Es conveniente que el ambiente en donde se llevará a cabo la audiencia de conciliación sea privado, libre de ruidos, molestos, ventilado, iluminado y con ayudas visuales como pizarras, afiches alusivos a la conciliación. Es recomendable que las partes formen un círculo o triángulo con el conciliador.

El conciliador debe identificar a las partes, evaluando la conveniencia de terceros que podrían coadyuvar en el proceso resolutivo.

b) Presentación. - El conciliador da la bienvenida a las partes, las identificará y se presentará ante ellas, disponiendo su ubicación en la sala. Luego brindará información sobre las características de la conciliación, sus beneficios, ventajas comparativas, las reglas de juego o normas de conducta que regularán la reunión.

Versiones parciales. - En esta fase el conciliador solicita a cada parte que individualmente y sin interrupciones de la otra, manifieste su visión del conflicto, consistente en la versión que según su punto de vista fundamenta la solución que plantea.

⁸ Ar. 3° de la Ley N° 26872 y artículo 3° de su Rgto. D.S. N° 001-98-JUS

Si el conciliador considera que le hace falta información complementaria debe formular las preguntas necesarias. Asimismo, debe encauzar o resumir la exposición, tratando de inducir a las partes a que se pongan en los zapatos del otro.

- c) Redefinición del conflicto.** - Luego de tomar nota de ambas versiones, el conciliador debe proceder a redefinir el conflicto, elaborando una versión única objetiva, basada en las versiones parciales, pero limpia de toda subjetividad; recordándoles que lo que se busca es una solución y no culpables.

Esta versión debe ser sometida a la aprobación de las partes, quienes deben opinar al respecto. La versión única objetiva constituye el punto de partida para realizar un análisis o diagnóstico situacional, que es el punto de partida para generar opciones de solución.

- d) Generación de opciones.** - El conciliador solicitará a las partes que hagan propuestas u opciones alternativas de solución.

- e) Propuesta de fórmulas conciliatorias.** - Queda a criterio del conciliador la posibilidad de proponer fórmulas conciliatorias nuevas o mejorando las planteadas.

- f) Análisis y evaluación de opciones.** - Consiste en analizar y evaluar las opciones vinculantes de solución, recurriendo a criterios de legitimidad, es decir, criterios objetivos externos de racionalidad o índices referenciales sobre la base de los cuales se determina la justicia y la validez de las fórmulas conciliatorias en busca del beneficio de ambas partes.

- g) Compromiso.** - Al verificarse la elección de una de las opciones de solución, el conciliador dejará constancia verbal de la escogida.

- h) Estructuración del Acuerdo, Consulta y Ratificación.**

Queda a cargo del conciliador el diseño del acuerdo que

contendrá el compromiso asumido por las partes. Dicho acuerdo deberá hacerse por escrito (Acta de Conciliación) y contener de preferencia la totalidad de los términos y condiciones requeridos para su ejecución exacta, discriminando clara y precisamente las obligaciones a cargo de cada parte, el plazo de cumplimiento, etc.

El éxito de una conciliación se debe determinar sobre la base de la satisfacción de los intereses de las partes, lo que implica la conformidad con el acuerdo y el cumplimiento efectivo de éste.

- i) **Filtro legal.** - Es indispensable que un Abogado verifique la legalidad del acuerdo, en lo que se refiere a la inclusión de derechos disponibles como exclusiva materia conciliable.
- j) **Suscripción del Acuerdo**

Una vez suscrita por un Abogado el Acta de Conciliación que contiene el acuerdo, el texto final será suscrita por las partes.

Sin embargo, la Ley No. 26872 constituye la primera norma que regula de manera orgánica la institución de la conciliación, considerándola como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Clasificación de la Conciliación

El ámbito de la Conciliación es muy amplio; sin embargo, vamos a revisar someramente las clases de conciliación que existen.

- a) **Conciliación Administrativa.** - Es aquella que lo realiza un funcionario de la administración pública como, por ejemplo, el que realiza el INDECOPI, el Ministerio de Trabajo, las Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente (DEMUNAS), DE LOS Municipios, las Comisarías de Mujeres, el Ministerio Público, sobre todo

en asuntos de familia, entre otros.

- b) Conciliación en INDECOPI.** - El Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), es un organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Tiene personería de derecho público y goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Se creó mediante Decreto Ley No. 25868 de 06 de noviembre de 1991. Posteriormente esta ley ha sido modificada por D.L. N° 26116 del 30 de diciembre de 1992, y por Decreto Legislativo N° 807 de fecha 24 de abril de 1996.

El Indecopi es un organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger, entre otros, el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia, los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, la calidad de los productos y otros que se le asignen. Justamente, el Dec. Leg. N° 807, modificatorio del D.L. N° 25868, en su artículo 30, establece que, " en cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, las partes podrán someterse a arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros, etc.

De otro lado, el Dec. Leg. N° 716, de fecha 07 de noviembre de 1991, denominada Ley de Protección al Consumidor, en su artículo 38, establece que la Comisión de Protección al Consumidor, establecerá directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos. ", etc.

- c) **Conciliación Laboral.** - La Conciliación Laboral, puede ser de dos formas: La **Conciliación Judicial Laboral**, que está regulada por la Ley Procesal del Trabajo N° 26636. Si bien la Ley de Conciliación no lo hace obligatoria, sin embargo, no lo prohíbe. La Ley Procesal del Trabajo establece el requisito de la homologación ante la Sala Laboral para que opere válidamente la conciliación extrajudicial en materia laboral, situación que ahora se ha considerado en la Ley de Conciliación, con la Ley No. 27398, de fecha 13 de enero del 2001, en la que se considera que la conciliación laboral no es obligatoria, pero tampoco, reiteramos, está prohibida.

La segunda modalidad, es la **Conciliación Administrativa Laboral**, que brinda en forma gratuita, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y que está regulada por el D.S. N° 002-96-TR, de fecha 30 de abril de 1996, que en su artículo 3°, inc. c) prescribe, entre otras funciones, que dicho servicio tiene la de "promover la conciliación entre empleadores y trabajadores".

Más adelante, en su artículo 4°, señala que "la conciliación está destinada a promover el acuerdo entre empleadores y trabajadores, a fin de encontrar una solución autónoma a las controversias que surjan en la relación laboral". Esta conciliación es para solucionar los conflictos laborales. El Acta de Conciliación Administrativa constituye Título Ejecutivo, en concordancia con la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, así como su modificatoria, Ley N° 27242 de fecha 24 de diciembre de 1999.

En el capítulo respectivo, vamos a desarrollar con más amplitud todo lo referente a la Conciliación Administrativa Laboral.

La Conciliación en las DEMUNAS. - Existe la Conciliación Administrativa que realizan las DEMUNAS (Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente), en los gobiernos locales, es decir, Municipalidades, según lo dispone el Código de los Niños y Adolescentes.

Aparte del Código de los Niños y Adolescentes, se ha promulgado la Ley N° 27007 de fecha 20 de noviembre de 1998 que faculta a las Defensorías del Niño y Adolescente, a realizar Conciliaciones Extrajudiciales con Título de Ejecución. Más adelante, mediante D.S. N° 006 -99 - PROMUDEH de fecha 15 de mayo de 1999, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 27007, que señala que las conciliaciones extrajudiciales que se celebren, tendrán las mismas formalidades de la Ley de Conciliación N° 26872 y demás normas complementarias. De igual modo el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, mediante Resolución Ministerial N° 241 - 99- PROMUDEH ha publicado la Guía de Procedimientos de Atención de Casos en las Defensorías del Niño y el Adolescente, a esto se suma la publicación de un Manual de Capacitación, por parte del Ministerio de Justicia/Unicef, a través de la Secretaría Técnica de Defensorías del Niño y Adolescente.

La Ley de Violencia Familiar, D.L. N° 26260, modificada por Ley N° 26763, de fecha 24 de marzo de 1997, establece que las DEMUNAS podrán llevar adelante audiencias de Conciliación, destinadas a resolver conflictos originados por violencia familiar.

La experiencia conciliatoria de las DEMUNAS realizada por los Municipios en los últimos años, resulta alentadora, teniendo una gran proyección social a la población que acude a las Municipalidades.

d) La Conciliación Judicial o intra-proceso.- Es un acto intra - procesal mediante el cual las partes intervinientes en un proceso, bajo la dirección del Juez, proceden a resolver el conflicto de intereses que los enfrenta, exponiendo e intercambiando sus puntos de vista, en una audiencia prevista con el propósito de procurar la avenencia de los litigantes y que es de obligatorio cumplimiento, en caso de que este avenimiento verse sobre derechos disponibles y sobre todas las pretensiones que son materia de la controversia, entonces, alcanza los efectos de la Cosa Juzgada, así como genera sanción pecuniaria para la parte que se niega a adoptar el acuerdo propuesto por el Juez en caso que la sentencia a dictarse le otorgue igual o menor derecho que el que pudo haber obtenido con la aceptación de la fórmula conciliatoria.

La conciliación judicial tiene carácter procesal por cuanto ésta acontece dentro de un juicio y tiene por finalidad extinguir la relación jurídica procesal, así como el proceso. Además, la conciliación judicial es un acto jurisdiccional porque para la validez y eficacia de la conciliación es indispensable la aprobación del Juez; lo que en Argentina se denomina:

“sentencia homologatoria ”, ya que el Juez debe verificar si lo acordado por las partes versa sobre derechos disponibles.

La Conciliación en el Código Procesal Civil Peruano, se encuentra regulado en el Título XI, sección tercera, arts. Del 323 al 354; sin embargo, concretamente, la conciliación se encuentra regulada los arts. 323 al 329 del acotado Código Procesal Civil.

e) La Conciliación Extrajudicial. - En la actualidad lo realizan los Centros Privados de Conciliación y también el Ministerio de Justicia, con sus Centros de Conciliación Gratuitos. Existen muchas definiciones de lo que se considera como Conciliación Extrajudicial; sin embargo, vamos a dar algunas de ellas.

Otra definición señala que, " es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos consistente en una negociación asistida configurándose en un proceso mediante el cual, las partes involucradas en un conflicto acceden voluntariamente va a permitir la intervención de un tercero (técnico e imparcial) y con capacidad de proponer fórmulas conciliatorias (que sirve de facilitador entre ellas), en el logro de una solución concertada".⁹

La conciliación es un medio de evitar el litigio. Su objeto es estimular a las partes para que decidan amigablemente sus diferencias, sin empeñarse en el proceso contencioso, pesado y lento, no exento de obstáculos y generalmente costoso".¹⁰

La Ley de Conciliación la define del modo siguiente: " Es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto." ¹¹

⁹ RUSKA MAGUIÑA, Carlos. Manual de Formación y capacitación de conciliadores. -p.2.

¹⁰ FLORES POLO, Pedro. Op. cit. p. 527.

¹¹ LEY DE CONCILIACION N° 26872, art. 5°.

Paralelo entre los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos

a) Semejanzas de la mediación con la conciliación extrajudicial

- En ambas figuras participa un tercero, el conciliador y el mediador.
- Existen partes que presentan conflictos de intereses.

b) Diferencias entre la Mediación y la Conciliación Extrajudicial

- La finalidad de la mediación es conducir a las partes a la finalización pronta de un negocio, en tanto que la conciliación tiene por finalidad llegara un acuerdo netamente consensual.
- Para la mediación no interesa mayormente el resultado al que arriben las partes.

c) Semejanzas entre la Negociación y la Conciliación Extrajudicial

- La negociación y la conciliación son mecanismos autocompositivos, es decir, las partes ofrecen sus opciones, arriban a un acuerdo y se comprometen a cumplirlo.
- En la conciliación y la negociación las partes tienen como finalidad primordial la satisfacción de sus intereses, más que llegar a un acuerdo.

d) Diferencias entre la Negociación y la Conciliación Extrajudicial

- En la conciliación interviene un tercero, en la negociación no interviene un tercero, sólo las dos partes.
- El acuerdo obtenido en una conciliación constituye

cosa juzgada, en cambio, lo acordado en una negociación no constituye cosa juzgada.

- El Acta de la conciliación constituye Título de Ejecución, es decir, puede ser ejecutada. Judicialmente el documento obtenido en una Negociación no constituye Título de Ejecución.

e) Semejanzas entre la Transacción y la Conciliación Extrajudicial

- Las dos (transacción y conciliación extrajudicial), pueden ser de carácter judicial y extrajudicial.
- Las dos ponen fin al proceso.
- La conciliación y la transacción es posible si trata sobre derechos disponibles.
- Ambos ponen fin al proceso, adquiriendo la autoridad de cosa juzgada.
- En la transacción y la conciliación, la participación de las partes es fundamental para llegar a un acuerdo.
- Ambas figuras son eminentemente consensuales.
- El acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución y pueden ser exigidos a través del proceso de ejecución de resolución. La transacción tiene doble forma de ejecución, cuando la transacción es juicio ejecutivo.

f) Diferencias entre la Transacción y la Conciliación Extrajudicial

- La transacción no es un trámite obligatorio, en tanto la conciliación si lo es.
- La conciliación puede contener concesiones unilaterales o bien bilaterales; en la transacción, por su carácter de contrato oneroso, deben existir prestaciones o

concesiones recíprocas sobre derechos patrimoniales.

- La conciliación extrajudicial se da como una condición previa al proceso, mientras que la transacción judicial puede ocurrir en cualquier estado del proceso, incluso durante el trámite del recurso de casación, aun cuando la causa esté al voto o en discordia.
- La conciliación es eminentemente de carácter verbal; la transacción se presenta por escrito señalando con claridad el contenido y legalizando las firmas ante el auxiliar jurisdiccional.

g) Semejanzas del Arbitraje con la Conciliación Extrajudicial

- El arbitraje concluye con una resolución denominada laudo que equivale a una sentencia.
- En tanto que la conciliación concluye con el acta que contiene el acuerdo conciliatorio.

h) Diferencias entre el Arbitraje y la Conciliación Extrajudicial

- En la conciliación, las partes acuden a un Centro de Conciliación en busca del acuerdo a sus diferencias.
- En el Arbitraje, las partes acuden a la decisión de un tercero, comprometiéndose a aceptar su resolución.
- El conciliador interviene en el acto de conciliación facilitando el acuerdo de las partes, no decide ni puede proponer fórmulas de solución, en cambio el árbitro si realiza una actividad de decisión desde el momento en que las partes deben someterse previamente a ella.

Legislación: Ley de Conciliación Extrajudicial y su Reglamento.

Antecedentes de la Ley

El 13 de Noviembre de 1997, se promulgó la Ley de Conciliación N° 26872 y su Reglamento fue aprobado por D.S.N° 001- 98- JUS, del 14 de Enero de 1998.

El origen de esta Ley se encuentra en los dos proyectos presentados en el Congreso de la República.

Primer Proyecto. - Denominado Proyecto de Ley N° 2565 – 96 - CR, fue suscrito por los congresistas Jorge Avendaño, Lourdes Flores Nao y Jorge Muñiz Ziches.

Segundo Proyecto. - Fue el Proyecto de Ley N° 2581 - 96 -CR, presentado por el Congresista Oscar Medelius Rodríguez.

Después de amplios debates y luego de que los autores de los dos proyectos citados anteriormente, propusieron un texto sustitutorio, hasta que finalmente se aprobó la Ley de Conciliación y su Reglamento, debiendo destacarse que la Ley de Conciliación aprobada, con un contenido exactamente igual al del Proyecto de Ley sustitutorio elaborado por los autores de los dos primeros proyectos.

Características de la Ley de Conciliación N° 26872

a) Constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos

Según el artículo 139 de la Constitución Política, prescribe que el Poder Judicial ejerce con exclusividad la administración de justicia, con excepción de la jurisdicción arbitral y militar.

No obstante estar normado en nuestra Constitución Política, la verdad es que el Poder Judicial afronta una de las crisis más graves de los últimos tiempos, no obstante, el proceso de reforma y reorganización, los avances no han sido significativos, los conflictos en la sociedad se acrecientan, incidiendo en la enorme carga procesal.

Por ello, se pone en marcha la conciliación extrajudicial, bajo el criterio de la "democracia participativa", que permita el ejercicio de la autocomposición en la solución de conflictos, mediante el cual las partes tienen la posibilidad de solucionar sus conflictos con la ayuda de terceros. Este mecanismo no judicial, está permitiendo una solución ágil y equitativa a los conflictos de nuestra sociedad.

b) La Autocomposición. - Medio que permite solucionar controversias, de acuerdo al cual las partes que enfrentan un conflicto actúan como protagonistas en la solución de sus controversias. Por lo que la característica esencial es la participación de las partes que ingresan a una negociación dialogante. Esta figura de la autocomposición, es base de otras instituciones jurídicas similares como la transacción, el desistimiento o el allanamiento, ambos de naturaleza netamente procesal. Así, tenemos que la Conciliación extra judicial puede ser realizada como una transacción que se realiza con la ayuda del Conciliador, quien es la persona que promueve el arreglo entre las partes, y es entendida como una institución cuyo desarrollo es de interés nacional y de contenido social importante por la cultura de paz que ella promueve.

c) Autonomía de la voluntad de las partes. - Esta figura no contiene una noción legal, sino que se trata de un principio que se encuentran contenido en el concepto de Acto Jurídico, como tal debe ser entendido como la libertad que tienen las personas para tomar una decisión respecto a diversos aspectos, sobre la base de las normas de orden público o las buenas costumbres. En la Conciliación Extrajudicial, las partes en conflicto por propia iniciativa toman sus decisiones que luego los comprometen, hasta llegar a hacer ejecutable dicha voluntad, en suma, se puede afirmar que la Conciliación Extrajudicial, es la propia justicia que buscan las partes y aplican para sí por su propia voluntad.

d) Participación del conciliador. - Los Centros de Conciliación, de acuerdo a ley, estarán a cargo de conciliadores, quien, luego de haber escuchado el argumento de ambas partes, propone algún tipo de solución, como tercero su participación se centra en buscar medios eficaces de comunicación entre las partes, proponiendo medios de solución a sus controversias, a diferencia del Juez carece del " ius imperium".

e) La Conciliación no constituye acto jurisdiccional. - Si bien es cierto que el Juez de Paz al realizar acto de conciliación dentro del marco de la ley antes señalada, para estos casos, no impone su voluntad, realiza labor de Conciliador extrajudicial, proponiendo fórmulas de solución.

f) Obligatoriedad.- Constituye un procedimiento obligatorio, previo al proceso judicial, hecho que no

debe ser entendido como una imposición que la ley establece, sino lo que se debe entender con mucha claridad es que con hacer obligatorio este procedimiento se irá desarrollando la cultura de paz en nuestro país, dejando de lado la mentalidad y actitud conflictiva de los individuos que tanto daño causa a las partes y al país, ya que hasta la fecha para todo acto conflictivo acuden al Poder Judicial, que origina la inversión por parte del Estado de ingentes recursos en movilizar el aparato de administración de justicia, desde el Requerimiento de personal, material, infraestructura, etc.

g) La Conciliación recae en derechos disponibles. -

Conceptualmente los tratadistas señalan que se entiende como Derechos disponibles aquellos que son susceptibles de valoración económica. El tratadista Díez Picazo, en su obra "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", sostiene:

"El Derecho Civil Patrimonial es la parte del derecho civil que comprende las normas e instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre", agrega, " la relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes e intereses que poseen una naturaleza económica, es decir, cuando tienen objeto de valoración".

Estos derechos patrimoniales son susceptibles de embargo, enajenación o subrogación, son transmisibles por herencia son susceptibles de caducidad o prescripción.

- h) Efectos del Acta de Conciliación.** - No obstante que ya anteriormente se sostiene que la participación del conciliador no constituye acto jurisdiccional sino un acto convencional inter - partes. La ley hace referencia al hecho de que las Actas de Conciliación tienen mérito de título de ejecución, pero no constituyen " cosa juzgada ", esto, porque sólo el Poder Judicial es el único encargado de administrar justicia.
- i) Supervisión a cargo del Ministerio de Justicia.** - Los Centros de Conciliación están sujetos a la supervisión y control del Ministerio de Justicia, además tiene la función de promover los medios alternativos de solución de conflictos, promoviendo, coordinando y supervisando la creación y desarrollo de centros que apliquen los medios alternativos para la solución de conflictos a través de mecanismos como la mediación, la conciliación y el arbitraje.
- j) Costos de la Conciliación.** - Como todo servicio, la conciliación tendrá un costo, que será fijado previamente por los Centros de Conciliación para efectos de tramitar los procedimientos que serán solicitados.
- k) El Conciliador no será necesariamente un Abogado.** - El único requisito para realizar la labor de Conciliador es haber sido capacitado con no menos de 40 horas en técnicas de conciliación que incluye materias que la misma ley explícita. Sin embargo, si debe existir un Abogado en el Centro quien será el encargado de estudiar y determinar la legalidad de los acuerdos que han sido emitidos independientemente del Conciliador a cargo de la Audiencia.

Ventajas de la Conciliación

- a) Duración.-** El procedimiento de la conciliación tal como estipula la norma al respecto, es breve, como tal constituye una ventaja, ya que permite a las partes zanjar sus diferencias en el menor tiempo posible, con la consiguiente ventaja de poner fin a las tensiones que todo conflicto genera.
- b) Eficiencia.-** Si entendemos como eficiencia buenos resultados, podemos afirmar que la conciliación permite oír a las partes, conocer sus puntos de vista, preguntar sobre los hechos materia de conflicto y sobre toda esa base, el conciliador puede proponer fórmulas de solución, que de ser aceptadas permitiría una solución eficaz a la desavenencia de las partes.
- c) Fácil acceso.-** Acceder a esta modalidad es sumamente fácil y no requiere del recaudo de tanta documentación que muchas veces el justiciable debe hacerlo en la vía judicial, ya que la posibilitará así los centros de conciliación o los conciliadores en equidad, estos centros de conciliación, podrán ser autorizados por el Ministerio Público sin mayor requisito que cumplir con las formalidades que la ley establece y que no son muy complejas.
- d) Satisfacción de ambas partes.-** Desde el momento que el procedimiento de conciliación es de fácil acceso, también permite a las partes a participar en la solución de sus desavenencias, y de lograrse un acuerdo, indudablemente las partes se encontrarán satisfechas, dejando de lado la clásica conclusión judicial en donde

encontramos un ganador y un perdedor.

- e) **Mayor flexibilidad.-** Si dentro del proceso judicial encontramos las formalidades y la rigidez para los casos que ella tiene que ver, y que dilatan el proceso en perjuicio de las partes, en la conciliación encontramos flexibilidad que depende de las partes y de la participación del conciliador.
- f) **Capacitación.** - Tal como la ley de la materia refiere, los conciliadores para recibir la acreditación deben haber sido capacitados previamente, en las materias que la misma ley establece, como tal, conoce de las técnicas adecuadas que posibiliten el manejo del conflicto y así posibilitar a que las partes arriben a un acuerdo.

Fundamentación de los Valores Éticos

El Reglamento de la Ley de Conciliación (Decreto Supremo N° 001 - 98 - JUS), en su artículo 2° señala con precisión los fundamentos éticos del procedimiento de conciliación, que paso a señalar:

- a) **La equidad.-** Principio ético, referido al sentido de igualdad, justicia, dar a cada quien lo que le corresponde, que debe ser aplicado a los distintos casos que van a ser materia de la conciliación.
- b) **La veracidad.-** Este principio que se basa en la búsqueda de lo que cada uno de las partes realmente quieren para la solución de sus conflictos, la misma que se encuentra reflejada en el acuerdo que adoptaran cuando haya concluido la conciliación.
- c) **La buena fe.-** Basado en que ambas partes deben

actuar en forma por demás honesta y leal, sin malicia ni trampa que desvirtúe los acuerdos a que llegan ambos.

- d) La confidencialidad.** - Referido a que debe existir reserva absoluta en todo lo que se sostiene, o se propone durante el proceso conciliatorio, cada parte está garantizado por este principio y para su eficacia debe ser realmente cumplido.
- e) La Neutralidad.** - Entendido como el comportamiento de carácter interno que debe adoptar el conciliador al mantenerse al margen del problema que ha dado origen al conflicto.
- f) La imparcialidad.** - En oposición al anterior, este principio es el comportamiento externo que debe adoptar el conciliar cuando deba intervenir en la solución del conflicto de las partes, lo que significa que además de ser neutral, no debe inclinar su posición por ninguna de las partes, con lo que ofrecerá garantía y seguridad a las partes.
- g) La legalidad.** - Todo acuerdo al que arriben las partes luego del proceso de conciliación deberá estar inmerso dentro de los alcances del ordenamiento legal de nuestro país, lo que significa que nada puede acordarse al margen de la ley.
- h) La Celeridad.** - Durante el procedimiento debe realizarse las acciones en forma rápida y efectiva, sin demora para las partes.
- i) La economía.** - Toda implicancia que tenga con el costo que significa estar involucrado en un conflicto, la conciliación pretende ahorrar tiempo y dinero a los que estén inmersos en conflictos.

ANÁLISIS DE LA LEY DE CONCILIACIÓN

La Ley señala que constituye de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Conciliación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Definición. - Considera a la Conciliación Extrajudicial como una institución y un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Establece como vía alternativa los Centros de Conciliación o los Jueces de Paz Letrados.

Materias Conciliables. - Nos indica que son aquellas pretensiones determinadas o determinables que refieran a derechos disponibles de las partes. También lo son las que versan sobre alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que se deriven de la relación familiar. La conciliación en materia laboral se lleva a cabo respetando la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución y la ley. No se someten a conciliación las controversias sobre hechos que se refieren a la comisión de delitos o faltas. En las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos o faltas, será facultativa en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. La Conciliación se llevará a cabo en audiencia única, en un plazo de treinta (30) días calendario, prorrogado por acuerdo de las partes.

La Conciliación concluye cuando existe acuerdo total de las partes, acuerdo parcial, falta de acuerdo o inasistencia de una parte a dos sesiones o de las partes a una sesión.

Acta de Conciliación. - Es válido sólo si se observan las formalidades de ley, esta acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución.

El Conciliador. - Persona que ha recibido capacitación para ejercer las funciones como tal y labora en un Centro de Conciliación, conduce la conciliación, pero también se le puede aplicar las causales de impedimento, recusación y abstención que establece el Código Procesal Civil.

Los Centros de Conciliación. - Estas entidades, ejercen función conciliadora, pueden ser constituidos por personas jurídicas de derecho público o privado sin fines de lucro, deben capacitar permanentemente a sus conciliadores. Estos Centros de Conciliación serán autorizados por el Ministerio de Justicia, quien a su vez deberá de supervisar el funcionamiento. Los Centros contarán con por lo menos un Abogado que vele por la legalidad de los acuerdos conciliatorios, a su vez, deben elaborar semestralmente los resultados estadísticos de su institución y remitirlos al Ministerio de Justicia.

Junta Nacional de Centros de Conciliación. - Es una persona jurídica de derecho privado, que tiene como funciones las de coordinar, promover la eficiencia de los centros, difundir la institución de la conciliación, y coordinar con el Ministerio de Justicia.

Conciliación ante los Jueces de Paz. - Inicialmente, la Ley contempló la posibilidad de conciliar ante el Juez de Paz Letrado y a falta de éste, ante el Juez de Paz. Posteriormente, mediante Ley N° 27398 de fecha 12 de enero del 2001 que modifica diversos artículos de la Ley de Conciliación, deja en suspenso la conciliación ante los Jueces de Paz Letrados y Jueces de Paz, y sólo

podrá ponerse en vigencia, una vez que se implementen los medios necesarios.

Particularmente consideramos innecesario que los Jueces de Paz Letrados y no Letrados concilien, porque justamente con la Conciliación se busca disminuir la carga procesal de los juzgados y además porque en los Centros Privados de Conciliación es trámite es más rápido y eficiente. En consecuencia, debería derogarse la conciliación ante estos jueces de paz.

Reglamento de la Ley de Conciliación.

El Reglamento, por ser una norma de mayor especificidad, establece y define los principios enunciados en la ley, incidiendo en la autonomía de la voluntad de las partes. La Conciliación podrá ser: por iniciativa de las partes, obligatoria y facultativa; y por el resultado del trámite, total o parcial.

El Reglamento hace hincapié en la confidencialidad, sin embargo, exceptúa a casos de inminente realización de un delito, o ante uno ya consumado. En casos de faltar a estos principios, se aplicará una multa, suspensión de seis meses a un año e inhabilitación permanente en el ejercicio de la labor de conciliador.

El procedimiento de conciliación tiene una serie de formalidades, que parte desde la presentación de la solicitud de conciliación, que deberá presentarse por escrito o verbal, acompañando una serie de documentos que la misma ley señala.

Recibida la solicitud, el Centro realizará las invitaciones, que a su vez contendrá todos los datos que la ley menciona. Durante la realización de la Audiencia de Conciliación, la ley señala las reglas que se deben de cumplir. El acto de conciliación es personal, salvo casos

que la ley menciona.

El Acta que contenga el acuerdo conciliatorio, constituye " Título de Ejecución", por lo que las partes pueden acudir al órgano jurisdiccional para el cumplimiento de lo convenido, de acuerdo al Código Procesal Civil.

a) Del Conciliador y su Capacitación.- El Reglamento establece que las funciones del conciliador deberán observar necesariamente algunas pautas a fin de llevar a cabo el acto en forma eficaz su trabajo, tales como: Analizar la solicitud, cumplir los plazos, informar a las partes sobre el procedimiento de conciliación, facilitar el diálogo entre las partes, hacer preguntas referidos al hecho, identificar los problemas, ubicar el interés de las partes, enfatizar el interés común de las partes, incentivar a la búsqueda de solución satisfactoria para ambas partes, reunirse con cualquiera de las partes por separado, informar a las partes sobre el alcance y efectos del acuerdo conciliatorio, consultar con el Abogado la legalidad de los acuerdos y redactar el Acta de Conciliación. Todo lo cual debe desarrollarse dentro del marco de una adecuada conducta ética y moral, además de haber aprobado cursos de capacitación con temas que van desde la teoría de los conflictos, medios alternativos de resolución de conflictos, cuestiones jurídicas relacionadas con la conciliación, negociación, técnicas de conciliación, ética y conciliación y visión general sobre la conciliación especializada. Si se trata de casos de familia, se adicionará ocho (8) horas más de capacitación. Adicionalmente deberá cumplir con una trayectoria ética y moral intachables.

b) De los Centros de Conciliación.- De acuerdo a la Ley, el Reglamento establece el procedimiento y la documentación necesaria para la constitución de los Centros de Conciliación, indicando los plazos para la verificación, inspección en la sede, hasta la resolución que concede la autorización de funcionamiento. Por su parte el Ministerio de Justicia dispondrá la supervisión de los Centros de Conciliación, que constaten: el desarrollo de los procedimientos de conciliación, la observación de los plazos, la capacitación, la aplicación de los principios y la revisión del archivo de actas, estando el Centro obligado de ofrecer todas las facilidades del caso al supervisor.

A su vez, el Ministerio de Justicia constituirá el Registro Nacional de Centros de Conciliación, que contendrá toda la documentación pertinente al funcionamiento de estas instituciones.

Los honorarios serán exhibidos en una tabla, en el que se señale los montos, según la cuantía y tipo de conflicto, para casos de familia, no excederán de 01 URP (Unidad de referencia procesal).

c) De la Junta Nacional de Centros de Conciliación.- Esta Junta podrá constituirse con un mínimo de diez (10) Centros de Conciliación que estén inscritos en el Registro Nacional de Centros de Conciliación. Esta Junta estará constituido como una asociación civil sin fines de lucro, la constitución de la Junta será puesta en conocimiento del Ministerio de Justicia, a su vez, éste pondrá en conocimiento de la Junta cuando autorice el funcionamiento de un nuevo Centro de Conciliación; si se produjese el cierre de un Centro, una vez que se publique en el Diario Oficial El Peruano, dejara de pertenecer al Centro.

La Junta no tiene atribuciones de quitar a ningún integrante de los Centros su condición de miembro, ésta potestad, sólo lo tiene el Ministerio de Justicia.

d) De la Conciliación ante los Jueces de Paz Letrado.-

Como ya lo tenemos acotado, inicialmente, la Ley de Conciliación había considerado la facultad de Conciliación a los Jueces de Paz Letrados y no Letrados; sin embargo, mediante Ley N° 27398 del 12 de Enero del 2001, esta función está en suspenso hasta que se implementen los medios necesarios.

e) De la Conciliación en Equidad.- Este título del Reglamento, tiene como fundamento el aprovechamiento de las personas notables de una determinada comunidad, quienes pueden ayudar a resolver los conflictos de su localidad. Puede ser cualquier persona natural con solvencia moral, siendo postulada conformando una terna, por una Comunidad Campesina o Nativa, Asentamiento Humano, Urbanización Popular, Comunidad Religiosa u organización cívica, gremial o sindical.

Será el Ministerio de Justicia, el encargado de la designación, las materias conciliables son las señaladas en la Ley, si es en dinero, la cuantía no excederá de 10 URP.

Los servicios de este Centro de Equidad pueden ser a título gratuito u oneroso, de ser así, el Ministerio de Justicia deberá aprobar la tabla de honorarios. Pueden también ser registrados en el Registro Nacional de Centros de Conciliación. Por su parte, el Ministerio de Justicia con sus respectivos Abogados, verificarán periódicamente los acuerdos adoptados en la conciliación en equidad.

- f) **Disposiciones Complementarias, transitorias y finales.** - La norma precisa que será el Ministerio de Justicia la encargada de difundir el funcionamiento de esta institución; asimismo, será la encargada de aprobar mediante Resolución Ministerio los modelos de Reglamento Tipo, formato tipo de la invitación, formato tipo del acta de conciliación.

Finalmente, este Reglamento faculta al Ministerio de Justicia, que podrá delegar en entidades de carácter público o privado las facultades que le otorgan la Ley y el Reglamento.

2.1.2. Teoría General del Conflicto:

2.2.2.1.- Definiciones de Conflicto

Dentro del campo de las ciencias sociales, el conflicto ha sido definido de diferentes formas, por ejemplo:

- **Deutsch** ha definido como la situación que se presenta " cada vez que ocurran actividades incompatibles".
- **Forsyth**, por su parte, amplía la definición señalando que se presenta un conflicto cuando " las acciones o creencias de uno o más miembros de un grupo son inaceptables y por lo tanto resistidas por uno o más miembros de otro grupo.
- **Pruitt y Rubbin** definen al conflicto como: "divergencia percibida de intereses o creencias, que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente"
- **Boardman y Horowitz** mencionan, "definimos el conflicto como una incompatibilidad de conductas, cogniciones (incluyendo las metas) y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una

expresión agresiva de su incompatibilidad social.

Esta definición específicamente incorpora conductas, cogniciones y afectos porque todos estos factores son importantes en el conflicto, por ejemplo, las escaladas o desescaladas- de un conflicto entre una diada es al fin de cuentas una función directa de la conducta, las personas reaccionan a las conductas. Sin embargo, la conducta es usualmente una función directa de las cogniciones y afectos, aunque algunas veces este lazo no es consciente".¹²

El conflicto usualmente se asocia a antagonismo y a diferencia, muchas veces se vive la diferencia como una agresión y desde este punto de vista, es una incompatibilidad entre dos partes, es una interacción en la que prima el antagonismo.

El conflicto no es algo que se da en un solo momento, sino que es un proceso. Si fuéramos más precisos en nuestro lenguaje no deberíamos hablar de conflicto, sino de proceso conflictivo, es decir, una incompatibilidad que nace, crece, se desarrolla y a veces puede morir, y otras simplemente quedar estacionaria.

El conflicto es el resultado del juego, del enfrentamiento, de la lucha, de la confluencia entre dos partes, no tiene origen en una parte, se genera en la lucha entre dos partes que en algún sector son incompatibles, ya sea en el sector de las creencias, las acciones, las cogniciones, las conductas, etc.

¹² SUARES, Marines. Mediación, Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Bs. Argenrina, Edit. Paidós, 1997, pp.73-74

2.2.2.2.- Clasificación de los Conflictos

“ El conflicto se caracteriza por un proceso interaccionar complejo, por tanto, se puede establecer diferentes clasificaciones de los conflictos en función de cual sea el elemento que se tome para hacer la clasificación”¹³

a) En función del elemento "agresividad":

Agresivos. - Cuando hay intención de daño entre las partes.

No agresivos. - El daño no es ni efectivo ni está en la intención de las partes.

b) En función del elemento " Interés por el otro"

En todo conflicto existe el interés por uno mismo y el interés por el otro, estos intereses se pueden clasificar en:

Cooperación. - Está asociada con un alto interés por uno y por el otro.

Acomodación. - Un bajo interés por uno y un alto interés por otro.

Competición. - Alto interés por uno y bajo interés por el otro.

Evitación de conflicto. - Bajo interés por los dos.

c) En función del elemento "conducción"

Esta clasificación toma como elemento fundamental la forma como se conduce, gerencia o maneja el conflicto, y ha sido clasificada teniendo en cuenta si lleva a la aniquilación de una de las partes o a la supervivencia de ambas partes; por tanto, tenemos:

¹³ SUARES, Marínés, Op. cit. pp. 80 -88

La conducción destructiva de conflictos. - Que implica la aniquilación de por lo menos una de las partes, a través de la dominación, capitulación, inacción, retirada o competición.

La conducción constructiva de conflictos. - Que implica la supervivencia de las relaciones cooperativas entre las partes, que siempre será una respuesta a problemas sociales críticos.

d) En función a las "partes intervinientes", tenemos:

Negociación. - Si sólo intervienen las partes. Las dos o más partes intercambian ideas para llegar a un acuerdo.

Intervención de una tercera parte. - Cuando las partes están atascadas y no es posible continuar las negociaciones, la intervención de unos terceros elementos resulta de una gran utilidad; pudiendo tomar la forma de mediación, arbitraje u órgano jurisdiccional.

e) En función del elemento " protagonismo"

El protagonismo implica no sólo la actuación directa de las partes en el conflicto, sino que además hace hincapié en la responsabilidad por las acciones realizadas y por las consecuencias que esas acciones pueden tener. Se distingue:

- No existe protagonismo en intervenciones directas: evitación, dominación o retirada.
- No protagonismo con terceras partes: alquiler de jueces, ombudsman, arbitraje, órgano jurisdiccional.
- Protagonismo con intervenciones directas como la negociación distributiva e integrativa.
- Protagonismo en intervenciones con terceras

partes, tenemos facilitación y mediación.

f) En función a "cantidad de integrantes":

- Entre individuos
- Entre grupos
- Entre países.

g) En función del elemento " flexibilidad " tenemos:

- No flexibles
- Flexibles

h) En función del elemento " contenido ", tenemos:

- Conflicto de objetivos
- Conflicto de valores
- Conflicto de creencias
- Conflicto de principios.

i) En función de la realidad o no del conflicto,
tenemos:

- Conflictos reales.
- Conflictos irreales, basados en percepciones erróneas.
- Comunicaciones equívocas y malas entendidas.

j) En función al conflicto:

- Disputas incompatibles, son aquellas que se generan cuando alguien está a favor de algo y la otra parte está en contra.
- Los conflictos morales, son aquellos en los cuales no solo están en desacuerdo en un tema, sino que también existe desacuerdo entre la forma de tratar los desacuerdos.

2.3.1. Aspectos Jurídicos sobre el Interés Superior del Niño

2.1.3.1. La convención internacional sobre los derechos del niño: expresión de un consenso universal.

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959.

En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. “Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención” (D’ANTONIO, 2001).

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna.

Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre

derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

2.1.3.2. Los derechos del niño son derechos humanos

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático.

Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social (GONZÁLEZ, 1991).

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el

acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos (VELEZ, 1994). Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia,

limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales (CORA, 1994).

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños -incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional- cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños - como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del "interés superior del niño" tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como "principio" que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

2.1.3.3. El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres. Igual trayectoria se observa en el derecho francés.

Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el

Tribunal para un mayor bienestar de los niños- pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio.

En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos. En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia (BELOFF, 1999).

Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos

dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

2.1.3.4. El interés superior del niño como "principio garantista"

La Convención contiene "principios" -que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios -como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia.

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En

consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: 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 la que se atenderá será el "interés superior del niño"

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra

concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que

promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen (HODGKINL, 2001).

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos".

Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

2.1.3.5. El interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior". Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status

jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa "realizaba" el

interés superior del niño, lo "constituía" como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular.

En aquella orientación teórica, el "interés superior" tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos.

El principio le recuerda al Juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la

forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención).

En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados. Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente -aunque no por ello respetado- considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas.

Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los

derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero que amplía las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

2.1.3.6. Función del interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño.

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a

continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

a) Carácter interpretativo

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida.

La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término, permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño". El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño", en el que la Convención toma una decisión -otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla.

Es evidente que este tipo de soluciones o propuestas algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se

pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del "interés superior del niño" que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad.

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el "interés superior del niño" puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley.

Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

b) Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial.

Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma

de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia.

En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse

contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

c) Integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible -siempre perfectible- de la intervención a través de recursos "penales" sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos

expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar es excepcionales y medidas de último recurso.

2.2.4. ASPECTOS SOBRE FILIACION COMO VINCULO JURIDICO

2.2.4.1. Filiación y parentesco

Es el linaje, estirpe, prosapia, casta que desde el contexto biológico es llevada al campo del Derecho. Es la juridificación de la descendencia.

La generación de vida es la principal actividad del hombre. Aquel que puede realizarla se immortaliza trascendiendo sus genes y nombre. La filiación es un estado de familia asignado por ley que goza la persona como consecuencia directa de la procreación. Por esta surge un nuevo sujeto de derecho que se relaciona con sus progenitores, con los demás individuos y con el Estado¹⁴. Origina una relación especial entre procreantes y procreado lo que significa que hay una particular actividad legal derivada de tal cualidad, hay deberes y derechos que se refieren a ella, como afirma claramente Cicu¹⁵.

¹⁴ La familia que da contenido al vínculo filial, al nexo histórico con la nación de origen y su permanencia (LA ROSA LA ROSA, Carlos Abdon. La nacionalidad histórica filial. Nueva concepción ideológica de la nación. 2ª edición, Lima, noviembre, 1977, s/e, p. 87). La nacionalidad deriva de la filiación del *ius sanguinis*.

¹⁵ CICU, Antonio. La filiación. 1ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 16.

A decir de Méndez Costa "es un estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado". Uno y otro están ligados por una relación de parentesco, de parentesco consanguíneo en línea recta descendiente descendente del primer grado. Esta relación, inmediata del hijo respecto de su padre o madre, es la de mayor jerarquía dentro del parentesco.¹⁶

Para Farías y Rosenvald la filiación es la realización del parentesco establecido entre personas que están en primer grado, en línea recta entre una persona y aquellos que ha generado o aquellos que acogen al menor, con base en el afecto y la solidaridad, anhelando el desenvolvimiento de la personalidad y realización personal¹⁷.

Dice Puig Peña que la filiación representa un estado, es decir "una posición especial ante el orden jurídico, integrada por un complejo de relaciones de Derecho entre procreantes y procreados; un entrecruce de facultades y obligaciones entre estos y el resto del grupo familiar amplio, y, sobre todo, una configuración especialísima del individuo ante la sociedad y la ley"¹⁸.

Desde el punto de origen parental, la filiación es la relación de parentesco consanguíneo, en primer grado en línea recta que liga a una persona con aquellas que las generan o que la recibirán como si la hubiera generado¹⁹

¹⁶ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe -Argentina, 1986, p.

¹⁷ También en MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de familia. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 9.

¹⁸ PUIG PEÑA. Derecho de filiación.

¹⁹ PAZ ESPINOZA. Derecho de Filiación.

2.2.4.2. Antecedentes históricos

Paz Espinoza²⁰ enseña que la filiación es un instituto jurídico que surge con la familia monogamia a través de la cual las relaciones intersexuales entre varón y mujer es posible determinar, certera y exclusivamente, la paternidad de los hijos.

En Roma, la prole fue considerada como un favor de los dioses. Su carencia, un castigo. Sobre la base de un criterio religioso, con la perpetuación de la prole se procuraba que más y más personas rindiesen culto a sus antepasados. La procreación fue símbolo de fertilidad y de fortaleza de las creencias. Los infértiles, impotentes y desgastados sexuales, encontraron en la adopción el remedio social para seguir con las tradiciones asumiendo el rol de padres.

Tanto el matrimonio cum manu como el sine manu tuvieron como fuentes la legitimidad. El matrimonio concedía un estatus matrimonial al hijo concebido y nacido fuera del matrimonio. Ambos, legitimado y legítimo, tenían los mismos derechos y obligaciones, así también el adoptivo. Los tres eran iguales. El ilegítimo, era natural o no natural, dependiendo de la capacidad nupcial de sus padres, y mientras más grave -moral y éticamente- era el impedimento, menos derechos tenían (bastardos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos). Los naturales heredaban en inferior proporción a los legítimos.

Antes la filiación fue legítima e ilegítima. Luego matrimonial y extramatrimonial, hasta hoy. La

²⁰ PAZ ESPINOZA, Félix. Derecho de familia y sus instituciones, 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002, p.317

tendencia es identificar los derechos de los hijos sin importar su origen. Se es hijo independientemente de la forma, circunstancia y medio en que fue procreado.

2.2.4.3.- Etimología

- Del latín filiatio = ónis
- Filiación del latín = filiatio, procedencia, origen.
- De allí deriva filius = hijo.
- El verbo es filiar. Y filiación implica un sustantivo.
- Entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre.

2.2.4.4.- Concepto

Dice Pecorella²¹ que el concepto de filiación no tiene, en sentido jurídico, una autonomía propia: es más bien una calificación directa en la clasificación de sus varios tipos posibles de unión posible previstos en la ley y vistos en la conciencia social sea a favor o en contra. La maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos²², razón por la cual la filiación fue como un hecho biológico²³ o biogenético²⁴ derivado del engendramiento. Es un hecho natural que existe siempre

²¹ PECORELLA, Corrado. (Voz) "Filiazione (storia)". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XVII,

Giuffré, Milano, 1958-2004, p. 449.

²² PECORELLA, Corrado. (Voz) "Filiazione (storia)". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XVII,

Giuffré, Milano, 1958-2004, p. 449.

²³ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 311.

²⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 638.

en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente²⁵. Este hecho natural para hacerse valer requiere como presupuesto el haber sido determinado legalmente²⁶. Es un hecho y relación jurídicamente relevante²⁷.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores.

A decir de Galindo Garfias: "La filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde se deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura socio-jurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc."²⁸

La procreación deriva la filiación que implica el emparentamiento genealógico entre dos personas y el vínculo jurídico paterno filial.

2.2.4.5. Denominación

Paternidad, como ab initio fue conocida, en mérito del fiel reflejo de la jerarquía y hegemonía del padre sobre la familia. Pater maximus est. Vaterschaft, para

²⁵ CICU, Antonio. Ob. cit., p. 16.

²⁶ RUEDA ESTEBAN, Luis: "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 505.

²⁷ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. (Voz) "Filiazione legittima". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., p. 456.

²⁸ Ibídem. Cit. AZPIRI, Jorge O. Juicios de filiación y patria potestad. 2ª edición, Hammurabi,

Buenos Aires, 2001, p. 21.

los alemanes, paternita para los italianos, paternity, para el sistema anglosajón.

Luego pasa a su denominación actual, filiación, prestando atención directa a la figura del filius, hijo, filiation para los alemanes; filiazione para los italianos y filiation, para el sistema anglosajón.

A decir de Mizrahi²⁹ la actual denominación obedece a que el acento está puesto en el hijo, tomando en cuenta que lo que está en juego es su ubicación en la relación con los padres. En el mismo sentido Azpiri cuando nos dice que el "accento está puesto en el hijo -de allí el nombre filiación -y no el de los padres, ya que lo que está en juego es la ubicación de este hijo en su relación con aquellos"³⁰. Más cerca está de los hijos que de los padres. La imposición del vocablo filiación guarda correlación con la salida del niño del anonimato medieval y la ocupación por este de un nuevo espacio a partir de los siglos XVII y XVIII. Es el comienzo de una época en que la moderna familia nuclear se reorganiza en torno a los hijos -Puerocentrismo o filocentrismo- y concentra en ellos todas sus energías; cuando tiene lugar, en suma, el nuevo discurso sobre el niño y el florecimiento del sentimiento de la infancia. Se trata de un proceso que, a nivel normativo, alcanza su mayor esplendor en el siglo XX llamado el siglo de los niños³¹.

²⁹ AZPIRI, Jorge O. Juicio de filiación y patria potestad. Ob. cit., p. 27.

³⁰ MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: La Ley. 2002-B, p. 1198. Cit. AZPIRI, Jorge O. Juicios de filiación y patria potestad. Ob. cit., p. 21.

³² MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: La Ley. 2002-B, p. 1198. Cit. AZPIRI, Jorge O. Juicios de filiación y patria potestad. Ob. cit., p. 21.

Si nos centramos en la forma, mejor sería llamarla generación, término más moderno y amplio que no incluye a los actores de la filiación, sino que centra su acepción al acto generador de la relación. Modernamente no se habla de padre / madre / hijo, se habla de relación filiatoria.

Antes, con el Código del 52 en su Sección IV la terminología utilizada es Paternidad (a punto de no haber referencias acerca de la impugnación ni declaración de la maternidad), siendo solo nueve artículos que utilizan la palabra filiación³² Es a partir del Código del 36 que empieza a utilizarse el término filiación.

2.2.4.6. Definición

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Filiación: Procedencia de los hijos respecto a los padres.

Las definiciones por demás variadas podemos agruparlas de acuerdo a su naturaleza de vínculo, estado, relación o hecho.

2.2.4.7. Como vínculo

Como sostiene que es el vínculo entre un niño y su padre o su madre: respecto del padre tiene la filiación paterna o paternidad y de la madre, la filiación materna o maternidad³³. Schmidt y Veloso, complementan, que la filiación "constituye un vínculo

³² CORNU, Gerard. Droit civil. La famille. 9ª edición, Montchrestien, París, 2006, p.323.

³³ SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. La filiación en el nuevo Derecho de familia.

Jurídica

Cono Sur Ltda., Chile, 2001, p. 81.

jurídico, quizá uno de los más importantes que el Derecho contempla, porque de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida (...) casi siempre este nexo jurídico va acompañado de un vínculo sentimental profundo y duradero"³⁴. Para Mizrahi³⁵ es aquel vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como padre o madre, en un extremo, e hijo o hija, en el otro; teniendo lugar, en consecuencia, las llamadas filiación paterna y/o materna.

Bien dice Galindo Garfias que: "La filiación es el presupuesto jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para crear la situación jurídica de una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para conocer el estado civil de esa persona como miembro de determinada familia"³⁶.

2.2.4.8. Como estado de familia

Méndez Costa la define como "el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado"³⁷. Igual para Cicu quien dice que es el estado cuya característica es "que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres"³⁸.

³⁴ SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. La filiación en el nuevo Derecho de familia. Jurídica Cono Sur Ltda., Chile, 2001, p. 81.

³⁵ MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: La Ley. 2002-B, p. 1198. Cit. AZPIRI, Jorge O. Juicios de filiación y patria potestad. Ob. cit., p. 21.

³⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. Ob. cit., p. 221.

³⁷ MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Ob. cit., p. 13.

³⁸ CICU, Antonio. La filiación. Ob. cit., p. 18.

2.2.4.9. Como relación

Planiol y Rippert³⁹ dicen que es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. López del Carril refiere que es "la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró"⁴⁰. Díez- Picazo y Gullón⁴¹ señalan que la relación de filiación se establece entre personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos. Partiendo que la procreación es obra del padre y de la madre, Espín Cánovas, manifiesta que la filiación es aquella "relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera"⁴².

De la mano con lo biológico y procreativo Pontes de Miranda nos dice que "la relación que el hecho de la procreación establece entre dos personas, una de las cuales es nacida de otra, llamada paternidad, o maternidad, cuando es considerada respecto del padre, o de la madre, es filiación, respecto del hijo con cualquiera de los genitores"⁴³. Para Eduardo Zannoni la filiación sintetiza "el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia"⁴⁴

³⁹ PLATINOI, Marcel y RIPERT, George. *Traite elementare*. I N° 1280. Paris, 1948,p.454

⁴⁰ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. *La filiación*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 11.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. T. IV, *Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 247.

⁴² ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. 7ª edición, Vol. IV, *Revista de Derecho Privado*, 1982, p. 338.

⁴³ MIRANDA, Pontes de. *Ob. cit.*, p. 45.

⁴⁴ EDURADO ZONNINI *Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 247.

2.2.4.10. Hecho biológico

Desde un contenido más biológico tenemos a Doménico Barbero quien dice que la "filiación es, ante todo, el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores"⁴⁵. Para Luis Ribo "es la determinación, con efectos jurídicos, de la procedencia de una persona respecto a sus progenitores. Dichos efectos se proyectan en la esfera moral y en la esfera patrimonial"⁴⁶, mientras que Díez-Picazo y Gullón es "la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otras por progenitores suyos y a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo"⁴⁷. De allí que Soto la Madrid diga que "la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación"⁴⁸.

La forma más común de definir a la filiación es la que nos ofrece Azpiri como aquel vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con la mujer que lo alumbró⁴⁹ o que la filiación es la relación biológica que une al procreante con el procreado⁵⁰.

⁴⁵ BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. T. II, EJE, Buenos Aires, 1967, p.105.

⁴⁶ RIBO DURAN, Luis. Diccionario de Derecho. Bosch, Barcelona, 1987, p. 285.

⁴⁷ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 311.

⁴⁸ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenetica, Filiación y delito. Astrea. Buenos Aires, 1990. Pg. 72

⁴⁹ AZPIRI, Jorge Osvaldo. "Filiación". En: Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo II, Editorial

Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 361.

⁵⁰ RUEDA ESTEBAN, Luis. "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 492.

2.2.4.11. Posición nacional

La doctrina tradicional regentada por Cornejo Chávez la considera como la relación parental más importante⁵¹, en la doctrina moderna Arias-Schreiber dijo que la filiación es la más importante relación de parentesco que, partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos⁵².

En una definición contemporánea de la filiación no le es aplicable contenidos biológicos o procreativos. La filiación, como lazo primario de familia, está sustentada en el afecto existente entre el hijo y su padre del cual se derivan las responsabilidades y la denominada relación jurídica paterna filial. Debemos tender a lo social más que a lo biológico. Si ambos dos coinciden enhorabuena.

2.2.4.12. Características

Aquello que distingue y diferencia a la filiación lo tenemos representado en:

Única

Tengo solo un padre y una madre. Uno de cada uno salvo, claro está, los casos de filiación homoparental en los que puede tenerse compadres (p²) o comadres

⁵¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 6ª edición, Tomo II, Lima, Studium, 1987, p. 11.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de ARIAS –SCHREIBER, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exgenesis. Tomo VIII. Gaceta Jurídica, Lima, 2001., p.11.

(m²). Ninguna persona, nadie, puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación"⁵³. En el caso de la adopción, revertida esta por el hijo adoptivo (art. 385), readquirirá su filiación anterior, i.e. la filiación primigenia queda latente hasta que caduque el derecho de negar la adoptiva.

Construcción cultural - afectividad

Como dice Lóbo la filiación es una construcción cultural, resultante de la convivencia familiar y de la afectividad, el Derecho la considera un fenómeno socio afectivo, incluido el origen biológico que antes tenía la exclusividad⁵⁴.

La presencia y fuerza de la filiación no es exclusiva de la relación biológica padre/hijo. La filiación no es superficial ni cutánea, es profunda y medular. La relación humana vinculante con la filiación está impregnada de amor, consecuentemente lo está - también- la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre el Derecho y la vida⁵⁵. Amor, procreación, amor, filiación, amor. Para procrear necesito amor, para asumir un hijo necesito amor, para ejercer como padre necesito amor. (Donde hay amor, esos son los lazos que unen)⁵⁶. Tendemos más a las relaciones sentimentales que a las genésicas. El

⁵³ AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de Código Civil y Comercial". En: Revista de Familia y las Personas.

⁵⁴ LÓBO, Paulo. Ob. cit., p. 192.

⁵⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Porrúa, México, 1988. P. 441

⁵⁶ Mrs. Doubtfire, Memorable quotes. Cit. WELSTEAD, Mary; EDWARDS, Susan. Family Law. Oxford University Press, New York, 2006, p.163.

nuevo orden filiatorio, centrado en la garantía constitucional y los valores fundantes de la República (dignidad, igualdad, libertad y solidaridad social) implica funcionalizar la filiación a la realización plena de las personas envueltas (padres e hijos), despatrimonializando el contenido de las relaciones jurídicas (comprendida de forma mucho más amplia de una simple causa de transmisión de herencia) y de prohibir discriminaciones como forma promocional del ser humano⁵⁷.

Diogo Leite de Campos⁵⁸ la filiación origina la facultad de toda persona de ser reconocida "de realizarse como humano; de conseguir su felicidad". Para que sea vivenciada, la experiencia de la filiación no necesita de la generación biológica del hijo; para que se efectivice la relación filiatoria no es preciso haber transmitido la carga genética pues su elemento esencial está en la vivencia, el crecimiento cotidiano, esa mencionada búsqueda por la realización y desenvolvimiento personal (aquello que se llama, comúnmente, felicidad)⁵⁹.

Vínculo jurídico

Un vínculo, nexo, lazo que une a dos personas, el hijo y el padre. Como dice Krasnow⁶⁰ es el vínculo entre padres e

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*.

2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 546.

⁵⁸ LEITE DE CAMPOS, Diogo Ligoes de *Direito da Família e das Sucessões*. 2ª edición, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 13. L.Cit. FARIAS. Cristiano Chavez de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3 tiraje. Ob. cit., p. 542

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er

tiraje. Ob. cit., p. 542.

⁶⁰ KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 7.

hijos cuando se traslada al plano jurídico. De este vínculo emergen consideraciones legales que trascienden en sus integrantes comprometiéndoles entre y para sí. Cicu⁶¹ nos habla de estado de filiación como aquel que se tiene en mérito de la existencia de un vínculo de familia.

Unitaria

La unidad de la filiación implica igualdad y equiparidad en el régimen de los derechos y obligaciones entre padres e hijos. La filiación es una independientemente del estado civil de los progenitores, casados o solteros, la procreación no afecta a la descendencia. Con base en el principio de unidad ya no se califica las categorías de la filiación. Como dicen Lira y Carvalho: "O paradigma actual, Ali cercado na dignidad de da pessoa humana de qualquer integrante da familia (seja qual for sua origem e formacao), na solidariedade, na convivência familiar, na afetividade, na liberdade e, sobretudo, na igualdade, preconiza a total ausência de distingáo entre filiagáo de origem natural ou adotiva, com ou sem semelhanca da identidade genética"⁶².

Ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación (art. 558, último párrafo, Proyecto de Código Civil argentino, 2012).

⁶¹ CICU, Antonio. Ob. cit., p. 18.

⁶² LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. "O material humano

criopreservado e a filiação tecnológica: um debate cm tomo da filiagáo no Direito de Família".

En: Jus Navigandi, Teresina, año 17, n. 3325, 8 ago. 2012.

Disponível cm:

<<http://1jus.com.br/revista/texto/22347>> Acesso cm: 9 ago. 2012.

Orden público

En mérito de la trascendencia de las relaciones paterno filiales las normas que la reglamentan son de orden público lo que implica que no puedan ser susceptibles de modificación. La estructura de la filiación influye en una serie de datos de orden social, cultural, económico, etc., las cuestiones relativas a la filiación no se agotan en el interés privado, trascienden al interés público⁶³ de allí que sus relaciones sean exigibles coercitivamente y no puedan ser pactadas o limitadas por mera voluntad de las partes. Inextinguible e imprescriptible.

Se prolonga en el tiempo y trasciende a la voluntad de los sujetos.

De Farias y Rosenvald⁶⁴ justifican tres razones, primus, en razón de su carácter declarativo limitando la afirmación a la existencia de una relación jurídica, secundus, por tratarse de una acción de estado no puede someterse a un plazo extintivo, tertius, con mayor razón y vigor, por envolver un derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, no puede estar sometido a un plazo para su ejercicio.

Estado Civil

Posición de una persona dentro de una familia y en la sociedad. La filiación es consubstancial al concepto persona, es la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia.

De allí que se diga que la filiación implica un triple estado:

⁶³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. 2º edición, Mexico, Porrúa. 1994, p 221.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Familias. 2ª edición. Ob.

cit., p. 619.

- Estado jurídico. Asignado por la ley a una persona y deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra.
- Estado social. En cuanto se tiene respecto a otra u otras personas y trasciende en la sociedad.
- Estado civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

Suárez Franco da especial énfasis a la filiación como estado sosteniendo que: "Es un estado social en cuanto se tiene a otro u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina la capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones⁶⁵.

Ripert y Bounlanger⁶⁶ nos dice que el estado de filiación es la especial posición que el individuo ocupa en la familia como hijo, así como el estado de familia es la posición que ocupa un individuo como miembro de esta lo que nos lleva a establecer que la filiación es un locus familiar.

La filiación es un estado jurídico, situación distinta de lo que sucede con la concepción, el embarazo y el nacimiento que son hechos jurídicos⁶⁷.

Naturaleza jurídica

La doctrina se ha dividido en varias corrientes dirigidas a encontrar la esencia de la filiación. Entre ellas tenemos:

⁶⁵ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Ob. cit., p. 4.

⁶⁶ ⁶⁹ RIPERT, George y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, vol.1, El estado de las personas, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, 1956, p. 465.

⁷⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 639.

Derecho

La filiación es básicamente un derecho, el derecho de filiación. Para García Sarmiento es "(...) el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia (...) El derecho de filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto el contenido que funcionalizan su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad(...)"⁶⁸.

Relación jurídica

La filiación es un concepto relacional, como sostiene Lóbo "es la relación de parentesco que se establece entre dos personas, una de las cuales es nacida de la otra, o adoptada, o vinculada mediante posesión de filiación o por la concepción derivada de inseminación artificial heteróloga"⁶⁹. Podemos identificar, según el autor citado, cuatro formas de establecer el parentesco filial: (i) nacimiento, (ii) adopción, (iii) posesión de estado y, (iv) concepción asistida.

La doctrina italiana nos habla del rapporto giuridico di filiazione, entre ellos Trimarchi⁷⁰ quien considera que la

⁶⁸ GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Elementos de Derecho de Familia. Editorial Facultad de

Derecho, Bogotá, 1999, p. 67.

⁶⁹ 72 LÓBO, Paulo. Ob. cit., p. 192.

⁷⁰ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. (Voz) "Filiazione legittima". En: Enciclopedia del Diritto. Ob.

cit., p.457.

relación jurídica de filiación tiene como fundamento el vínculo de sangre normalmente enriquecido con la existencia de un matrimonio entre los progenitores del hijo o en el simple vínculo civil. Así también, Cifro y Pezzana⁷¹ admiten que es una relación jurídica entre el nacido y los pro- genitores, relación con base en la cual el primero se considera hijo del segundo.

Existente entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, se caracteriza por ser bilateral o, como también se dice, bipolar, de doble entronque (progenitor-progenitura; ascendiente, descendiente; padre, hijo). Esta es la regla biológica que no necesariamente coincide con la jurídica. El hijo puede tener una maternidad y su correspondiente paternidad o, solo una de ellas, lo que genera las acciones para su determinación. Plácido Vilcachagua⁷² dice, sin certeza ni confianza plena, que se trata de una relación inmediata entre el padre o madre con el hijo.

Atributo de la personalidad

La filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

Es un medio que permite diferenciar e identificar a las personas.

⁷¹ CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (Voz) "Filiazione naturale". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., p. 475.

⁷² PLACIDO VILCACHAUGUA, Alex. Filiación y patria potestad. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2003, p. 81.

Vínculo jurídico

Según Gusmão se trata de un vínculo jurídico natural que une a una persona con quienes las generaron⁷³. Para Mizrahi⁷⁴ es el vínculo legal entre dos personas (padre o madre / hijo o hija). Azpiri⁷⁵ especifica que se trata de un vínculo familiar. Krasnow nos dice que la filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero, también, puede encontrar su fuente en la ley misma (filiación por adopción⁷⁶ o filiación por asimilación). Un estado legal inter partes con el consiguiente "entrecruce de derechos y obligaciones (...)"⁷⁷.

Acto jurídico / hecho jurídico

En la doctrina italiana Trimarchi, considera a la filiación - aparte de su carácter de relación como un hecho jurídico relevante⁷⁸, mientras Crifó y Pezzana, asumen que es hecho natural productor de numerosos efectos jurídico⁷⁹.

Soto Lamadrid indica que "la filiación, como categoría jurídica, es más que un hecho jurídico, es un acto jurídico familiar, porque el surgimiento de la filiación no existe hasta

⁷³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Ob. cit., p. 282. SAMBRIZZI, Eduardo. Tratado de Derecho de familia. Tomo V Ob. cit., p. 487 quien cita a la vez a BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de familia. 8a edición, tomo 2, Buenos Aires, 2008, p. 345, parágrafo 439; PIERRINO, Jorge Oscar. Derecho de familia. Tomo II, Buenos Aires, 2006, p. 1300.

⁷⁴ MIZRAHI, Mauricio Luis. Ob. cit., 1198.

⁷⁵ AZPIRI, Jorge. Filiación. En. ob. cit. p. 361.

⁷⁶ KRASNOW, Adriana N. Pruebas biológicas y filiación. UNR Editora, Rosario, 1996, p. 49 y ss.

⁷⁷ PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil español. T. II, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, p. 3.

⁷⁸ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. (Voz) "Filiazione legittima". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., pp. 458-461.

⁷⁹ CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (Voz) "Filiazione naturale". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., p. 475.

que haya una manifestación de voluntad del reconociente, y solo a falta de tal voluntad, surge la declaración judicial que atribuye, ahora sí, las consecuencias de lo biológico”⁸⁰.

Importancia

La procedencia de los hijos respecto de sus padres es por se la relación humana más significativa. De las instituciones del Derecho de familia, la filiación tiene relevante importancia tomando en cuenta la responsabilidad que se genera con la procreación es única, básicamente en los primeros años que exigen una permanente atención del hijo hasta que alcance el desarrollo que le permita integrarse en la sociedad⁸¹.

Su incidencia se manifiesta en la familia, en la sociedad y el Estado. El Derecho le presta especial importancia en su regulación (civil, penal, administrativa) con la finalidad de concretar la relación paterno-filial. La determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de derechos y obligaciones, básicamente de deberes de obsequium e pietas⁸² (cumplimiento de los deberes para con los suyos).

De la filiación emanan relaciones jurídicas y es elemento indispensable para establecer instituciones de orden familiar de trascendencia.

Clases o grados de paternidad

La paternidad jurídica y biológicamente es una sola, sin embargo, desde la óptica social puede tener varias aristas que tiendan a su establecimiento.

⁸⁰ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Ob.cit., pp 68 y 69.

⁸¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Ob. cit., p. 441.

⁸² PECORELLA, Corrado (Voz) "Filiazione (storia)". En: Enciclopedia del Diritto. Ob.cit., p. 450.

Decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico. Esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (progenitor es el que engendra). Ser padre no es una imposición, es una labor. El padre no se determina por el criterio de progenitaduría sino por la función social, por el oficio natural - familiar que implica asumir el compromiso y labor de cuidado de los hijos.

Bajo esta orientación María Dolores Vila-Coro⁸³ precisa las clases o grados de paternidad en el siguiente sentido:

- **Paternidad plena**

El padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de padre legal. Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño y ejerce los derechos y obligaciones paterno- filiales.

Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal.

- **Paternidad referencial**

Es el padre cuyo hijo no goza de su presencia física, pero tiene referencia de él que le ayudan a desarrollarse dentro de los parámetros de una familia con sus antecedentes y estirpes.

⁸³ VILLA-CORO BARRACHINA, María Dolores. Huérfanos Biológicos. San Pablo, Madrid, 1997, pp. 77^a 86.

El hijo conoce la identidad de su padre (rasgos, profesión, calidades, etc.).

Se puede presentar en dos casos:

- Aquella que corresponde al hijo de una pareja en la que el marido ha fallecido o está ausente.
- Aquella que se da por fecundación post mórtem, el hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, pero está privado de los derechos legales.

La paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.

- **Paternidad Social**

En esta el padre ha engendrado al hijo, pero no convive con él. Su relación no tiene efecto legal pero sí contenido emocional ya que le permite tener a un hombre como imagen de padre.

- **Padre excluido**

Es aquel padre que, producto de una técnica de reproducción, ha cedido su material genético (de manera anónima pues prima la reserva en su identificación) sin compromiso de asumir una paternidad, privando del derecho de conocer su identidad al hijo engendrado con su semen. El hijo no cuenta con la persona del padre ni con su presencia referencial no podrá establecer su identidad.

Todo ello lleva a afirmar que la paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia cual es la interrelación padre-hijo. La paternidad

en su implica consideraciones de orden personal, biológico, social legal, generando conjunto un estado paternal pleno.

- **Procedimiento de Filiación**

Cuando hablamos de filiación extramatrimonial, nos referimos al reconocimiento voluntario o declaración judicial de la paternidad del hijo concebido o nacido fuera de matrimonio (y también en ausencia del mismo como el concubinato). Nuestra Constitución Política expresamente señala la igualdad entre todos los hijos (artículo 6°), es decir, una vez reconocidos todos tienen los mismos derechos.

El reconocimiento o la resolución judicial de paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial y se inscribe en el Acta de Nacimiento de los hijos -antes llamada Partida de Nacimiento-.

En caso del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, el padre o la madre declarante puede revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. Así, el hijo llevará el apellido del padre o la madre que lo hubiera inscrito y el del presunto progenitor. En este supuesto no se establece un vínculo de filiación, pero se protege la identidad del menor. RENIEC tendrá un plazo de 30 días hábiles para poner en conocimiento del hecho al presunto progenitor mediante una notificación.

Originalmente, de acuerdo con el artículo 475 del Código Procesal Civil, una demanda de filiación extramatrimonial debía tramitarse como un proceso de conocimiento, una vía reservada para los procesos de gran complejidad, considerado así este por las dificultades probatorias que implicaba.

Y es que, en 1993, año en que se dictó el Código Procesal Civil vigente, no se tomaron en cuenta los últimos avances científicos, como los exámenes de ADN, para probar la filiación extramatrimonial. Ello sucedería recién en 1999, mediante la dación de la Ley 27048, cuya discusión se centró en el consenso científico en torno a la contundencia de la prueba de ADN.

Dada la irrefutable certeza que los resultados de dicha prueba pueden generarle a la judicatura sobre la paternidad demandada, sumada a la necesidad de cautelar el interés superior del niño, niña o adolescente, se hizo inútil seguir reservando para las demandas de filiación extramatrimonial la vía del conocimiento, cuyos plazos dilatados y altos costos, desincentivaban a las litigantes, ora de iniciar el proceso ora de culminarlo. De allí que se postulara la creación de un proceso especial para tramitar estas pretensiones.

Fue el 2005, a través de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que se estableció el denominado proceso especial de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Así pues, se estableció que la demanda debe ser presentada ante el juzgado de paz letrado, quien de inmediato expediría una resolución declarando la paternidad. El emplazado podría, en el plazo de 10 días, formular oposición a dicha resolución judicial, en caso de no hacerlo, se emitiría la declaración judicial firme de paternidad. La oposición obligaba a la realización de la prueba de ADN. Se disponía de tres días para apelar ante el juzgado especializado de familia.

Como se ve, este nuevo proceso acababa con las tachas a las pruebas, excepciones, contestación de demanda, con la negativa para no someterse a la prueba, apercibimientos,

alegatos, informes orales, incluso no procedería la casación (al iniciar el proceso ante juez de paz y concluir ante el especializado).

Es preciso señalar que esta ley, con todas sus bondades, contenía ciertos aspectos problemáticos, tales como la restricción solo al reconocimiento de la paternidad, dejando de lado el de la maternidad o de la filiación.

Además, exige que para la realización de la prueba científica se tomen muestras de la madre, padre e hijo, lo que impedía que proceda cuando faltaba uno de ellos. Por otro lado, el costo de la prueba de ADN debía ser sufragado por la parte demandante.

Posteriormente esta norma fue modificada, primero por la Ley 29715, luego por la 29821. Esta última, publicada en diciembre de 2011, trajo importantes novedades. Aclaró que a la pretensión de declaración de paternidad podía acumularse de manera accesorio, la de pensión alimentaria. El emplazado tendría ahora diez días no solo para oponerse a la declaración de filiación sino también para absolver el traslado de la pretensión de alimentos.

Instituyó, para los casos en que el demandado presente oposición, una audiencia única, en la que se tomarán las muestras para la prueba de ADN y se conducirá la audiencia conforme con el artículo 555 de Código Procesal Civil (saneamiento del proceso, fijación de los puntos controvertidos, etc.).

Cabe mencionar que el año 2016 se presentó un Proyecto de ley que crea el ADN gratuito, el proceso único de filiación de paternidad y alimentos preventivos, que buscaba la derogatoria de la Ley 28457 y sus modificatorias, a fin de

establecer el proceso único de filiación de paternidad y alimentos preventivos. El texto aprobado no ha recogido en su integridad el texto primigenio, sino que se realizaron diversas modificatorias así, por ejemplo, se dejaría de lado la gratuidad del ADN, asimismo, no se creó el proceso único de alimentos preventivos.

Puntualmente, el texto sustitutorio aprobado modifica los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, e incorpora a esta norma los artículos 2-A, 6 y la quinta disposición complementaria. Finalmente, modifica el artículo 424.10 del Código Procesal Civil. Finalmente mostramos un cuadro sobre el proceso de filiación.

Oposición obligaba a la realización de la prueba de ADN. Se disponía de tres días para apelar ante el juzgado especializado de familia.

Como se ve, este nuevo proceso acababa con las tachas a las pruebas, excepciones, contestación de demanda, con la negativa para no someterse a la prueba, apercibimientos, alegatos, informes orales, incluso no procedería la casación (al iniciar el proceso ante juez de paz y concluir ante el especializado).

Es preciso señalar que esta ley, con todas sus bondades, contenía ciertos aspectos problemáticos, tales como la restricción solo al reconocimiento de la paternidad, dejando de lado el de la maternidad o de la filiación.

Además, exige que para la realización de la prueba científica se tomen muestras de la madre, padre e hijo, lo que impedía

que proceda cuando faltaba uno de ellos. Por otro lado, el costo de la prueba de ADN debía ser sufragado por la parte demandante.

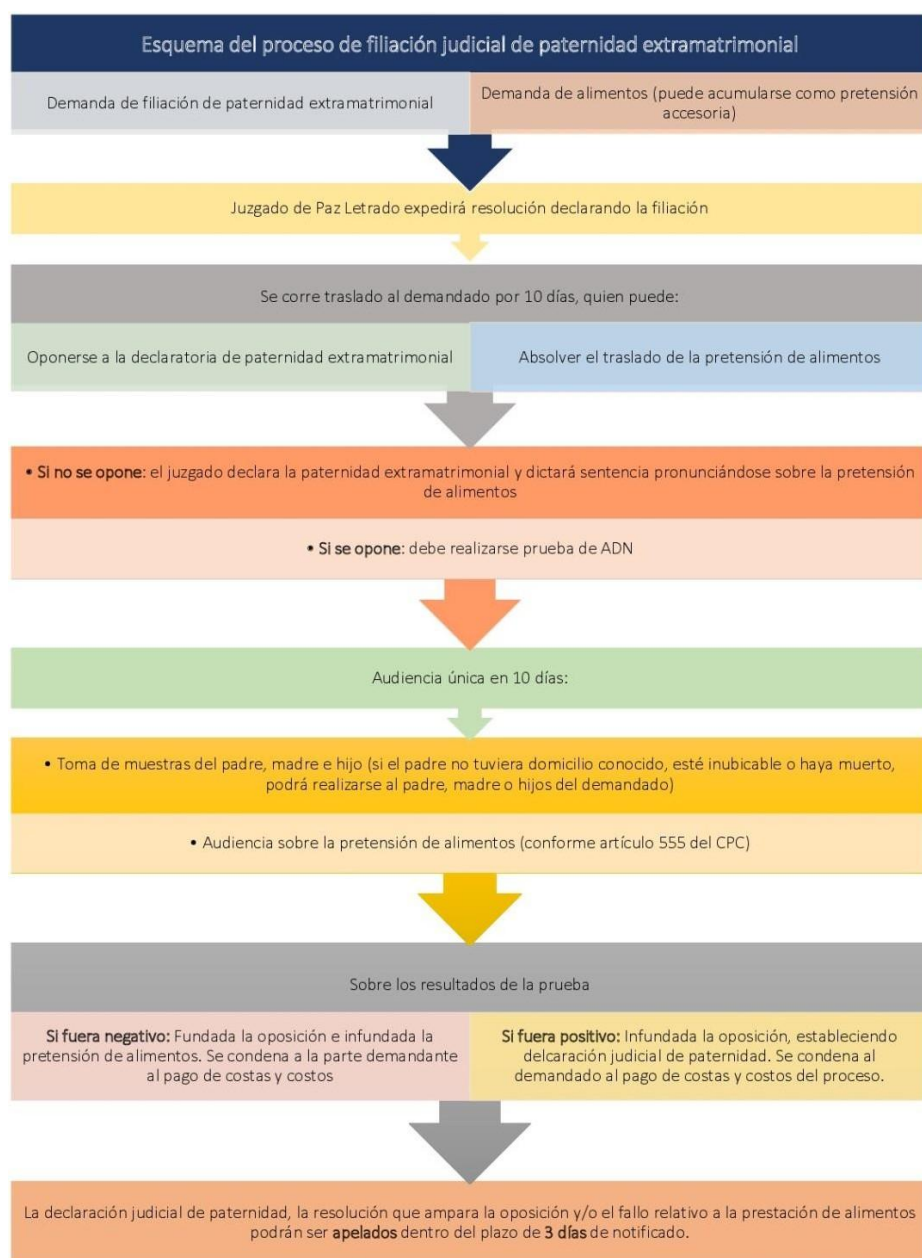
Posteriormente esta norma fue modificada, primero por la Ley 29715, luego por la 29821. Esta última, publicada en diciembre de 2011, trajo importantes novedades. Aclaró que a la pretensión de declaración de paternidad podía acumularse de manera accesorio, la de pensión alimentaria. El emplazado tendría ahora diez días no solo para oponerse a la declaración de filiación sino también para absolver el traslado de la pretensión de alimentos.

Instituyó, para los casos en que el demandado presente oposición, una audiencia única, en la que se tomarán las muestras para la prueba de ADN y se conducirá la audiencia conforme con el artículo 555 de Código Procesal Civil (saneamiento del proceso, fijación de los puntos controvertidos, etc.).

Cabe mencionar que el año 2016 se presentó un Proyecto de ley que crea el ADN gratuito, el proceso único de filiación de paternidad y alimentos preventivos, que buscaba la derogatoria de la Ley 28457 y sus modificatorias, a fin de establecer el proceso único de filiación de paternidad y alimentos preventivos. El texto aprobado no ha recogido en su integridad el texto primigenio, sino que se realizaron diversas modificatorias, así por ejemplo, se dejaría de lado la gratuidad del ADN, asimismo, no se creó el proceso único de alimentos preventivos.

Puntualmente, el texto sustitutorio aprobado modifica los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, e incorpora a esta norma los artículos 2-A, 6 y la quinta disposición complementaria. Finalmente, modifica el artículo

424.10 del Código Procesal Civil. Finalmente mostramos un cuadro sobre el proceso de filiación.



Diferencias entre el proceso judicial de filiación y de conciliación:

Diferencias	Proceso Judicial	La Conciliación
Nivel de solución	Pretensiones, posiciones (contenidas en la demanda, contestación, audiencia, sentencia, apelación).	Problemas (contenidos dentro o fuera de la solicitud).
Criterio de solución	La ley aplicable	Criterios flexibles
Atmósfera	Adversarial	Cooperativa
Orientación hacia el conflicto	Hacia la discusión pasado.	Hacia la búsqueda de soluciones de futuro
Control del proceso	Vertical	Horizontal

De lo descrito, podemos ver la diferencia abismal que existe entre un proceso y otro, en cuanto al procedimiento que se da en cada uno. En la conciliación extrajudicial no se mira el pasado, ni se busca culpables del incumplimiento de los deberes que emanan del matrimonio, como cuando uno de los cónyuges no cumple con su deber de fidelidad o de pasar una pensión de alimentos a sus hijos, cónyuges, o porque no se permite ver a los hijos que se encuentran en poder del otro cónyuge, sino todo lo contrario, se busca soluciones generadas por las mismas partes en conflicto que satisfaga los intereses genuinos de los integrantes de la familia, sobre todo de los menores de edad.

La Conciliación Extrajudicial proporciona a la familia la posibilidad de auto determinarse teniendo como límite del **interés superior del niño**, la familia tiene un mayor control en el proceso y en el resultado del mismo, asumiendo una participación activa en la solución de sus conflictos, así

son los propios padres de familia o cónyuges quienes diseñan y construyen la solución a sus divergencias ante el incumplimiento de los deberes que nacen del matrimonio.

Otro factor que aboga a favor de la conciliación extrajudicial llevada a cabo en los Centros de Conciliación Extrajudicial está referido a la confidencialidad del proceso, en virtud de la cual toda la información que se recaudó como consecuencia del mismo es totalmente confidencial, permitiendo a así los padres de familia y cónyuges una mayor libertad para la creación de una solución ideal a sus conflictos familiares, a diferencia que en el proceso judicial donde se ventilan públicamente la vida de todos los integrantes de la familia, pues cada una se encarga de desnudar públicamente a su adversario, con el consiguiente perjuicio emocional a los hijos y al otro cónyuge, generando muchas veces a un más encono y enemistad y deseo superior del Niño en cuanto a la identidad de los menores no reconocidos.

2.5. Hipótesis:

Si prima el interés superior del niño y del adolescente como fundamentos jurídicos para su protección entonces las DEMUNAS y Centros de Conciliación podrán incluir el mecanismo de filiación extramatrimonial en el Perú.

2.6. Variables:

Primera Variable

Filiación extramatrimonial en DEMUNAS y Centros de Conciliación.

Segunda Variable

- Interés superior del niño.

2.7. Operacionalización de Variables

2.7.1. Operacionalización de la variable X = Filiación extramatrimonial

VARIABLE	DEFINICION	PARTES O ELEMENTOS	INDICADORES
Filiación extramatrimonial	Todo hijo nacido fuera del matrimonio sea cual fuere el estado civil de los padres, es considerado hijo extramatrimonial.	- Requerimiento de filiación extramatrimonial.	- Número de Demanda de filiación extramatrimonial.

2.7.2.- Operacionalización de la variable Y= Interés superior del niño

VARIABLE	DEFINICION	PARTES O ELEMENTOS	INDICADORES
Interés superior del niño	El interés superior del niño es un concepto triple; es un derecho, es un principio y es una norma de procedimiento.	1. Ley de filiación extramatrimonial	- Texto
		2. Código del niño y adolescente	- Texto

CAPITULO III

MÉTODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de investigación

Considerando de descrito por Sánchez, (2011) se precisa que existen tres formas de realizar investigaciones jurídicas “jurídico social, jurídico doctrinal y jurídico filosófica” (p.336). La investigación Jurídico Doctrinal tiene dos niveles “El primero es le hermenéutico y el segundo el teórico dogmático o simplemente dogmático” (p.337). La investigación desarrollada se tipifica como **Jurídico Doctrinal Hermenéutica**, porque “se dedica a hacer hermenéutica de las leyes, jurisprudencias, e incluso de las hermenéuticas realizadas por otros juristas” (Sánchez, 2011, p.337)

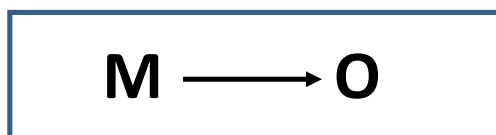
3.2. Método de investigación

Se utilizó el método analítico, considerando la evaluación de los hechos e información sobre la investigación realizada.

3.3. Diseño y Contrastación de hipótesis:

Respecto a la categoría diseño los autores Hernández & Fernández (2014) precisan “ El término diseño se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la informacipon que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema” (p.128)

En base a los argumentos expuestos, el diseño o secuencia lógica que orienta el estudio es la siguiente:



Donde:

M: Fundamentos jurídicos para incluir la institución de la Conciliación en DEMUNAS y Centros de Conciliación como mecanismo para la Filiación Extramatrimonial en el Perú.

O: Primacía del Interés Superior del Niño en cuanto a la identidad de los menores no reconocidos

3.4. Población y Muestra:

La población universal estuvo conformada por 50 expedientes de filiación extramatrimonial del Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo, durante el periodo 2015 al 2018.

Arias (2006), enseña una sucesión de encargos con relación a la demarcación de la población, que son: La metrópoli neutral debe subsistir determinada con luminosidad y exactitud en el inconveniente de averiguación e incógnita y en el objetivo general del estudio.

Los científicos en proceso formativo que no disponen con recursos económicos, deben instruirse poblaciones determinadas y asequibles. Si la población, por la cifra de unidades que la componen, resulta viable en su integridad, no será inexcusable extirpar una muestra.

En tal sentido, las unidades muestrales estarán conformadas por la totalidad (50) de los expedientes judiciales sentenciados de los años 2015 al 2018, en el Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo.

3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos:

Para recolectar la información, que permita fundamentar el estudio se utilizan las técnicas e instrumentos siguientes:

Técnicas:

- ✓ **Técnicas de análisis documental**, mediante formularios de análisis, para organizar y procesar la información proveniente de fuentes documentales (tesis, libros, artículos, sentencias, etc.)
- ✓ **Técnica de la encuesta**, mediante al guía de encuesta respectiva, para recolectar información referida la perspectiva de profesionales sobre la desnaturalización de contrato de trabajo sujeto a modalidad.
- ✓ **Técnica del fichaje**, mediante diferentes formatos: resumen, comentario, bibliográficas, mixtas; etc.; para identificar, procesar y organizar información de diferentes fuentes.

Instrumentos:

- ✓ Ficha de recojo de información la cual se utilizó para analizar los expedientes sobre los procesos de filiación extramatrimonial.
- ✓ Ficha de entrevista a los solicitantes de la filiación extramatrimonial.

3.6. Métodos:

En la investigación se interrelaciona la estrategia general de la ciencia con la táctica científica, en el sentido de trabajar en forma simbiótica métodos generales con los propios del campo del derecho.

- **Métodos Generales:**

- **Métodos Lógicos:**

Son aquellos que permiten la obtención o producción del conocimiento: inductivo, deductivo, inductivo-deductivo, analítico, sintético y analítico-sintético. Es decir, procedimientos que permiten partir del problema, teorizar, descomponer el objeto de estudio y sintetizar planteamientos.

- **Método Histórico:**

Se utiliza en el trabajo atendiendo a procedimientos heurística (localización y recopilación de las fuentes documentales, que son la materia prima del estudio); crítica de esas fuentes (distinguiendo dos formas de crítica, que se refieren al trabajo con las fuentes documentales: crítica externa y crítica interna); síntesis historiográfica (que es la sistematización del proceso de desarrollo del objeto de estudio)

- **Método Dialéctico:**

En el trabajo de investigación, proporciona la posibilidad de comprender, el objeto de estudio asociado a un conjunto de variables, es decir, en forma contextualizada y en constante cambio.

3.7. Técnicas para el procesamiento y análisis de la información:

- ✓ **Procesamiento de datos.-** Los datos serán procesados, a través de la técnica de la estadística descriptiva con cuadros estadísticos y los gráficos correspondientes.
- ✓ **Análisis de la información.-** Los datos obtenidos se han sometido a las técnicas lógicas inferenciales, las mismas que se han instrumentado en base a argumentos deductivos para llegar a las conclusiones de la investigación.

CAPITULO IV

RESULTADOS

De la investigación realizada, se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla N° 01

Expedientes de Filiación Extramatrimonial atendidos con resolución de filiación
Del Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo. 2015-2018

Expedientes de filiación extramatrimonial	Fi	%
- Atendidos, con resolución de filiación	20	40
- Atendidos, sin resolución de filiación	30	60
Total	50	100

Fuente: Ficha de análisis documental aplicada en los procesos de filiación extramatrimonial del

Juzgado de paz letrado en Chiclayo, 2015-2018.

Interpretación:

De acuerdo con la ficha para el recojo de información aplicada a los expedientes, se tiene que el 40% de las demandas fueron atendidas y se expedida sentencia, mientras que el 60 % de las demandas no fueron atendidas; existiendo una proporcionalidad de 5 a 1.

Tabla N° 02

Expedientes de Filiación Extramatrimonial con resolución de filiación y cumplimiento de plazo Del Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo. 2015-2018

Expedientes de filiación extramatrimonial	Fi	%
Atendidos, con resolución de filiación, dentro del plazo	08	40
Atendidos, con resolución de filiación, fuera del plazo	12	60
Total	20	100

Fuente: Ficha de análisis documental aplicada en los procesos de filiación extramatrimonial del Juzgado de paz letrado en Chiclayo, 2015-2018.

Interpretación:

De acuerdo con la guía de observación aplicada a los expedientes, se tiene que en el 40% de las demandas se emitió sentencia dentro del plazo establecido, mientras que en el 60 % de las demandas se emitió sentencia fuera del plazo establecido; existiendo una proporcionalidad de 4 a 1.

Tabla N° 03

Expedientes de Filiación Extramatrimonial y satisfacción del usuario
Del Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo. 2015-2018

Expedientes de filiación extramatrimonial	Fi	%
Satisfecho, considerando tiempo y dinero	10	20
Insatisfecho, considerando tiempo y dinero	40	80
Total	50	100

Fuente: Ficha de análisis documental aplicada en los procesos de filiación extramatrimonial del
Juzgado de paz letrado en Chiclayo, 2015-2018.

Interpretación:

De acuerdo con la ficha de entrevista aplicada a los usuarios demandantes, se tiene que el 20% de los usuarios se considera satisfecho por el trámite realizado considerando el tiempo y dinero, mientras que el 80 % los usuarios se consideran insatisfecho por el trámite realizado considerando el tiempo y dinero; existiendo una proporcionalidad de 6 a 1.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal -para un mayor bienestar de los niños- pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

Ahora bien, la doctrina italiana Trimarchi, considera a la filiación aparte de su carácter de relación- como un hecho jurídico relevante, mientras Crifó y Pezzana, asumen que es hecho natural productor de numerosos efectos jurídico.

Soto Lamadrid indica que "la filiación, como categoría jurídica, es más que un hecho jurídico, es un acto jurídico familiar, porque el surgimiento de la

filiación no existe hasta que haya una manifestación de voluntad del reconociente, y solo a falta de tal voluntad, surge la declaración judicial que atribuye, ahora sí, las consecuencias de lo biológico.

La procedencia de los hijos respecto de sus padres es para la relación humana más significativa. De las instituciones del Derecho de familia, la filiación tiene relevante importancia tomando en cuenta la responsabilidad que se genera con la procreación es única, básicamente en los primeros años que exigen una permanente atención del hijo hasta que alcance el desarrollo que le permita integrarse en la sociedad. Su incidencia se manifiesta en la familia, en la sociedad y el Estado.

El Derecho le presta especial importancia en su regulación (civil, penal, administrativa) con la finalidad de concretar la relación paterno-filial. La determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de derechos y obligaciones, básicamente de deberes de obsequium e pietas (cumplimiento de los deberes para con los suyos). De la filiación emanan relaciones jurídicas y es elemento indispensable para establecer instituciones de orden familiar de trascendencia.

Aspecto importante a considerar es que la diferencia abismal que existe entre un proceso y otro, en cuanto al procedimiento que se da en cada uno. En la conciliación extrajudicial no se mira el pasado, ni se busca culpables del incumplimiento de los deberes que emanan del matrimonio, como cuando uno de los cónyuges no cumple con su deber de fidelidad o de pasar una pensión de alimentos a sus hijos, cónyuges, o porque no se permite ver a los hijos que se encuentran en poder del otro cónyuge, sino todo lo contrario, se busca soluciones generadas por las mismas partes en conflicto que satisfaga los intereses genuinos de los integrantes de la familia, sobre todo de los menores de edad.

La Conciliación Extrajudicial proporciona a la familia la posibilidad de auto determinarse teniendo como límite del **interés superior del niño**, la

familia tiene un mayor control en el proceso y en el resultado del mismo, asumiendo una participación activa en la solución de sus conflictos, así son los propios padres de familia o cónyuges quienes diseñan y construyen la solución a sus divergencias ante el incumplimiento de los deberes que nacen del matrimonio.

Otro factor que aboga a favor de la conciliación extrajudicial llevada a cabo en los Centros de Conciliación Extrajudicial está referido a la confidencialidad del proceso, en virtud de la cual toda la información que se recaudé como consecuencia del mismo es totalmente confidencial, permitiendo a así los padres de familia y cónyuges una mayor libertad para la creación de una solución ideal a sus conflictos familiares, a diferencia que en el proceso judicial donde se ventilan públicamente la vida de todos los integrantes de la familia, pues cada una se encarga de desnudar públicamente a su adversario, con el consiguiente perjuicio emocional a los hijos y al otro cónyuge, generando muchas veces a un más encono y enemistad y deseo superior del Niño en cuanto a la identidad de los menores no reconocidos.

En cuanto a los resultados obtenidos podemos ver que el Cuadro N° 01, se observa que el 40% de las demandas fueron atendidas y se expidió sentencia, mientras que el 60 % de las demandas no fueron atendidas. Esta situación contraviene el marco legal pues la cusa debe ser resuelta considerando que se trata del derecho a nombre del niño y del adolescente.

Ahora bien, de los expedientes que fueron resueltos con sentencia de filiación considerando el plazo establecido se tiene que el Cuadro N° 02, se observa de los 20 expedientes (100%), el 40% de las demandas fueron atendidas y se expedida sentencia, mientras que el 60 % de las demandas fueron atendidas fuera del plazo establecido. Aquí podemos establecer que no se cumple con el procedimiento establecido en la Ley pues la causa debe ser resuelta en seis meses.

Otro aspecto importante a considerar es la satisfacción del usuarios o demandante considerando el tiempo y presupuesto económico utilizado para lograr la ansiada filiación. Así tenemos que el Cuadro 3 describe que el 20% de los usuarios se consideran satisfechos por el trámite realizado teniendo en cuenta el tiempo y dinero, mientras que el 80 % los usuarios se consideran insatisfechos por el trámite realizado teniendo en cuenta esas mismas variables.

En consecuencia, estos hechos sustentan nuestra posición sobre la posibilidad de filiación de paternidad extramatrimonial realizado en las DEMUNAS y Centros de Conciliación Extrajudicial, quedando demostrado la hipótesis en forma favorable por lo tanto cobra validez efectiva la presente investigación jurídica social.

CONCLUSIONES

1. Existen fundamentos jurídicos que sustentan la institución jurídica de la conciliación, como mecanismo para la filiación extramatrimonial a realizarse en DEMUNAS y Centros de Conciliación Extrajudicial en Perú.
2. La Ley de conciliación extrajudicial y su reglamento constituyen los mecanismos legales idóneos para los fines de reconocimiento de hijos.
3. El interés superior del niño constituye el elemento principal que la doctrina señala para su protección lo cual influye en los procesos de filiación a nivel nacional por cuanto reconoce su derecho a la tener un nombre e identidad.
4. Si es posible aplicar la conciliación extramatrimonial en DEMUNAS y Centros de Conciliación en el Perú como lo es en España y Estados Unidos, pues vuestra legislación así lo preveré.

RECOMENDACIONES

1. Se autorice a las DEMUNAS y Centros de Conciliación Extrajudicial en Perú realicen la filiación extramatrimonial considerando el interés superior del niño por cuanto reconoce su derecho a la tener un nombre e identidad de forma rápida y segura.
2. Si es posible aplicar la conciliación extramatrimonial en DEMUNAS y Centros de Conciliación en el Perú como lo es en España y Estados Unidos, pues vuestra legislación así lo establece.
3. A los operadores de justicia tomen en cuenta que la Ley de Conciliación Extrajudicial y su Reglamento constituyen los mecanismos legales idóneos para los fines de reconocimiento de hijos.
4. A los abogados litigantes considerar que existe la posibilidad de implementar la conciliación extrajudicial en DEMUNAS y Centros de Conciliación, lo cual constituye una oportunidad laboral.

BIBLIOGRAFIA

- Gómez, M. R. (2008). *Restablecimiento de derechos de la infancia*. Bogotá: Temis.
- González, S. (1991). *La protección de la infancia en el marco del Derecho Internacional*. Madrid: Cruz Roja.
- Granda, F. D. (1990). *La familia en el Derecho Peruano*. Lima: PUCP.
- Guijarro, E. D. (1963). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rfitor.
- Guillon, D. P. (1983). *Sistema del Derecho Civil*. Madrid: tecno.
- Gustavo, B. A. (1989). *Manual de derecho de familia*. Astrea.
- Hodgkinl, R. (2001). *Manual de aplicación de los derechos de los niños*. ONU.
- Jorge, A. G. (19985). *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: tercer mundo.
- Jovin, E. R. (1997). *Tratado elemental de familia*. Bogotá: camino.
- Malefit, D. W. (1976). *Imágenes del hombre*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Malefijt, W. (1978). *Imágenes del hombre*. Buenos Aires: Amorrar.
- Mere, y. V. (2005). *Boletín legal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mere, Y. V. (2005). *La modernidad en la noción de familia*. Gaceta Jurídica.
- MVLL. (2005). *El matrimonio gay. El país pereda*, M.Gg. (1992). *Derecho romano- primer curso*. Trujillo: UNT.
- Pimentes, G. P. (1981). *Elementos del Derecho Civil Peruano*. LIMA: SESATOR.
- Quesada, F. M. (1986). *Ensayos libres de Filosofía del Derecho*. Lima: UL.
- Rae. (2001). *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid: España.

Reynoso, M.M. (2001). *Derecho de familia*. San Marcos.

Ripert, P. Y. (1977). *Tratado practico de derecho civil*. Buenos Aires: Cultural.

Sagarra Renedo, I. (2004). *Matrimonio homosexual: el altar de moloc*. Madrid: abc.

Savater, F. (1998). *Ética para amador*. Barcelona. Ariel.

Savater, F. (1998). *Ética para amador*. Barcelona: Ariel.

Tobeñas, J. C. (1999). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Toma, P. B. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Trazegnies, F. D. (1990). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima: PUCP.

Vélez, M. I. (1994). *La protección de los derechos del niño*. Madrid: PUCP.

Vilcachagua, a. p. (2003). *Regulación jurídica de la familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

FICHA DE RECOJO DE INFORMACION

Lugar: _____

Fecha: _____

Objetivo: Recoger información sobre filiación extramatrimonial realizado en los juzgados de paz letrado de Chiclayo.

I. Expedientes de filiación extrajudicial:

1. Sobre número de expedientes:

- a. Número de expedientes durante el periodo 2015:
- b. Número de expedientes durante el periodo 2016:
- c. Número de expedientes durante el periodo 2017:
- d. Número de expedientes durante el periodo 2018:

2. Sobre expedientes con resolución de filiación extramatrimonial:

- a. Número de expedientes durante el periodo 2015:
- b. Número de expedientes durante el periodo 2016:
- c. Número de expedientes durante el periodo 2017:
- d. Número de expedientes durante el periodo 2018:

3. Sobre expedientes sin resolución de filiación extramatrimonial:

- a. Número de expedientes durante el periodo 2015:
- b. Número de expedientes durante el periodo 2016:
- c. Número de expedientes durante el periodo 2017:
- d. Número de expedientes durante el periodo 2018:

II. Información del usuario:

1. Sobre satisfacción según tiempo de duración del proceso:
 - a. Satisfecho:
 - b. No satisfecho:

2. Sobre satisfacción según tiempo y dinero gastado en el proceso:
 - a. Satisfecho:
 - b. No satisfecho: