

# "UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**"FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA INCLUSIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN DEMUNAS Y CENTROS DE CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERÚ"**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADA**

**AUTOR :** Bachiller DELHI ROXANA PAREDES ARTEAGA.

**ASESOR:** Dr. Juan José Estrada Díaz.



**Trujillo – Perú**

**2018**

**I**

# "UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**"FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA INCLUSIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN DEMUNAS Y  
CENTROS DE CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN  
EL PERÚ"**

**TESINA PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE  
ABOGADA**

**AUTOR :** Bachiller DELHI ROXANA PAREDES ARTEAGA.

**ASESOR :** Dr. Juan José Estrada Diaz.



**Trujillo – Perú**

**2018**

## **PRESENTACIÓN**

Delhi Roxana Paredes Arteaga, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, cumpliendo con los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de la Tesis de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la “Universidad Privada Antenor Orrego- sede Trujillo”, tengo el honor de presentar ante ustedes el presente trabajo de investigación jurídica denominado: **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA INCLUSIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN DEMUNAS Y CENTROS DE CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERÚ”**.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a ustedes las muestras de mi consideración y estima.

Atentamente,

.....  
*DELHI ROXANA PAREDES ARTEAGA*

## **AGRADECIMIENTO**

*A todas aquellas personas que me  
Brindaron las facilidades necesarias  
Para poder realizar el presente trabajo  
De investigación;*

*Especialmente a mis padres  
Enrique Paredes Catillo y  
Gladys Arteaga La Cunza;  
porque ellos han sido un pilar  
fundamental en mi formación como  
profesional, ya que siempre estuvieron  
a mi lado brindándome su apoyo y  
confianza, consejos, oportunidad y  
recuersos para lograrlo.*

*A mi pequeña hija Sarummy Ruiz Paredes y Esposo  
Quien fue mi inspiración en cada momento;  
A mis hermanos y  
Docentes de mi alma mater, ya que sin  
Su ayuda no hubiera sido posible realizarlo.*

**RESUMEN**

La Tesis que hemos denominado “FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA INCLUSIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN DEMUNAS Y CENTROS DE CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERÚ”, se orienta a determinar los fundamentos y criterios jurídicos que permitan sustentar la inclusión de la figura conciliatoria como mecanismo para la filiación extramatrimonial en nuestro país.

En este sentido, la formulación de nuestro Problema fue el siguiente: ¿CÚALES SON LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA INCLUSIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN DEMUNAS Y CENTROS DE CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERÚ?, frente a lo cual nos planteamos los siguientes objetivos principales: Estudiar la doctrina en torno a la institución jurídica de la conciliación, así como las ventajas que supone su aplicación en materia de resolución de conflictos a nivel familiar. Investigar los diversos mecanismos que ofrece nuestro ordenamiento civil para los fines de reconocimiento de hijos y comentar su problemática. Analizar los aspectos jurídicos en torno al Interés Superior del Niño y determinar su influencia en los procesos de Filiación a nivel nacional.

En cuanto al enunciado de la Hipótesis hemos propuesto la siguiente:

***“Los fundamentos jurídicos para incluir la institución de la Conciliación en Demunas y centros de conciliación como mecanismo para la filiación extramatrimonial en el Perú son: la primacía del Interés Superior del Niño en cuanto a la identidad de los menores no reconocidos y la oportunidad de ofrecer a las partes un mecanismo práctico y seguro para la eficacia de la filiación extramatrimonial”.***

**En aplicación de los diversos métodos lógicos y jurídicos, entre ellos los métodos de interpretación, deductivo y sintético, se logró concluir que la figura conciliatoria permite solucionar algunos problemas que afectan a la familia**

sin necesidad de recurrir a la vía judicial. Ello ahorra tiempo y dinero, así como el desgaste emocional que genera el litigio. Además, posibilita el análisis de los diversos puntos de vista o intereses de las partes en conflicto y que estos sean tomados en cuenta en la identificación de soluciones y en los acuerdos.

Igualmente, concluimos que ante los conflictos de familia, y particularmente en un tema tan sensible como la filiación, la conciliación sólo se inicia cuando las partes aceptan que solas no pueden encontrar la solución a sus apremios y que recurrir a este medio alternativo de resolución de conflictos. Si bien el conciliador es un tercero distinto a las partes, son ellas las que asumen el protagonismo y el control en el procedimiento que conducirá eventualmente a la superación de sus diferencias.



## **TABLA DE CONTENIDOS**

<i>CARÁTULA</i> .....	<i>I</i>
<i>CONTRACARÁTULA</i> .....	<i>II</i>
<i>PRESENTACIÓN</i> .....	<i>III</i>
<i>AGRADECIMIENTO</i> .....	<i>IV</i>
<i>RESUMEN</i> .....	<i>V</i>

### **CAPITULO I EL PROBLEMA**

1. Realidad Problemática.....	2
2. Problema.....	4
3. Hipótesis.....	4
4. Variables.....	5
5. Objetivos.....	5
6. Antecedentes.....	6
7. Justificación.....	7
8. Material Y Métodos.....	9
9. Modelo De Contrastación.....	11

### **CAPÍTULO II MARCO TEORICO**

#### **SUB CAPITULO I ASPECTOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN**

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	13
2.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	17
2.1. La Conciliación en las primeras Constituciones del Perú.....	17



2.2.- Leyes Sobre La Conciliación.....	18
3.- TEORÍA DEL CONFLICTO.....	21
3.1.- Definiciones de Conflicto.....	22
3.2.- Clasificación de los Conflictos.....	23
4.- CONCILIACIÓN.....	27
4.4.1.- Definiciones.....	27
4.4.2.- Fases de la Conciliación.....	28
4.4.3.- Clasificación de la Conciliación.....	30
4.4.4.- Paralelo entre los Medios Alternativos de Resolución de conflicto...36	
4.4.5.- Legislación: Ley de Conciliación Extrajudicial y su Reglamento.....39	
- Antecedentes y Características de La Ley N°26872.....	39
- Ventajas de la Conciliación.....	43
- Fundamentación de los Valores Éticos.....	44
- Análisis De La Ley De Conciliación.....	46
- Reglamento de la Ley de Conciliación.....	48

**SUB CAPÍTULO II**  
**INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

1.- La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño: Expresión De Un Consenso Universal.....	54
2.- Los Derechos Del Niño Son Derechos Humanos.....	56
3.- El Principio Del Interés Superior Del Niño: Origen Y Proyecciones.....	59
4.- El Interés Superior Del Niño Como "Principio Garantista".....	62
5.- Interés Superior Del Niño Como La Satisfacción De Sus Derechos.....	64

6.- Función Del Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño.....	67
---	----

### **CAPÍTULO III**

#### **LA FILIACIÓN COMO VÍNCULO JURÍDICO**

1. Filiación Y Parentesco.....	73
Antecedentes Históricos.....	75
2. Etimología.....	76
3. Concepto.....	76
4. Denominación.....	78
5. Definición.....	80
6. Características.....	85
7. Naturaleza Jurídica.....	91
8. Importancia.....	95
9. Clases O Grados De Paternidad.....	96
10. Procedimiento De Filiación.....	98
11. Diferencias Entre El Proceso Judicial De Filiación Y De Conciliación .....	104
 Discusión De Los Temas Tratados.....	 106
 Conclusiones.....	 110
 Bibliografía.....	 112

# CAPÍTULO I

---

## EL PROBLEMA

## 1. REALIDAD PROBLEMÁTICA:

Nuestra investigación estará orientada a la determinación de los fundamentos por los cuales se puede sustentar la inclusión de la Institución jurídica de la Conciliación en Demunas y Centros de Conciliación para la filiación extramatrimonial, con el fin de dotar de eficacia al mecanismo de filiación extramatrimonial en nuestra realidad nacional.

Hoy 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 conflicto 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 **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.

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 Centros 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; ya que hoy en día el no tener un apellido genera muchas dificultades un ejemplo, acceder a programas del Estado empezando desde la educación, salud, etc. Siendo muchas veces estos menores discriminados.

## 2. FORMULACION DEL PROBLEMA

¿CÚALES SON LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA INCLUIR LA INSTITUCION DE LA CONCILIACIÓN EN DEMUNAS Y CENTROS DE CONCILIACION COMO MECANISMO PARA LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERÚ?

## 3. HIPÓTESIS

***“Los fundamentos jurídicos para incluir la institución de la Conciliación en Demunas y Centros de Conciliación como mecanismo para la filiación en el Perú son: La Primacía del Interés Superior del Niño en cuanto a la identidad de los menores no reconocidos y la oportunidad de ofrecer a las partes un mecanismo práctico y seguro para la eficacia de la filiación extramatrimonial”.***

#### **4. VARIABLES**

##### **V.I.**

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

##### **V.D.**

- Primacía del Interés Superior del Niño en cuanto a la identidad de los menores no reconocidos
  
- Oportunidad de ofrecer a las partes un mecanismo práctico y seguro para la eficacia de la filiación extramatrimonial.

#### **5. OBJETIVOS**

##### **❖ OBJETIVO GENERAL:**

- Determinar los fundamentos y criterios jurídicos que permitan sustentar la inclusión de la figura conciliatoria como mecanismo en la Filiación Extramatrimonial en nuestro País.

##### **❖ OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Estudiar la doctrina en torno a la institución jurídica de la conciliación, así como las ventajas que supone su aplicación en materia de resolución de conflictos a nivel familiar.

- Investigar los diversos mecanismos que ofrece nuestro ordenamiento civil para los fines de reconocimiento de hijos y comentar su problemática.
- Analizar los aspectos jurídicos en torno al Interés Superior del Niño y determinar su influencia en los procesos de Filiación a nivel nacional.
- Indagar a nivel de la legislación comparada la posible aplicación de la figura conciliatoria en la filiación Extramatrimonial.

## **6. ANTECEDENTES**

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:

- **ÁLVAREZ CAROAJULCA, 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, donde respecto a nuestro tema se 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*



*los que saben que es lo más conveniente para los hijos. El rol del conciliador extrajudicial especializado no desnaturaliza esta gestión familiar de sus propias diferencias, por el contrario, alienta a las partes conciliantes hacia ese horizonte de solución.*

*Por otro lado, el manejo sereno y confidencial de la conciliación familiar evita que las cuestiones relativas a los hijos sean utilizados por los padres conciliantes como un instrumento para presionar hacia una determinada “solución”, motivada por intereses subalternos y problemáticos; más aún se sugiere que esta figura continúe en vigencia para lograr la resolución de nuevos conflictos que se presentan a nivel familiar.*

## **7. JUSTIFICACION**

Nuestra investigación es de gran importancia en tanto va dirigida a determinar los fundamentos y criterios jurídicos que permitan sustentar la inclusión de la figura conciliatoria como mecanismo eficaz en la filiación extramatrimonial en Nuestro País.

Ante los conflictos de familia, y particularmente en un tema tan sensible como la filiación, la conciliación sólo se inicia cuando las partes aceptan que solas no pueden encontrar la solución a sus apremios y que recurrir a este medio alternativo de resolución de conflictos. Si bien el conciliador es un tercero distinto a las partes, son ellas las que asumen el protagonismo y el control en el procedimiento que conducirá eventualmente a la superación de sus diferencias.

El conciliador genera y facilita el diálogo entre los conciliantes. La audiencia de conciliación se inicia con la exposición de los interlocutores de su visión del problema.

El conciliador garantiza que cada parte se manifieste libremente, que sea escuchada por la otra y, en especial, que ambas comprendan que no se trata de rivalizar en las posiciones sino de armonizar en un interés común e insoslayable: El interés de sus hijos.

El conciliador fomentará en lo posible, antes de barajar fórmulas de acuerdo en torno a las controversias, la estabilidad y claridad emocional de los conciliantes. Desde el manejo prudencial de las emociones hasta el cultivo de la reconciliación en algunos conflictos que así lo requieran, y las partes lo permitan, el conciliador alentará a las partes que se enfrenten a sus diferendos no sólo de la mano de conceptos puramente jurídicos.

También estarán guiados por pautas morales que sólo la conciliación es capaz de hurgar y propiciar entre los interlocutores.

Actualmente en nuestro país, existen diversos caminos o mecanismos para el reconocimiento de los hijos, pero esto no es procedente mediante la Conciliación.

Efectivamente, el reconocimiento de paternidad no se puede hacer mediante acta de conciliación, aunque podemos decir que amigablemente, pueden acordar en acta de conciliación, que día el padre acude a la notaria donde se encuentra registrado el menor a firmar el libro de registro de nacimiento; también pueden acordar que día el padre, la madre con el hijo se practica la prueba de paternidad por ADN para establecer la paternidad, lo cual nos motiva a desarrollar la presente investigación.

1. Es necesario crear una "Cultura de Paz" en el país que permita desterrar la cultura de violencia en la que nos hemos visto involucrados durante muchos años y que ha llevado a la sociedad a crear una subcultura del litigio.

2. Al proceso judicial sólo se debe llegar cuando han fracasado los medios alternos de solución de conflictos, lo que no sólo descarga la actividad judicial, sino logra la seguridad jurídica indispensable para la inversión y el desarrollo sostenible de cualquier país.
3. Es necesario crear la conciencia de que, antes de acudir a los procedimientos judiciales, las partes tienen el deber de negociar y buscar una solución que concilie sus diferencias.
4. Requerimos un Sistema Judicial más selectivo, que delegue en instancias que administren vías alternativas al interior del sistema o en instancias previas a este, la solución de aquellas controversias que por ser potencialmente conciliables, no requieren de un pronunciamiento final del Órgano Jurisdiccional.
5. La creación de los Centros de Conciliación propuestos tendría la acogida esperada, por disponer de procedimientos ágiles, flexibles y económicos para garantizar la solución de conflictos en forma pronta y oportuna, constituyendo una alternativa al grave problema de congestión de los despachos judiciales; y coadyuvando a crear conciencia entre los litigantes y sus abogados respecto de la necesidad de utilizar mecanismos alternativos para la solución de conflictos.

## **8. MATERIAL Y MÉTODOS**

### **MATERIALES:**

#### **Legislación:**

- Constitución de 1993.
- Código Civil de 1984.

- Ley N° 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial.
- D.S. N° 004-2005-JUS, Reglamento de la Ley de Conciliación.

**Doctrina especializada:** A nivel nacional y comparada.

## **MÉTODOS- PROCEDIMIENTOS:**

### **Elaboración de Fichas:**

Referido al fichaje propiamente dicho de la información más relevante sobre nuestro tema, seleccionando y discriminando los materiales acopiados con la finalidad de ser utilizados posteriormente en la redacción final.

### **Análisis de toda la información recaudada:**

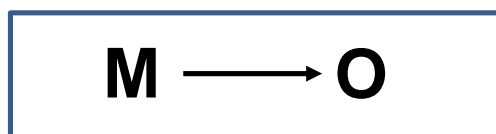
Este punto está referido al análisis final de la información obtenida sobre nuestro tema, en base a los diversos métodos de interpretación jurídica que conocemos.

### **Redacción en base a lo contenido:**

Es la última etapa de nuestra investigación donde se procederá a la redacción final de los resultados de nuestro trabajo, incluyendo las conclusiones y las recomendaciones o sugerencias sobre el tema de estudio.

## 9. MODELO DE CONTRASTACIÓN

Para el diseño de nuestra investigación, de carácter descriptivo, se empleó el modelo cuasi experimental de una sola casilla, cuya representación gráfica es la siguiente:



### Donde:

**M:** Fundamentos jurídicos para incluir la institución de la Conciliación en los Centros de Conciliación como mecanismo para la filiación en el Perú.

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

# CAPÍTULO II

---

## MARCO TEÓRICO

## SUB CAPÍTULO I

### ASPECTOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN

#### 1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

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.<sup>1</sup>

##### 1.1.- Antecedentes Mundiales

- a) **Roma.-** Como antecedentes de la Conciliación nos remitimos a la Edad Antigua, cuando en Roma la Ley de las Doce Tabletas, 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, ya Confucio señalaba "la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo la coacción".

---

<sup>1</sup> SAGASTEGUI ARTEAGA, Pedro. La Conciliación Judicial y Extrajudicial. Lima, Perú, Edit.Fecat, 1998, p. 29.

- 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"<sup>2</sup> 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 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".<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> **Idem .p. 29**

<sup>3</sup> **LEDESMA NARVAEZ, Marianella. La Conciliación. T.I. Lima, Perú, Edit. Fect.1998 - p. 34**

**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.

## **2.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA**

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

### **2.1.- La Conciliación en las primeras Constituciones del Perú:**

**2.1.1.- 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.

**2.1.2.- La Constitución Política de 1826.- Art. 112.** "Habrà Jueces de Paz en cada pueblo para las conciliaciones no debiéndose admitir demanda alguna civil o criminal de injurias sin este previo requisito".

**2.1.3.- 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".

## **2.2.- Leyes sobre la Conciliación**

**2.2.1.- 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.

**2.2.2.- 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.

**2.2.3.- 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.

**2.2.4.- 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".

**2.2.5.- 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.

**2.2.6.- 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.

**2.2.7.- 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.

**2.2.8.- 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.

**2.2.9.- 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.

**2.2.10.- 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.

**2.2.11.- 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.

### 3.- TEORÍA DEL CONFLICTO

#### 3.1.- 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".<sup>4</sup>

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.

### **3.2.- Clasificación de los Conflictos**

---

<sup>4</sup> SUARES, Marínés. **Mediación, Conducción de disputas, comunicación y técnicas.** Bs. Aires, Argentina, Edit. Paidós, 1997, pp. 73-74.



“El conflicto se caracteriza por un proceso interaccional 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”<sup>5</sup>

### **3.2.1.- En función del elemento "agresividad":**

**a) Agresivos.-** Cuando hay intención de daño entre las partes.

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

### **3.2.2.- 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 :

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

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

**c) Competición.-** Alto interés por uno y bajo interés por el otro.

**d) Evitación de conflicto.-** Bajo interés por los dos.

### **3.2.3.- En función del elemento " conducción”**

---

<sup>5</sup> SUARES, Marinés, Op. cit. pp. 80 -88

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 :

- a) **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.
- b) **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.

#### **3.2.4.- En función a las "partes intervinientes", tenemos:**

- a) **Negociación.-** Si sólo intervienen las partes. Las dos o más partes intercambian ideas para llegar a un acuerdo.
- b) **Intervención de una tercera parte.-** Cuando las partes están atascadas y no es posible continuar las negociaciones, la intervención de un tercer elementos resulta de una gran utilidad; pudiendo tomar la forma de mediación, arbitraje u órgano jurisdiccional.

### **3.2.5.- 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:

- a) No existe protagonismo en intervenciones directas : evitación, dominación o retirada.
- b) No protagonismo con terceras partes : alquiler de jueces, ombudsman, arbitraje, órgano jurisdiccional.
- c) Protagonismo con intervenciones directas como la negociación distributiva e integrativa.
- d) Protagonismo en intervenciones con terceras partes, tenemos facilitación y mediación.

### **3.2.6.- En función a "cantidad de integrantes":**

- a) Entre individuos
- b) Entre grupos
- c) Entre países.

### **3.2.7.- En función del elemento " flexibilidad " tenemos:**

- a) No flexibles
- b) Flexibles

### **3.2.8.- En función del elemento " contenido ", tenemos:**

- a) Conflicto de objetivos

- b) Conflicto de valores
- c) Conflicto de creencias
- d) Conflicto de principios.

**3.2.9.- En función de la realidad o no del conflicto, tenemos:**

- a) Conflictos reales.
- b) Conflictos irreales, basados en percepciones erróneas, comunicaciones equívocas y malos entendidos.

**3.2.10.- En función al conflicto:**

- a) Disputas incompatibles, son aquellas que se generan cuando alguien está a favor de algo y la otra parte está en contra.
- b) 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.

## **4.- CONCILIACIÓN**

### **4.4.1.- Definiciones**

“Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito”.<sup>6</sup> 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 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".<sup>7</sup>

**Pedro Flores Polo**, lo define como: " el acto de componer los ánimos de personas cuyas posiciones o criterios o intereses resultan opuestos entre sí." <sup>8</sup>

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." <sup>9</sup>

**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

---

<sup>6</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. T.I. Bs.Aires, Argentina, Edit. Heliasta, p. 449.

<sup>7</sup> RUSKA MAGUIÑA, Carlos. Manual de Formación y Capacitación de Conciliadores. p. 2.

<sup>8</sup> FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. T.I. Lima, Perú, Edit.Cuzco. 1996, p. 527.

<sup>9</sup> MORELLO, Augusto. Nota para el estudio de la conciliación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En : Revista Argentina de Derecho Procesal, N° 1, Bs.Aires, Argentina, 1968, p. 73.

un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley..".<sup>10</sup>

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 del cual las partes buscan solucionar su conflicto de intereses, con la ayuda de un tercero llamado conciliador".<sup>11</sup>

#### **4.4.2.- 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.

---

<sup>10</sup> JUNCO VARGAS, José. La Conciliación. Bogotá, Colombia. Ediciones Jurídicas Radar, 2ª Edición, 1994, p. 36.

<sup>11</sup> Ver artículo 3º de la Ley N° 26872 y artículo 3º de su Rgto., D.S. N° 001-98-JUS.

**c) 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.

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.

**d) 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.

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

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

**g) 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.

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

**i) 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.

**j) 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.

**k) Suscripción del Acuerdo**

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

#### **4.4.3.- Clasificación de la Conciliación**

El ámbito de la Conciliación es muy amplia; 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 obligatorio, 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**". Mas 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 mas amplitud todo lo referente a la Conciliación Administrativa Laboral.

**d) 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.

**e) La Conciliación Judicial o intraproceso.-** 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.

**f) 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".<sup>12</sup>

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".<sup>13</sup>

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." <sup>14</sup>

#### **4.4.4.- Paralelo entre los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos**

##### **a) Semejanzas de la mediación con la conciliación extrajudicial**

---

<sup>12</sup> RUSKA MAGUIÑA, Carlos. Manual de Formación y capacitación de conciliadores.-p.2.

<sup>13</sup> FLORES POLO, Pedro. Op. cit. p. 527.

<sup>14</sup> LEY DE CONCILIACION N° 26872, art. 5°.

1.- En ambas figuras participa un tercero, el conciliador y el mediador.

2.- Existen partes que presentan conflictos de intereses.

**b) Diferencias entre la Mediación y la Conciliación Extrajudicial**

1.- 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 llegar a un acuerdo netamente consensual.

2.- Para la mediación no interesa mayormente el resultado al que arriben las partes.

**c) Semejanzas entre la Negociación y la Conciliación Extrajudicial**

1.- La negociación y la conciliación son mecanismos autocompositivos, es decir, las partes ofrecen sus opciones, arriban a un acuerdo y se comprometen a cumplirlo.

2.- 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**

1.- En la conciliación interviene un tercero, en la negociación no interviene un tercero, sólo las dos partes.

2.- El acuerdo obtenido en una conciliación constituye cosa juzgada, en cambio, lo acordado en una negociación no constituye cosa juzgada.

3.- 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**

1.- Las dos (transacción y conciliación extrajudicial), pueden ser de carácter judicial y extrajudicial.

2.- Las dos ponen fin al proceso.

3.- La conciliación y la transacción es posible si trata sobre derechos disponibles.

4.- Ambos ponen fin al proceso, adquiriendo la autoridad de cosa juzgada.

5.- En la transacción y la conciliación, la participación de las partes es fundamental para llegar a un acuerdo.

6.- Ambas figuras son eminentemente consensuales.

7.- 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**

1.- La transacción no es un trámite obligatorio, en tanto la conciliación si lo es.

2.- 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.

3.- 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, aún cuando la causa esté al voto o en discordia.

4.- 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**

1.- El arbitraje concluye con una resolución denominada laudo que equivale a una sentencia.

2.- En tanto que la conciliación concluye con el acta que contiene el acuerdo conciliatorio.

**h) Diferencias entre el Arbitraje y la Conciliación Extrajudicial**

1.- En la conciliación, las partes acuden a un Centro de Conciliación en busca del acuerdo a sus diferencias.

2.- En el Arbitraje, las partes acuden a la decisión de un tercero, comprometiéndose a aceptar su resolución.

3.- 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.



#### **4.4.5.- Legislación: Ley de Conciliación Extrajudicial y su Reglamento**

##### **4.4.5.1.- 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.

##### **4.4.5.2.- 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 si 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 Diez 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.

#### 4.4.5.3.- 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 las 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.

#### 4.4.5.4.- 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 adoptarán 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 esta 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.

#### 4.4.5.5.- 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.

#### **4.4.5.6. 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 un 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, dejará 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.

# CAPÍTULO II

---

## INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

## **SUB CAPÍTULO II** **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

### **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. 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.

### **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 Africa, 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.

#### **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.

## 5. 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 de la Convención como una mera orientación que ampliaría 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.

## **6. FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION 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.

### **6.1 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 propuestas en 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.

## **6.2 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.



### **6.3 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.

# CAPÍTULO III

---

## FILIACION COMO VINCULO JURIDICO

## CAPÍTULO III

### LA FILIACIÓN COMO VÍNCULO JURÍDICO

#### 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 inmortaliza 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 Estado<sup>15</sup>.

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 Cicu<sup>16</sup>.

A decir de Méndez Costa "es un estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado"<sup>17</sup>. Uno y otro están ligados por una relación de parentesco, de parentesco consanguíneo en línea recta

---

<sup>15</sup> 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*.

<sup>16</sup> CICU, Antonio. La filiación. 1ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 16.

<sup>17</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe -Argentina, 1986, p. 13. También en MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de familia. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 9.

descendente del primer grado. Esta relación, inmediata del hijo respecto de su padre o madre, es la de mayor jerarquía dentro del parentesco<sup>18</sup>. 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 personal<sup>19</sup>. 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"<sup>20</sup>.

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 hubieran generado<sup>21</sup>

22

---

<sup>18</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Ob. cit., p. 13.

<sup>19</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 542.

<sup>20</sup> PUIG PEÑA, Federico. "Filiación". En: MASCAREÑAS, Carlos. Nueva enciclopedia jurídica. Tomo IX, Francisco Seix, Barcelona, 1982, p. 801.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ, Silvio. Direito civil, Direito de família. Volumen 6, 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 322.

<sup>22</sup> DINIZ, María Elena. Ob. cit., p. 372.

## Antecedentes históricos

Paz Espinoza<sup>23</sup> enseña que la filiación es un instituto jurídico que surge con la familia monogámica 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 desganados 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.

---

<sup>23</sup> PAZ ESPINOZA, Félix. Derecho de familia y sus instituciones, 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002, p.317.

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

## 3. Concepto

Dice Pecorella<sup>24</sup> 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 jurídicos<sup>25</sup>, razón por la cual la filiación fue

---

<sup>24</sup> PECORELLA, Corrado. (Voz) "Filiazione (storia)". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XVII, Giuffrè, Milano, 1958-2004, p. 449.

<sup>25</sup> PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. Curso de direito da familia. Vol. II Direito da filiação, Tomo I. Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 23.

prima facie como un hecho biológico<sup>26</sup> o biogenético<sup>27</sup> derivado del engendramiento. Es un hecho natural que existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente<sup>28</sup>. Este hecho natural para hacerse valer requiere como presupuesto el haber sido determinado legalmente<sup>29</sup>. Es un hecho y relación jurídicamente relevante<sup>30</sup>.

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."<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 311.

<sup>27</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 638.

<sup>28</sup> CICU, Antonio. Ob. cit., p. 16.

<sup>29</sup> RUEDA ESTEBAN, Luis: "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 505.

<sup>30</sup> TRIMARCHI, Vincenzo Michele. (Voz) "Filiazione legittima". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., p. 456.

<sup>31</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. 2ª edición, Porrúa, México, 1994, p.221.

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

#### 4. 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. Vatershaft*, para los alemanes, *paternità* 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 Mizrahi<sup>32</sup> 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 "acento 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"<sup>33</sup>. 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

---

<sup>32</sup> Ibídem. Cit. AZPIRI, Jorge O. Juicios de filiación y patria potestad. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 21.

<sup>33</sup> AZPIRI, Jorge O. Juicio de filiación y patria potestad. Ob. cit., p. 27.



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 niños<sup>34</sup>.

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 filiación<sup>35</sup>. Es a partir del Código del 36 que empieza a utilizarse el término filiación.

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Artículos 224, 227, 228-2, 229, 231, 233, 240, 241 y 270, Código Civil de 1852.

## 5. 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.

### 5.1. 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 maternidad<sup>36</sup>. Schmidt y Veloso, complementan, que la filiación "constituye un vínculo 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"<sup>37</sup>. Para Mizrahi<sup>38</sup> es aquel vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como

---

<sup>36</sup> CORNU, Gerard. Droit civil. La famille. 9ª edición, Montchrestien, París, 2006, p. 323.

<sup>37</sup> SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. La filiación en el nuevo Derecho de familia. Jurídica Cono Sur Ltda., Chile, 2001, p. 81.

<sup>38</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: Ob. cit.

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"<sup>39</sup>.

## **5.2. Como estado de familia**

Méndez Costa la define como "el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado"<sup>40</sup>. 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"<sup>41</sup>.

## **5.3. Como relación**

Planiol y Rippert<sup>42</sup> 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

---

<sup>39</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. Ob. cit., p. 221.

<sup>40</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa. La filiación. Ob. cit., p. 13.

<sup>41</sup> CICU, Antonio. La filiación. Ob. cit., p. 18.

<sup>42</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, I, N° 1280, París, 1948, p. 454.

con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró<sup>43</sup>. Díez-Picazo y Gullón<sup>44</sup> 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"<sup>45</sup>.

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"<sup>46</sup>. 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"<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. La filiación. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 11.

<sup>44</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. T. IV, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 1992, p. 247.

<sup>45</sup> ESPÍN CÁNOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. 7ª edición, Vol. IV, Revista de Derecho Privado, 1982, p. 338.

<sup>46</sup> MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 45.

<sup>47</sup> ZANNONI, Eduardo. Derecho de familia. 2ª edición, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 283.

#### 5.4. 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"<sup>48</sup>. Para Luis Robo "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"<sup>49</sup>, 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"<sup>50</sup>. 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"<sup>51</sup>.

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

---

<sup>48</sup> BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. T. II, EJEA, Buenos Aires, 1967, p.105.

<sup>49</sup> RIBO DURAN, Luis. Diccionario de Derecho. Bosch, Barcelona, 1987, p. 285.

<sup>50</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 311.

<sup>51</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 72.

lo engendró y con la mujer que lo alumbró<sup>52</sup> o que la filiación es la relación biológica que une al procreante con el procreado<sup>53</sup>.

### **5.5. Posición nacional**

La doctrina tradicional regentada por Cornejo Chávez la considera como la relación parental más importante<sup>54</sup>, 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 hijos<sup>55</sup>.

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 paterno filial. Debemos tender a lo social más que a lo biológico. Si ambos dos coinciden enhorabuena.

---

<sup>52</sup> AZPIRI, Jorge Osvaldo. "Filiación". En: Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 361.

<sup>53</sup> RUEDA ESTEBAN, Luis. "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 492.

<sup>54</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho familiar peruano. 6ª edición, Tomo II, Lima, Studium, 1987, p. 11.

<sup>55</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Exégesis. Tomo VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 11..

## **6. Características**

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

### **6.1. 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 (p<sup>2</sup>) o comadres (m<sup>2</sup>). Ninguna persona, nadie, puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación"<sup>56</sup>. 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.

### **6.2. 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 exclusividad<sup>57</sup>.

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

---

<sup>56</sup> AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de Código Civil y Comercial". En: Revista de Familia y las Personas. La Ley, julio de 2012, p. 115 en adelante.

<sup>57</sup> LÓBO, Paulo. Ob. cit., p. 192.

impregnada de amor, consecuentemente lo está -también- la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre el Derecho y la vida<sup>58</sup>. 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)<sup>59</sup>. Tendemos más a las relaciones sentimentales que a las genésicas. El nuevo orden filiatorio, centrado en el garantismo 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 humano<sup>60</sup>.

Diogo Leite de Campos<sup>61</sup> 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

---

<sup>58</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Porrúa, México, 1988, p.441.

<sup>59</sup> Mrs. Doubtfire, Memorable quotes. Cit. WELSTEAD, Mary; EDWARDS, Susan. Family Law. Oxford University Press, New York, 2006, p.163.

<sup>60</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 546.

<sup>61</sup> LEITE DE CAMPOS, Diogo. Lições de Direito da Família e das Sucessões. 2ª edición, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 13 L Cit. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 542.



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)<sup>62</sup>.

### **6.3. Vínculo jurídico**

Un vínculo, nexo, lazo que une a dos personas, el hijo y el padre. Como dice Krasnow<sup>63</sup> es el vínculo entre padres e hijos cuando se traslada al plano jurídico. De este vínculo emergen consideraciones legales que trascienden en sus integrantes comprometiéndoles entre y para sí. Cicu<sup>64</sup> nos habla de estado de filiación como aquel que se tiene en mérito de la existencia de un vínculo de familia.

### **6.4. 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 atual, alicerçado na dignidade da

---

<sup>62</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 542.

<sup>63</sup> KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 7.

<sup>64</sup> CICU, Antonio. Ob. cit., p. 18.

pessoa humana de qualquer integrante da família (seja qual for sua origem e formação), na solidariedade, na convivência familiar, na afetividade, na liberdade e, sobretudo, na igualdade, preconiza a total ausência de distinção entre filiação de origem natural ou adotiva, com ou sem semelhança da identidade genética"<sup>65</sup>.

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).

### **6.5. 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 público<sup>66</sup> de allí que sus relaciones sean exigibles coercitivamente y no puedan ser pactadas o limitadas por mera voluntad de las partes.

---

<sup>65</sup> LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. "O material humano criopreservado e a filiação tecnológica: um debate em tomo da filiação no Direito de Família". En: Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3325, 8 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22347>> Acesso em: 9 ago. 2012.

<sup>66</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. 2ª edición, México, Porrúa, 1994, p. 221.

## **6.6. Inextinguible e imprescriptible**

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

De Farias y Rosenvald<sup>67</sup> 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.

## **6.7. 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:

- 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.

---

<sup>67</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Familias*. 2ª edición. Ob. cit., p. 619.

- 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 obligaciones<sup>68</sup>.

Ripert y Bounlanger<sup>69</sup> 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 jurídicos<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto. Ob. cit., p. 4.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 639.

## **7. Naturaleza jurídica**

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

### **7.1. 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 funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad(...)"<sup>71</sup>.

### **7.2. 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"<sup>72</sup>. Podemos identificar, según el autor citado,

---

<sup>71</sup> GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Elementos de Derecho de Familia. Editorial Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 67.

<sup>72</sup> LÓBO, Paulo. Ob. cit., p. 192.

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 Trimarchi<sup>73</sup> quien considera que la 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 Pezzana<sup>74</sup> admiten que es una relación jurídica entre el nacido y los progenitores, 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 Vilcachagua<sup>75</sup> dice, sin

---

<sup>73</sup> TRIMARCHI, Vincenzo Michele. (Voz) "Filiazione legittima". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., p.457.

<sup>74</sup> CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (Voz) "Filiazione naturale". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., p. 475.

<sup>75</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Filiación y patria potestad. 1 a edición, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2003, p. 81.

certeza ni confianza plena, que se trata de una relación inmediata entre el padre o madre con el hijo.

### **7.3. 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.

### **7.4. Vínculo jurídico**

Según Gusmáo se trata de un vínculo jurídico natural que une a una persona con quienes las generaron<sup>76</sup>. Para Mizrahi<sup>77</sup> es el vínculo legal entre dos personas (padre o madre / hijo o hija). Azpiri<sup>78</sup> 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

---

<sup>76</sup> GUSMÁO, 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.

<sup>77</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis. Ob. cit., 1198.

<sup>78</sup> AZPIRI, Jorge. "Filiación". En: Ob. cit., p. 361.

la ley misma (filiación por adopción<sup>79</sup> o filiación por asimilación). Un estado legal inter partes con el consiguiente "entrecruce de derechos y obligaciones (...)"<sup>80</sup>.

### **7.5. Acto jurídico / hecho jurídico**

En la doctrina italiana Trimarchi, considera a la filiación -aparte de su carácter de relación- como un hecho jurídico relevante<sup>81</sup>, mientras Crifó y Pezzana, asumen que es hecho natural productor de numerosos efectos jurídicos<sup>82</sup>.

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"<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> KRASNOW, Adriana N. Pruebas biológicas y filiación. UNR Editora, Rosario, 1996, p. 49 y ss.

<sup>80</sup> PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil español. T. II, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, p. 3.

<sup>81</sup> TRIMARCHI, Vincenzo Michele. (Voz) "Filiazione legittima". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., pp. 458-461.

<sup>82</sup> CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (Voz) "Filiazione naturale". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., p. 475.

<sup>83</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Ob. cit., pp. 68 y 69.



## 8. Importancia

La procedencia de los hijos respecto de sus padres es per 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 sociedad<sup>84</sup>.

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 paternofilial. 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<sup>85</sup> (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.

---

<sup>84</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Ob. cit., p. 441.

<sup>85</sup> PECORELLA, Corrado. (Voz) "Filiazione (storia)". En: Enciclopedia del Diritto. Ob. cit., p. 450.

## 9. 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.

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 oficioso 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 progeneraduría 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-Coro<sup>86</sup> 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.

---

<sup>86</sup> VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. Huérfanos biológicos. San Pablo, Madrid, 1997, pp. 77 a 86.

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. 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.

## **10. 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 accesoria, 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.).

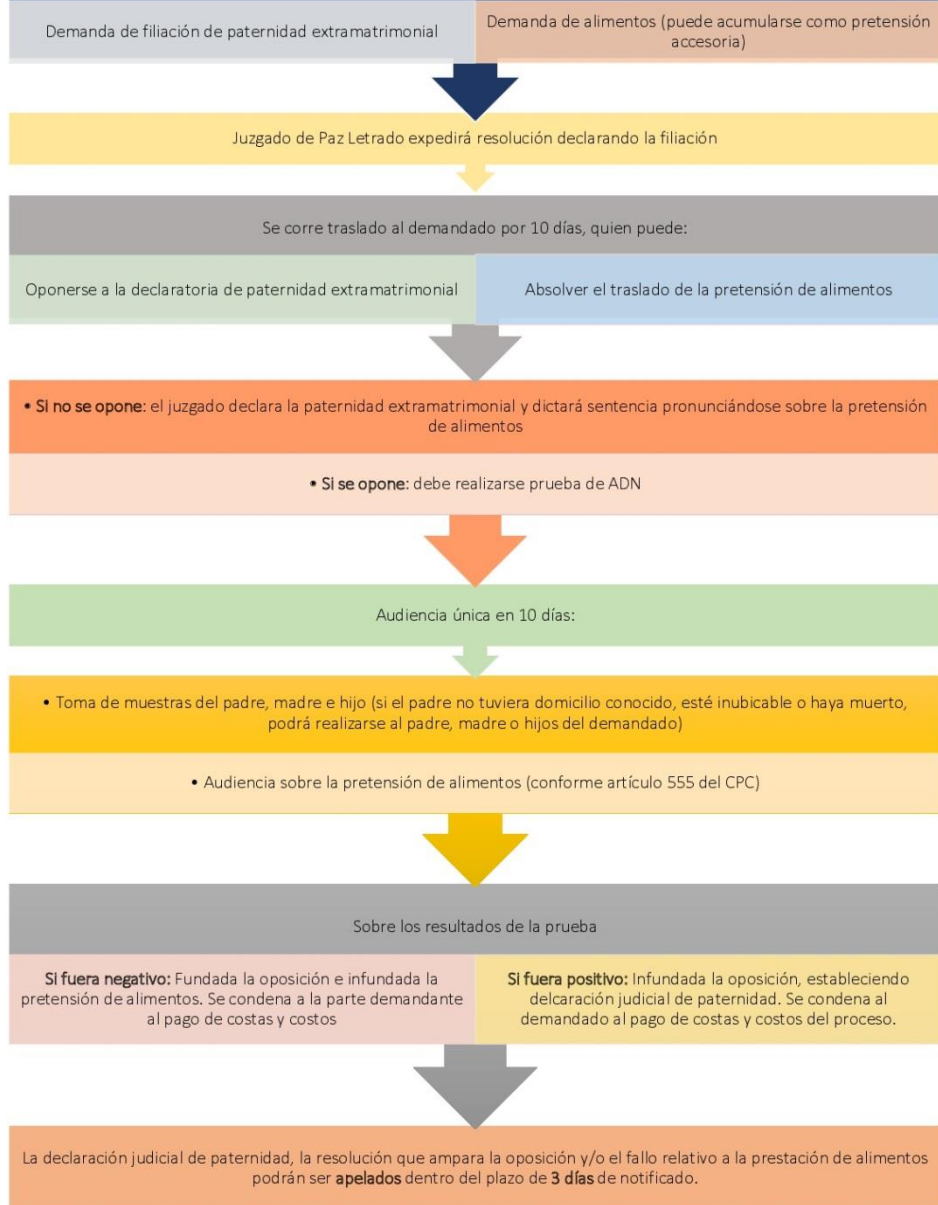
Cabe mencionar que el año 2016 se presentó un Proyecto de ley que crea el ADN gratuito, el proceso único de filiación de paternidad y alimentos preventivos, que buscaba la derogatoria de la Ley 28457 y sus modificatorias, a fin de establecer el proceso único de filiación de paternidad y alimentos preventivos.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



## Esquema del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial



## 11. Diferencias entre el PROCESO JUDICIAL de FILIACION y de CONCILIACION :

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 del pasado.	Hacia la búsqueda de soluciones de futuro
Control del proceso	Vertical	horizontal

- ❖ De los cuadros anteriormente presentados 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 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 deseos de venganza entre sus integrantes.

## DISCUSIÓN DE LOS TEMAS TRATADOS:

- ❖ De lo estudiado teóricamente podemos inferir que; Mediante la conciliación, se busca llegar a un acuerdo salomónico entre las dos partes que se debaten en una controversia de intereses sobre la filiación de su menor hijo. Por un lado a la conciliación no debemos verlo como un tema estrictamente jurídico. Todo lo contrario, concurren a ella muchas disciplinas del saber que desde su propia perspectiva construyen una definición de conciliación. Nosotros lo apreciaremos como un medio de solución de conflictos que se orienta a efectivizar el derecho sustancial, sobre el cual se ha originado una situación de conflicto, que por medio de la conciliación se pretende acabar, garantizando de esta manera la realización y el respeto del derecho vulnerado en este caso un derecho del menor no reconocido que es el derecho a la identidad. Estipulado en el Art. 2 de Nuestra Constitución.
- ❖ Lo expuesto líneas arriba se orienta a mostrar la actividad de un conciliador que sólo se maneja bajo un único referente: la familia. Tener una mejor visión de los componentes de la familia nos permitirá una mejor idea de la estructura familiar en la que se desarrolla el conflicto, de tal manera que las propuestas conciliatorias que se diseñen sean coherentes con los intereses de los sujetos involucrados en dicha relación familiar en conflicto. Teniendo en cuenta que ese es el fin mencionado en la ley de Conciliación, cuando nos dice que es un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Art. 1
- ❖ El trabajo pretende mostrar cómo el paradigma de la familia nuclear (padre, madre e hijos), se sobrepone como modelo imperante en nuestro grupo social; Por ello lo que proponemos es que mediante la conciliación se llegue a dar la **FILIACION EXTRAMATRIMONIAL** de un menor sin necesidad de acceder al poder judicial; lo cual sería más salomónico para ambas partes.
- ❖ Como vemos, la importancia de la filiación va más allá de poseer el apellido, reconocimiento voluntario o declaración judicial de paternidad. Es decir, si bien se materializa en un derecho a la identidad del hijo, sobre todo es importante por las consecuencias jurídicas como hijo reconocido o declarado

judicialmente con la filiación el menor **gana sus derechos totales a la identidad**, los alimentos, la salud, la vivienda, la recreación y hasta la herencia. Con la filiación se materializa la protección del **INTERES SUPERIOR DEL NIÑO**; Pudiendo desde ese momento ser individualizado y reconocido como tal. Si bien la ley permite que la madre ponga el apellido del presunto padre en la partida de nacimiento de su hijo, eso no es suficiente porque **no genera un vínculo de filiación ni obligaciones**. Para ello, debe haber un reconocimiento formal el cual estamos proponiendo que se dé mediante la conciliación.

- ❖ En nuestra sociedad no debemos permitir que el derecho de los niños **se vulnere por intereses personales de los padres**, pues es ahí es donde el Estado y todos los organismos involucrados deben de trabajar. El objetivo es orientar sobre las condiciones idóneas para traer un niño al mundo. debe prevalecer el **interés superior del niño, niña y adolescente** que exige eliminar todas las barreras que impiden un célere proceso que garantice su derecho a la identidad.
- ❖ El presente estudio tiene como finalidad analizar el tema del derecho a la identidad del niño y el adolescente. En las siguientes líneas se argumentará cómo es que este derecho se relaciona tanto con el derecho a la verdad biológica del niño, y cómo es que los hijos extramatrimoniales son los que más padecen de una vulneración a su derecho a la identidad y a la igualdad. El objetivo de este trabajo se centra en los niños que nacen fruto de una relación extramatrimonial. Y en caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero.

Ya que a lo largo de la nuestra historia han sido vistas de manera despectiva la filiación extramatrimonial suele constituirse en un ambiente de clandestinidad, de disimulo, de vergüenza, que a veces impide y siempre dificulta la determinación de los progenitores, señaladamente la del padre. Estos niños que nacían fuera del matrimonio, antiguamente eran reconocidos como bastardos y no se les confería los mismos derechos que a los hijos

matrimoniales. Sin embargo, ya desde 1979 la Constitución Política del Perú ha establecido expresamente, en su Art. 6, que «Todos los hijos tienen iguales derechos». Esto luego se repite en nuestra Constitución actual. Creemos que el Art. 6 (último párrafo) de la Constitución no hace más que reafirmar lo ratificar que no se puede hacer ningún trato discriminatorio entre los hijos; es decir, por el simple hecho de que toda persona tiene derecho a la igualdad por ejemplo, resaltar que el niño es, ante todo, un sujeto de derechos y que por lo mismo merece un respeto a su derecho a la dignidad, a la igualdad y a todo el resto de Derechos Fundamentales. Es decir, consideramos que el niño a lo largo del tiempo ha sido muchas veces ignorado.

- ❖ Siendo así podemos concluir diciendo que toda persona tiene derecho a tener un nombre; y es esa nuestra finalidad hacer que el dolor de cabeza de los padres termine y a la vez ayudar a un menor de edad a vivir dignamente como tal. Proponemos que su reconocimiento de este menor se de en y centros de conciliación; ya que no es un tema muy complejo; y asumiendo a la vez que el Art. 9 de conciliación no nos dice expresamente “son actos conciliables en el aspecto de familia: Los que versen sobre: alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que deriven de la relación familiar”. Y A la vez menciona la ley que el conciliador tendrá que tener en cuenta el interés superior del niño. En consecuencia y apelando a este artículo nuestra propuesta es incluir dentro de un acto conciliable la FILIACION con la finalidad de evitar así todo el trámite que se daría a nivel judicial, desde pagar un abogado esto de ambas partes costos y costas, generando desgaste emocional de ambas partes. Así salomónicamente las partes accedan a estos centros de conciliación pacíficamente acreditando ser los padres del menor y como pruebas y para mayor certeza debe adjuntarse en dicho expediente conciliatorio:

- Una constancia de RENIEC donde indique que no existe previa inscripción del menor. Registrado y reconocido por otro supuesto padre, así mas adelante no se vaya a dar una impugnación de paternidad.
  - De ser el caso o en todos los casos una prueba de ADN acreditada. Donde indique que el menor es verdaderamente hijo del padre que va a reconocer. Como sabemos que con este examen de ADN; no existe margen de error y contemos con un medio de prueba eficaz.
- ❖ Es así que lo recomendable y la vía más rápida seria la propuesta en esta investigación, obtener una filiación por medio conciliatorio en centros de conciliación, sobre todo si nos ponemos a pensar que están dentro de sus obligaciones del Estado de asegurar el **derecho a la identidad**, en especial de los niños, niñas y adolescentes, derecho que tiene sustento constitucional (artículo 2.1 de la Constitución) y convencional (artículo 8.1 de la Convención sobre los derechos del niño), y que debe ser interpretado a la luz del principio del interés superior del niño.

## CONCLUSIONES

1. Del análisis de nuestra investigación podemos concluir que se ha fundamentado que la figura conciliatoria permite solucionar algunos problemas que afectan a la familia sin necesidad de recurrir a la vía judicial, por esta razón se postula su inclusión en la legislación nacional. Ello ahorra tiempo y dinero, así como el desgaste emocional que genera el litigio. Además, posibilita el análisis de los diversos puntos de vista o intereses de las partes en conflicto y que estos sean tomados en cuenta en la identificación de soluciones y en los acuerdos.
2. Para determinar los conflictos familiares que pueden ser objeto de un proceso de conciliación extrajudicial ante un Centro de Conciliación Extrajudicial la Ley de Conciliación Extrajudicial 26872 ha optado por un sistema híbrido que contempla por una lado una enumeración taxativa (*numerus clausus*) de las materias que pueden ser objeto de un proceso de conciliación extrajudicial, pues señala que son materias conciliables: Alimentos, Régimen de visitas, Tenencia y Liquidación de sociedad de gananciales y por otro lado uno abierto, pues señala que pueden ser materia de conciliación “**otras que deriven de la relación familiar**”, todo lo cual en interés del menor de edad. Y El nacimiento de un menor está dentro de la consecuencia de la relación familiar; que menciona dicha ley por lo tanto deja abierta la posibilidad que sea conciliable **LA FILIACION** de tal manera el progenitor pueda reconocer a su menor hijo.
3. Es necesario crear una "Cultura de Paz" en el país que permita desterrar la cultura de violencia en la que nos hemos visto involucrados durante muchos años y que ha llevado a la sociedad a crear una subcultura del litigio. Ya que al proceso judicial sólo se debe llegar cuando han fracasado los medios alternos de solución de conflictos, lo que no sólo descarga la actividad judicial, sino logra la seguridad jurídica indispensable para la inversión y el desarrollo sostenible de cualquier país.



4. Es necesario crear la conciencia de que, antes de acudir a los procedimientos judiciales, las partes tienen el deber de negociar y buscar una solución que concilie sus diferencias.
5. En nuestro país, actualmente el reconocimiento de los hijos no es posible mediante la figura jurídica de la Conciliación, aunque podemos afirmar que amigablemente, pueden acordar en acta de conciliación, que el padre acuda a la notaría donde se encuentra registrado el menor a firmar el libro de registro de nacimiento; también pueden acordar el padre con la madre que se practique al hijo la prueba de paternidad por ADN para establecer la paternidad.
6. El reconocimiento jurídico del "**interés superior del niño**" tiene relación con nuestro tema, 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, especialmente cuando se presenten casos de procedencia filiatoria mediante la figura jurídica de la Conciliación. Por lo tanto nuestra propuesta está dirigida a descongestionar por un lado la carga procesal; haciendo factible la conciliación en casos de filiación ya que es un medio eficaz que no requiere de mucho tiempo ni dinero. Y por otro lado sustituir el Derecho de los niños no reconocidos; ya que se le está privando de ser individualizados y llamados por su verdadero nombre.

## BIBLIOGRAFÍA

### Bibliografía

- 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: Rfitora.
- GUILLÓN, D. P. (1983). *SISTEMA DEL DERECHO CIVIL*. MADRID: TECNOS.
- 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.
- MALEFIJT, D. W. (1976). *Imágenes del hombre*. Buenos Aires: Amorrortu.
- MALEFIJT, W. (1978). *IMAGENES DEL HOMBRE*. BUENOS AIRES: AMORROURT.
- MERE, Y. V. (2005). *BOLETÍN LEGAL*. LIMA: GACETA JURIDICA.
- MERE, Y. V. (2005). La modernidad en la noción de familia. *Gaceta Jurídica*.
- MVLL. (2005). EL MATRIMONIO GAY. *EL PAIS*.
- PEREDA, M. G. (1992). *DERECHO ROMANO- PRIMER CURSO*. TRUJILLO: UNT.
- PIMENTEL, 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: ESPASA.
- 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 HOMSEXUAL: 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.

VELEZ, M. I. (1994). *LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO*. MADRID: UPCO.

VILCACHAGUA, A. P. (2003). *REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA*. LIMA: GACETA JURIDICA.