

LA CONCILIACION FAMILIAR EN EL PROCESO FAMILIAR PERUANO



SANTIAGO MAMERTO LLANCARI ILLANES

Abogado, Investigador

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 3. ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN 4. CLASES DE CONCILIACIÓN 5. FORMAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES 6. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS 7. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONCILIACIÓN 8. CONCILIACIÓN FAMILIAR 9. CONCLUSIÓN. 10. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN.

La Conciliación Familiar como resolución de los conflictos familiares son interpersonales que afectan a todos los individuos de la propia familia, ya que sus miembros tienen en común una historia compartida. La conciliación familiar es una muy deseable forma de resolución de conflictos y su implantación legal en el Perú ha sido muy positiva y creciente en el ámbito de las relaciones familiares y de las crisis matrimoniales y de pareja, extendiéndose a contextos como la obligación de alimentos, la tenencia, la tenencia compartida, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas, la división y partición del Régimen Patrimonial del matrimonio o de la unión de hecho.

ABSTRACT:

The Family Conciliation and resolution of family conflicts are interpersonal affecting all individuals in the family, since its members have in common a shared history. Family reconciliation is a very desirable form of conflict resolution and legal implementation in Peru has been very positive and growing in the

field of family relationships and marriage and marital crisis, ranging contexts such as maintenance obligations, ownership, shared ownership, custody and child custody, visitation, division and partition of the property regime of marriage or de facto union.

PALABRAS CLAVES:

Conciliación, Familia, Resolución, Conflictos, Matrimonio.

KEYWORDS.

Conciliation, Family, Resolution, Conflicts, Family.

INTRODUCCIÓN

EL presente artículo, tiene como finalidad fundamental el estudio teórico de la conciliación familiar como Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos Familiares, dentro de un marco jurídico de solución pacífica de conflictos.

Los "Medios Alternativos de Solución de Conflictos familiares" (como la mediación, la negociación, la conciliación y el arbitraje



familiar) se hacen cada vez más frecuentes y necesarios en el mundo y generan un cambio positivo en el pensamiento de los ciudadanos y de los operadores de la justicia, porque ayudan a crear una "cultura de paz a favor de la no litigación judicial" sino de la "solución consensual" de los conflictos. El conflicto aparece como la manifestación de un problema que necesita una solución conducente a buscar alternativas que resuelvan y atiendan las necesidades de todos los implicados, con el fin de adoptar un acuerdo satisfactorio, duradero y estable para todos.

Hoy día más que nunca, los conflictos familiares son interpersonales que afectan a todos los individuos de la propia familia, ya que sus miembros tienen en común una historia compartida. La conciliación familiar es una muy deseable forma de resolución de conflictos y su implantación legal en el Perú ha sido muy positiva y creciente en el ámbito de las relaciones familiares y de las crisis matrimoniales y de pareja, extendiéndose a contextos como la obligación de alimentos, la tenencia, la tenencia compartida, la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas, la división y partición del Régimen Patrimonial del matrimonio o de la unión de hecho, etc.

La conciliación familiar está demostrando en todo el mundo muchas ventajas como la descongestión de la carga procesal en los Juzgados Especializados en Familia, cumpliendo con el principio de celeridad y economía de tiempo y de dinero, el incremento de la participación de los actores del conflicto y la capacidad que tienen todos ellos de asumir su propia responsabilidad personal en la solución del conflicto. Esto no quiere decir que la conciliación familiar sustituya a los Órganos Judiciales, pero sí que puede "descargarlos" de algunos asuntos que pueden resolverse voluntariamente.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

A través de la evolución humana y el estado en el mundo, y la existencia de conflictos, nos daremos cuenta que las primeras formas de resolver conflictos de intereses, antes de la aparición del proceso judicial como forma heterocompositiva de resolución de conflictos, existieron la auto tutela y la autocomposición (solución pacífica de conflictos) como la mediación y la conciliación.

El Nuevo Testamento, libro de la sagrada biblia, expone que, *Jesús es un mediador entre Dios y el hombre,*¹ así leemos pasajes interesantes en el libro 1 Timoteo, Cap. 2: 5 "Porque hay un solo Dios, y un solo mediador entre Dios y los hombres, Jesucristo hombre".

En la carta de Pablo, 1 Corintios Cap. 6: 4, 5,6 "Si tenéis juicios sobre cosas de esta vida, ¿ponéis para juzgar a los que son de menor estima en la iglesia?. Para avergonzaros lo digo. ¿Pues no hay entre vosotros sabio, ni aún uno, que pueda juzgar entre sus hermanos, sino que el hermano con el hermano pleitea enjuicio y esto ante los incrédulos?"

1.- En el pueblo Hebreo, era común las exhortaciones de los patriarcas hacia la conciliación para evitar y terminar las contiendas. En la legislación hebrea debieron conocerse las exhortaciones a la conciliación por medio de la autoridad judicial, si se atiende al espíritu de mansedumbre y de concordia que adornaba a los antiguos patriarcas, y que la Iglesia que fue su heredera de aquél espíritu, ha procurado en todos los tiempos terminar las contiendas judiciales por medios conciliatorios.

2.- En Roma, la ley de las Doce Tablas daba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio, lo importante entre los romanos era la avenencia entre las partes. La

¹ La Santa Biblia.- Antiguo y Nuevo Testamento - Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569)- Revisado por Cipriano de Valera (1602) Otras revisiones: 1862, 1909 y 1960. Ed. Sociedades Bíblicas Unidas. Impreso en Brasil - 2001. Pág. 923.



importancia que dieron a la avenencia entre las partes para terminar un pleito, fue muy grande, a tal punto que edificaron el TEMPLO DE LA CONCORDIA, donde incluso levantaron una columna a la memoria de Julio César, lugar al que acudía el pueblo a ofrecer sacrificios y a conciliar sus pleitos, jurando quedar terminados por el nombre de la Patria. Luego la Ley de las Doce Tablas no hacía sino dar fuerza a los arreglos y composiciones entre los litigantes. Fue Honorio III, el que formalmente reguló la necesidad preliminar de la conciliación y ordenó que en todo negocio en que ésta fuera posible los jueces no sólo tenían la obligación, sino el deber de tratar de conciliar a las partes.

3.- En la China antigua, la conciliación fue el principal recurso para resolver las desavenencias. Confucio la propugnaba, considerando a la conciliación como una armonía natural en las relaciones humanas, y ella se lograba a través de una persuasión moral, y no bajo la coacción. Además, que hoy en día en la República Popular China sigue vigente la conciliación aun en mayor escala, donde se da gran importancia a la autocomposición - conciliación — y la mediación en la solución de todo tipo de desavenencias.

4. En España, la conciliación siempre estuvo presente como instrumento de solución de conflictos entre las partes, desde el Fuero Juzgo, las Partidas, el Fuero de Mallorca, las Ordenanzas de Bilbao, la Instrucción de Corregidores de Carlos III, las Ordenanzas de Matrícula de Carlos IV en los que destacan la presencia nítida de vestigios de la institución de conciliación. En España, tomando el modelo francés, se plasmó en la Constitución de Cádiz de 1812, abolida posteriormente, par nuevamente ser restaurada y regulada en la Ley de Enjuiciamiento (ó español de 1855, con el nombre de ACTO DE CONCILIACIÓN con el que pasa a la Ley de Enjuiciamiento Civil Español. En 1984 en España con la promulgación de la nueva Ley Procesal Civil vigente, la conciliación es: facultativa.

5.- En Francia, la conciliación tuvo su origen en el siglo XVIII. Y propugnado por la Revolución

Francesa, el mismo que dispuso por medio de una ley del año de 1790, su carácter obligatorio de la conciliación, disponiendo que no se admitiría ninguna demanda civil sin el previo intento de la conciliación y se prohibió la concurrencia de curiales y apoderados. Con el mismo carácter de obligatorio se reguló en el Código Procedimiento Civil de 1806, llamado Código de Napoleón. Resulta sumamente importante, para graficar la importancia de la conciliación el pensamiento de VOLTAIRE, sobre el tema de la conciliación. Cuando conceptúa en los términos más elogiosos.

6.- En Italia, autorizada en la voz de Francesco Carnelutti, quién sostiene que la composición de la litis se puede obtener también con medios distintos del proceso civil, y que como es función de éste tal composición, se comprende que para designar aquellos medios puede servir el concepto de equivalente. Según el maestro italiano tal composición puede hacerse por obra de las mismas partes, o por la de un tercero distinto del órgano judicial, a la primera la denomina autocomposición, o composición extraprocesal de la litis, y cuando la composición se logra con la colaboración de un tercero se entiende que hay un verdadero proceso, con la impropiedad, que lo desnaturaliza, de que el tercero carece de potestad judicial.

7.- En Argentina, se encuentra vigente la Ley No. 24573, denominada Ley de Mediación y Conciliación, mediante la cual se instituyó con el carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente Ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia.

2. ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN.

2.1. Etimológicamente, la palabra "conciliación" proviene del verbo CONCILIAR, y éste del latín CONCILIARE,



derivado del CONCILIUM que significaba -asamblea, reunión, convocar-. De ahí que el concilium romano era la asamblea general y especialmente asamblea de la plebe. En estas asambleas se reunían la gente para cerrar sus negocios, para resolver sus desavenencias, sus diferencias y disputas, por eso el verbo "conciliare" que primitivamente significaba "concurrir al concilio", tomó una serie de acepciones referentes a tales actividades de reunión, asamblea, resolución de negocios y conflictos. El derivado popular del término concilium es el consejo o asamblea.²

2.2. Definición.

Según el Diccionario Enciclopédico Jurídico Omeba,³ "la conciliación, según el diccionario de la lengua Real Academia Española, significa; componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. Esta circunstancia puede ser intentada por espontánea voluntad de cualquiera de las partes o por la mediación de un tercero, quien advertido de las diferencias no hace otra cosa que ponerlos en presencia para que antes de que accionen busquen la coincidencia. Ese tercero puede ser un particular o un funcionario, en éste último caso forma parte del mecanismo procesal y lleva la impronta del Estado, que tiene un interés permanente en lograr la paz social.

Definición por connotados estudiosos del Derecho.

a). En opinión de Carnelutti, la conciliación "es la intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto con el objeto de inducirles a una composición justa" (Carnelutti, 1944, Tomo: I 203)

b). Para Couture la conciliación es el "acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, se hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual". (Couture, 1960: 171)

c). Álvarez Julia advierte que "no debe confundirse la conciliación, que es el avenimiento total o parcial (y la eliminación de la controversia en la misma proporción), con la figura concreta del arreglo; ésta -según la índole de la solución misma- puede ser desistimiento recíproco y simultáneo, Transacción o, genéricamente, un acuerdo procesal innominado" (Álvarez Julia, 1990:303).

d). Fornaciari define a la conciliación como el "... acuerdo emergente de una confluencia volitiva tendiente a eliminar un cierto estado de controversia" y Añade que "es un acto complejo logrado por la voluntad de las partes en confluencia con la actividad del juez, actividad que se configura en el estímulo del acercamiento y en la proposición de fórmulas de avenimiento (Fornaciari, 1988, Tomo II 119).

La definición sustentada por el autor.

"...La conciliación es una forma pacífica de resolver un conflicto de intereses en forma voluntaria con ayuda de un tercero denominado facilitador".⁴

Debo manifestar que la conciliación consiste en armonizar intereses en principios divergentes, pero que puedan coincidir en un punto determinado, mientras la convergencia no implique la renuncia a un derecho cierto, indiscutible e intransigible en su núcleo esencial.

² ORMACHEA CHOQUE, IVAN. "Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial-Ley N°. 26872-Derogada", Ed. Cultural Cuzco SA. 1998. Pág. 107-452.

³ Enciclopedia Jurídica OMEBA-Disco digital.

⁴ En el mundo moderno del derecho, los Mecanismos Alternativos de Resolución de conflictos son denominados formas pacíficas de resolver conflictos. El Investigador



4.- CLASES DE CONCILIACION

4.1. CONCILIACIÓN INTRAPROCESAL.

Conocido también como: conciliación judicial, conciliación procesal o conciliación intraproceso, es el acto de concertación o avenencia entre los justiciables ante la presencia de un tercero y si es llevado al interior del proceso sin lugar a dudas es el magistrado Juez de Paz Letrado o Juez de Paz. La conciliación intraprocesal, se encontraba prevista y regulada en el Capítulo 1, del Título XI, de la Sección Tercera del Código Procesal Civil vigente, comprendido dentro de los artículos 323 al 329, constituyen una forma especial de concluir el proceso, cuyos acuerdos una vez aprobados por el Juez, la intervención de las partes, adquieren la calidad de la cosa juzgada, es decir inmutable e irrecusable su contenido, concluyéndose el proceso y toda controversia, siempre que versen sobre derechos disponibles y no estén prohibidos por las leyes y el orden público.⁵

4.2. LA CONCILIACION EXTRA-JUDICIAL.

La conciliación extrajudicial, llamado también: conciliación extraprocesal, conciliación fuera del proceso o conciliación preprocesal, es el sistema, vía o método tendiente a lograr, con intervención de un tercero llamado CONCILIADOR, la avenencia o concordia entre las partes para así eliminar el conflicto de intereses existente entre aquellas, aconteciendo en momento anterior al inicio del proceso (el mismo que no llegará a promoverse de haber acuerdo conciliatorio en la totalidad de las pretensiones). La conciliación extrajudicial tiene la naturaleza PREVENTIVA por cuanto se encamina a evitar la contienda procesal, a

diferencia de la conciliación intraprocesal que tiene carácter EXTINTIVO, por ser su objeto ponerle fin al proceso ya iniciado, constituyendo así esta última una forma especial de ponerle término.⁶

Actualmente se encuentra regulada en el D.Leg.1070.

4.3. LA CONCILIACIÓN PREVIA.

Esta forma de conciliación familiar, es propuesta por el autor⁷ del presente artículo en la Tesis Doctoral como proyecto de investigación como medio o vía para resolver voluntariamente un conflicto de intereses con ayuda de un tercero denominado conciliador, en una audiencia preliminar antes de iniciado el proceso.

La conciliación previa al proceso, es una verdadera actuación preliminar, con la que se pretende evitar el proceso, llegando por su medio a la composición amistosa de la litis en proyecto.

Actualmente esta clase conciliación se encuentra regulada en la legislación administrativa. Ejemplo en INDECOPI.⁸

5. FORMAS DE SOLUCION DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES.

5.1. AUTODEFENSA O AUTOTUTELA

El maestro italiano Francesco Carnelutti, denominó a las formas de terminación de un litigio distintas de la conclusión normal, entendiéndose por terminación normal o anormal de un proceso a la sentencia, con el término de equivalentes jurisdiccionales. Mediante tal denominación, dicho estudioso

5 HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. Op. Cit., Pág. 48-50

6 HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. Op. Cit., Pág. 6971.

7 Llancari Illanes, Santiago M. Proyecto de Investigación Doctoral. Unidad de Post Grado de Derecho U.N.M.S.M. 2010.

8 Actualmente en nuestra legislación administrativa como lo por ejemplo en INDECOPI, antes de iniciar un procedimiento administrativo, se llama a una audiencia preliminar previa de conciliación, en caso de no existir un acuerdo conciliatorio, recién se da inicio al procedimiento administrativo. Debo manifestar que en la práctica esta forma de conciliación a dado resultados positivos, evitando carga procesal administrativa.



sostiene que se puede llegar a obtener resultados iguales y semejantes a los producidos por las sentencias judiciales, como es la de tener la autoridad de la cosa juzgada.⁹

La autotutela es pues la composición de un conflicto por una sola parte y por mano propia, sin negociación. En algún momento de la historia y en la antigüedad los conflictos debieron de haberse resuelto mediante el uso de la fuerza, fue la época del más fuerte, el que hacía prevalecer su fuerza física.

5.2. LA AUTOCOMPOSICIÓN.

La Autocomposición es la defensa de nuestros derechos en un medio más civilizado, dando solución a los conflictos interpersonales, puesto que son las propias partes, las que en última instancia decidirán, haciendo uso de las formas permitidas por la ley, en la manera de solucionar sus diferencias. Esta forma auto compositiva se diferencia básicamente de la autotutela porque ésta es entendida como la defensa de nuestros derechos por mano propia, muy común y propia de las sociedades primitivas; en cambio la autocomposición es una forma de solución de los conflictos mediante métodos lícitos para solucionar los conflictos intersubjetivos por las propias partes interesadas, donde dicha solución no es impuesta por la fuerza, mucho menos verticalmente, sino a través de un acuerdo consensuado de voluntad o del voluntario sacrificio o resignación de alguna de ellas.¹⁰

La Autocomposición denominada en el Derecho Moderno, método de solución pacífica de conflictos.

Entre las formas auto compositivas de resolución de conflictos, entre otros tenemos a:

Negociación, Transacción, Mediación, Conciliación.

5.3. HETEROCOMPOSICIÓN

La heterocomposición en la forma más simple consiste, en el arreglo o composición de un conflicto en el que las partes acuden a un tercero ajeno a ellas que les imponen soluciones vinculantes. Son formas heterocompositivas, el arbitraje y por excelencia el proceso judicial.¹¹

En esta forma de resolver conflictos de intereses se requiere a un tercero para resolver el conflicto a diferencia de las dos formas anteriores que se resuelve el conflicto una sola parte (autotutela) o ambas partes de manera voluntaria (autocomposición).

6. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MARC).

6.1. DEFINICION

Al igual que la transacción judicial y la transacción extrajudicial, la mediación o la amigable composición, la conciliación judicial preventiva -como es el caso de la Ley de Conciliación- responde a la moderna denominación de 'ADR -Alternative dispute resolution- cuya impropia traducción al español la señala como Medios alternativos de solución de controversias' constituyendo mecanismos anteriores -antes que propiamente- a la solución adecuada de una controversia mediante la posibilidad de que las mismas partes interesadas logren esto evitando la actuación y costo y órgano judicial, y con ello obstar la innecesaria intervención del Estado para la solución de los conflictos jurídicamente relevantes que se den entre sus ciudadanos y

⁹ ZEGARRA ESCALANTE, HILMER. "Formas Alternativas de Concluir un Proceso Civil"; Marsol, Perú Editores S.A. Trujillo - Perú. 2da. Edición Agosto 1999. Pág. 34-35

¹⁰ COUTURE, EDUARDO J. "Conciliación y Transacción. Estudios de Derecho Procesal Civil" Tomo I. Ed. Depalma, Buenos Aires - Argentina. 1979. Pág. 230.

¹¹ ZEGARRA ESCALANTE, HILMER. Op. Cit. Pág. 35



que estos mismos, en el contexto de la autonomía y libre disponibilidad de los derechos.¹²

El profesor Ormachea en su obra citada presenta una grafica de los MARC's primarios, a partir de un continuum que ordena estos medios desde el mayor grado de control de las partes, hasta el mayor grado de control del tercero. Esta última categoría según Ormachea, se ha incluido al proceso judicial, no por ser un medio alternativo, ni mucho menos, sino para facilitar la diferencia del género MARC's con referencia al proceso judicial.¹³

6.2. CLASES

Los MARC's se clasifican en: MARC's Procesales: Son formas de composición de un conflicto dentro de un proceso judicial ya existente y que evitan la sentencia judicial. Son: el allanamiento, reconocimiento, el desistimiento, el abandono, la transacción judicial y la conciliación procesal.

Los MARC's Extrajudiciales: son formas de composición de un conflicto antes de recurrir a los tribunales y en consecuencia, entumí el proceso judicial. Son ejemplos típicos: la transacción extrajudicial, la conciliación extrajudicial y el arbitraje.

1 NEGOCIACION

La negociación como manifestación de una actitud humana se desarrolla a través de un proceso. No es una acción espontánea, ni una expresión involuntaria es un mecanismo con características propias que requiere ser respetado y aplicado ordenadamente para un buen entendimiento de los sujetos.

Las fases a través de las cuales llega a la negociación, que es connatural a toda

comunicación y el proceso mismo, que involucra las etapas de la negociación y que se deben programar y preveer la más efectiva tales fases se articulan entre lo emocional y lo racional que al fin y al cabo es el contenido de la vida misma.

El contacto inicial de dos personas o más, está siempre cargado por mas emotividad, cuando cada una de ellas pretende agradar, sorprender o impresionar a la otra; posteriormente sobreviene una fase reflexiva cuando los sujetos se plantean los objetivos por las cuales se están reuniendo o expresan el interés de mantener vínculos, o admiten la existencia de un conflicto; finalmente, y solo después, es que se llega al área negocial, en la cual se busca conseguir objetivos compartidos y que las partes de mutuo acuerdo, con el mismo propósito establezcan líneas de conductas duraderas y provechosas.

La negociación, pues, transcurre por fases que podemos mencionar tres tramos:

1. En el primero, está representando el área emotiva. En ella los sujetos se mueven en base a expresiones y emociones, los sujetos están alterados por un conflicto o por un daño ocasionado por el otro o por la percepción del negocio que aún no es clara.

2. La segunda fase es la reflexiva, en la que los sujetos deben entender que su intervención tiene el propósito de lograr mutuos provechos y beneficios recíprocos. Es aquí donde los negociadores han de procurar "hacer crecer el pastel", vale decir, buscar no solamente un mayor provecho personal, sino hacer crecer las ventajas y conveniencias para que cada uno vea satisfecha sus pretensiones. En esta fase se ha de buscar identificar los intereses subyacentes.

3. La tercera y última fase es la de negociación.

¹² QUIROGA LEÓN, ANIBAL. "Presentación de la Ley de Conciliación. Ley N° 26872". Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 52. Pág. 205.

¹³ ORMACHEA CHOQUE, IVAN. Op. Cit. Pág. 18.



Es el periodo en la que se adoptan los acuerdos y las decisiones, después de que los sujetos sean conocidos y estiman que justamente los puntos de coincidencia a las cuales llegan son beneficiosos para ambos. En esta fase hay que reconocer y admitir los intereses y enfrentar el conflicto con visión de futuro.

2. MEDIACIÓN

La mediación constituye un variante de la negociación. Si bien aplica a ésta las mismas reglas generales, difiere de la negociación en que entra en escena un tercero denominado mediador. El rol del mediador es el de un facilitador, quien recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus pedidos con la realidad. En su rol, el mediador calma los estados de ánimos exaltados, rebaja los pedidos exagerados, explica posiciones y recibe confidencias.¹⁴

Para Gerard Couturier se trata de un procedimiento de investigación completo que conllevará a proponer precisas recomendaciones para solucionar un conflicto.¹⁵

Las principales características de la mediación son los siguientes:

1. Al igual que en la conciliación, al mediador lo escogen o eligen las partes o un tercero, misión que deberá recaer en una persona que posea los dotes necesarios para hallar soluciones a un problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de resolver.
2. Constituye un sistema intermedio de solución de conjuntos entre la conciliación y el arbitraje.
3. Trata de alcanzar la mediación una

aceptación de las partes por intermedio de la propuesta de un tercero, que solo tiene fuerza de recomendación. El mediador no impone nada. La presencia y labor del mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes, porque son ellas las que deben encontrar la solución directa del conflicto.

4. El tercero, pese a no tener autoridad sobre la decisión en sí, sin embargo ayuda a las partes en el proceso de adoptarlas, y actúa como catalizador entre ellos.

La conciliación es pues una institución que persigue acercar a las partes en conflicto para atenuar sus divergencias, pretende con su participación propiciar el diálogo para que las partes a través de él hallen una solución final a SUS diferencias.

Por eso el mediador para lograr su objetivo tiene que tener una adecuada capacitación, tener una intuición psicológica para conocer la aprehensión de las conductas beligerantes, debe tener aplomo para brindar a cada una de las partes en el momento más oportuno, pues su intención será permanentemente dirigida para que el conflicto merezca una solución final.

3. CONCILIACION

La conciliación para Roque J. Caivano, implica la colaboración de un tercero neutral a quien las partes ceden cierto control sobre el proceso, pero sin delegar en él la solución. La función del conciliador es asistir a las partes para que ellas mismas acuerden la solución, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos.¹⁶

4. ARBITRAJE

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en el que la voluntad de las partes se

¹⁴ PEÑA GONZALES, OSCAR. "Manual de Conciliación Extrajudicial". Ed. APECC "Asociación Peruana de Ciencias Jurídica y Conciliación". 1999. Pág. 51.

¹⁵ PEÑA GONZALES, OSCAR. Op. Cit. Pág. 51.

¹⁶ CAIVANO, ROQUE J. en colaboración con Roberto E. Padilla y Marcelo Gobbi. "Negociación, Conciliación y Arbitraje" Ed. APENAC Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación; Pág. 37.



somete a la voluntad de un tercero. En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los litigantes en el sentido de que se someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento de un tercero, con el compromiso de cumplir lo que por él se decida.

En el arbitraje; un tercero resuelve la controversia, su pronunciamiento no puede ser discutido por las partes. El tercero es elegido por las partes.

La legislación derogada del arbitraje peruano, define al arbitraje como un método de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan -convenio arbitral- someter la solución de determinados conflictos que hayan sufrido o puedan sufrir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica a la decisión -laudo arbitral- de uno o varios terceros -árbitros-. La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes. Y la el Decreto Legislativo 1071 ley general de arbitraje vigente en el Perú no da una definición sobre arbitraje.

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en que la voluntad de las partes, se somete a la voluntad de un tercero; porque en el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los litigantes en el sentido de que se someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento de un tercero, con el compromiso de cumplir con lo que por él se decida.

Sus principales características son:

1. El proceso arbitral, se desenvuelve conforme a etapas previas basado en determinadas formalidades propuestas por los poderes públicos, siendo una institución jurisdiccional.
2. El laudo arbitral será siempre una solución de conciencia, toda vez que se emite conforme a las disposiciones legales, pero sobre todo a la equidad, evitando por ello llegar a injustas

desproporciones.

3. Es necesario la existencia de un conflicto entre dos o más partes para que sea necesario recurrir a la institución arbitral y que las partes involucradas hayan decidido esta vía de solución, para cuyo efecto suscriben el compromiso arbitral.

4. Las partes son las depositarias de los derechos de solucionar sus diferencias como mejor les parezca, es posible de mutuo y común acuerdo decidan que cada vez que surja un conflicto, éste sea sometido obligatoriamente al proceso arbitral, siempre que no 'vulneren intereses, ni el orden público, ni derechos de terceros.

5. El Juez tiene jurisdicción en el arbitraje, el árbitro carece de ella, el Juez tiene facultades cautelares y ejecutivas que no lo tiene el árbitro.

6. Los árbitros deben emitir un fallo que se llama laudo arbitral.

5. OTRAS SOLUCIONES ANGLOSAJONES

Existen otros medios alternativos propios de la experiencia americana como son:

Mini—juicio (mini — tría!), Evaluación Temprana Neutral (Early neutral evaluation). Juicio por Jurados Abreviados (Summary jury trial), Jueces Privados (private judging), Arbitraje o Mediación Anexo a los Tribunales (Court-annexed-arbitration or mediation).

Combinaciones y Variantes del Arbitraje o Mediación: Med-Arb Arb-Med: Arbitraje Alto Bajo (high-low arbitration), Arbitraje de Oferta Final (final offer o basebail arbitration), Tribunales Multipuertas (Multidoor Courthouse).

Conforme señala el estudios Caivano,¹⁷ a quien seguimos en el desarrollo de estos medios alternativos MARCs con el objeto de ilustrar la

¹⁷ CAIVANO, ROQUE J. Op. Cit. Pág. 31-48.



idea que expone a cerca de que los medios alternativos, no se agotan en la negociación, la mediación y el arbitraje, sino que sus posibilidades son innumerables, a partir de la creativa combinación de ellos o del diseño que respondan a las necesidades concretas.

Al reconocerse la insatisfacción por el funcionamiento del sistema judicial y por los altos costos que su utilización representaba, comenzó a gestarse un movimiento, cuyos orígenes se remontan a la década del 70, tendiente a estimular la resolución de los conflictos por medios diferentes de la sentencia judicial. Este movimiento conocido genéricamente con las siglas ADR "Alternative Dispute Resolution" ha provocado no solo una mayor utilización de los métodos alternativos considerados básicos o puros (mediación y arbitraje) sino también la creación de numerosos sistemas híbridos que han surgido de la necesidad de procurar mecanismos más eficaces cuando algunos de los otros no podían proporcionar una solución satisfactoria. El movimiento "ADR", no solo produjo resultados significativos en cuanto a la solución del índice de litigiosidad judicial, sino que generó la fundación y consolidación de entidades y firmas privadas proveedoras de estos servicios.

7. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONCILIACION:

Equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

Javier La Rosa Calle, en su trabajo 'Los Principios de la Conciliación y la Ley 26872', publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la P.U.C.P. N° 52 Pág. 107, hace una primera observación en los siguientes términos: Sin embargo, antes de efectuar esta labor, cabe señalar una primera apreciación

general, sobre la manera como aborda la ley este tema y nos referimos a cómo se englobe como principio de la conciliación, algunas figuras más propias del procedimiento judicial, como sería el caso de la buena fe, celeridad y economía. O también que se mencione como principios a la legalidad y veracidad, que en nuestra opinión vendrían a ser más propiamente, condiciones necesarias para el desarrollo de la conciliación.

Un segundo aspecto a señalar es, que se haya omitido toda mención al principio de simetría de poderes o empoderamiento -la palabra empoderamiento proviene de la palabra inglesa Einpowerment que significa conceder poder- el cual incluso ha tenido reconocimiento normativo en el Código Procesal Civil, Art. VI del Título Preliminar, referido al principio de socialización del proceso.

8. LA CONCILIACIÓN FAMILIAR:

Definición.

La conciliación familiar es una institución que constituye un medio alternativo para la solución de conflictos y cuya finalidad abstracta es lograr la paz Social en justicia, al resolver conflictos familiares.

LA FAMILIA Y EL CONFLICTO:

La institución familiar ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas, se ha pasado de la familia extensa a la familia nuclear, y de esta a las numerosas "nuevas" formas de convivencia actual, todo ello favorecido por la mayor comprensión social respecto de la separación y divorcio, las uniones consensuales sin vinculación jurídica, las familias compuestas por padres separados con hijos de diferentes matrimonios e hijos en común (en algunos casos) - (familia ensamblada), etc.¹⁸

¹⁸ Desde mi punto de vista para hablar de conciliación familiar, en primer lugar debemos tener en cuenta las fuentes de origen de los conflictos familiares.



Se sabe que la disolución del matrimonio modifica la familia pero no por esa circunstancia, ésta se extingue; la familia no se extingue por que esta estructurada por el parentesco consanguíneo y afín, pero si se extingue el matrimonio.

Derechos del Niño.
Derechos de la Mujer.
Relaciones Familiares:

Los casos más frecuentes de conflicto en las relaciones familiares, están dadas por las rupturas conyugales o de pareja y a ellas nos referimos como faro fundamental.

Dentro de la teoría de los conflictos, el conflicto familiar es una especie del conflicto interpersonal.

Elementos del conflicto familiar.

El mapa de conflicto tiene tres elementos que se retroalimentan, a saber: personas, Proceso y Problema.¹⁹

1.- Las personas o partes del conflicto.

Cuando uno se refiere a los conflictos familiares, generalmente hablamos de conflictos que nacen entre marido y mujer, padres con hijos u otros familiares.

Para que haya un conflicto, tienen que haber por lo menos dos partes que se enfrenten entre sí; por lo tanto, no están incluidos aquellos conflictos "internos", que serán tratados por las ramas específicas, tales como la psicología, psiquiatría, entre otras. Estas partes pueden ser personas individuales pero también grupos humanos de diverso tamaño: familias, pandillas, pueblos, así como personas jurídicas y organizaciones de todo tipo. Lo importante de este primer elemento es que estas partes puedan ser identificables, que tengan una identidad

concreta como personas o grupos frente a los demás.

2.- el proceso del conflicto.

Algunos autores han propuesto la existencia de un "ciclo de vida del conflicto", es decir, que éste presenta ciertas etapas o fases generales, aunque los autores difieren acerca de hacia dónde conducen estas etapas y cuáles son las consecuencias finales del conflicto en las personas.

Etapas

En un primer momento, el problema es lo central del conflicto, alrededor del cual las partes van a asumir sus primeras posturas. Al inicio éstas pueden ser constructivas y cooperativas.

Paulatinamente, el desacuerdo o discrepancia se expresa en términos de antagonismo personal, de manera tal que las personas se ven cada vez más como si ellas fueran el problema.

Posteriormente las emociones se intensifican, y la falta de una comunicación directa, pacífica y respetuosa se convierte en un obstáculo cada vez mayor. Las personas hablan a los otros en vez de hablarse entre sí.

3.- Los problemas.

El problema en realidad es el núcleo central del conflicto, los puntos en disputa, los intereses y necesidades de las partes, las diferencias esenciales y los valores que las separan. Identificar los problemas sobre los que gira el conflicto nos ayudará a determinar además el tipo de conflicto al que nos enfrentamos.

En tal sentido, definir la "esencia" de un conflicto determinado requiere –al igual que cuando analizamos a las personas que intervienen en el conflicto- distinguir, entre los

¹⁹ RUSKA MAGUIÑA, CARLOS y LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. La Conciliación en Familia. Unidad de Coordinación del Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Justicia. 2007. Pág. 15-21.



problemas secundarios y aquellos aspectos que diferencias realmente a las partes. Esta parte esencial está referida a aquello que da origen al conflicto, lo que puede responder a diversos motivos.

4.- Perfil del Conciliador de Familia.

Se debe entender como perfil las destrezas y habilidades que requiere el conciliador para el desarrollo de su misión mediadora imprimiéndole dinámica al conflicto con miras a una culminación satisfactoria.

Podemos decir que el Conciliador con el perfil que necesitamos debe ser:

a) Imparcial.

Debe desplegar en todas las etapas de la Conciliación, un trato igual con cada una de las partes en litigio; debe guardar la neutralidad requerida para que infunda confianza en las partes que intervienen en la conciliación.

b) Es un tercero

Es un tercero por lo que el Conciliador es y debe ser ajeno totalmente a los intereses de cada una de las partes; no debe guardar ninguna relación ni siquiera remota con las partes, no sólo en lo jurídico sino también en lo sentimental o personal.

c) Debe conocer del conflicto

Debe enterarse antes de su encuentro con las partes, de lo que se trata el asunto materia del conflicto para poder ubicar o centrar el problema, el querer de cada parte y las posiciones asumidas.

d) Debe ser orientador y dirigente

Además, de ser quien dirige la audiencia, debe indicar los distintos caminos o vías que pueden utilizar los litigantes para poder llegar al punto de convergencia que se pretende. Esforzarse en sortear los imprevistos respecto de los participantes y el proceso. Muchas veces el conciliador debe educar, enseñar, informar a los

contendientes de su ubicación jurídica o de su posición personal en el conflicto, orientar las decisiones, sin que caiga en situaciones de influencia y dominación.

e) Debe ser experto

Miremos esto desde dos puntos de vista:

Debe tener la suficiente experiencia en el manejo de las relaciones interpersonales, la cual se adquiere no sólo con los estudios que realice al respecto, sino con las vivencias o conocimientos de ellas, en los distintos ámbitos de la vida humana.

Debe tener también, unos conocimientos previos de la técnica de manejo de un determinado tipo de conflicto, para que no llegue a la audiencia a aprender del conflicto, sino que les aporte a las partes sus conocimientos. Los conocimientos se extienden también a la materia o negocios objeto de la conciliación misma.

f) Debe conocer a las partes

Tratar de conocer no sólo la personalidad sino las situaciones del entorno social y económico de las partes, de tal forma que las fórmulas que proponga se acerquen más al querer de los que intervienen.

g) Debe ser respetable.

La misma personalidad del conciliador deberá inspirar esa confianza, de tal forma que las partes atiendan con mayor facilidad esas insinuaciones y sugerencias.

El perfil del conciliador de familia debe ser diferente del requerido en otras áreas del derecho. Los problemas de familia se caracterizan por la simbiosis entre los factores netamente económicos y los factores netamente emocionales, sentimentales y de filiación.

Cuando una pareja solicita una audiencia para realizar su separación de bienes o la modificación de una cuota alimentaria, cosas



que en primera instancia envuelven una óptica patrimonial del asunto, necesariamente arrastra tras de sí un conflicto de pareja. Esto debe ser ubicado por el Conciliador desde el inicio, para ofrecer la buena marcha del asunto. El conciliador debe primero, antes de iniciar a resolver el asunto patrimonial, tratar de colaborar con la salvación de la institución familiar en caso de que pueda captar que en esa pareja todavía existe amor. Puede incluso aplazar la audiencia, y con la ayuda del equipo interdisciplinario con que cuenta el Centro, prestar esa ayuda.

Los conflictos entres padres e hijos, generalmente, van revestidos de resentimientos entre una parte y otra, bien sea por conflictos entre ellos mismos, o porque su padre por ej. Dejó su hogar y dejó a su madre por otra mujer y formó otro hogar. Esto puede ocasionar que soliciten aumento de cuotas alimentarias al enterarse que el papá tiene otro hijo nuevo con la segunda señora. Con esto queremos hacer ver, que más que un conflicto patrimonial lo que va inmerso son resentimientos y deseos de hacer la vida imposible al padre que querían tener con ellos y ya no es así, y que al ver que viene un nuevo hijo al mundo, pueden sentir vulnerados el cariño que su padre les puede tener.

Ejemplo claro, es también, el de la madre que solicita alimentos para sus hijos menores. La señora ya terminó su relación con su anterior marido, pero en la actualidad está siendo seducida o vive con otro compañero, o marido, según el caso. En la audiencia el padre de sus hijos dice que él no dará más cuota de alimentos o que no la aumentará, porque de seguro que eso es para darle comida también al "otro". O sea, observamos también, que detrás de una conciliación patrimonial hay problemas de despechos, resentimientos, y demás.

Entre hermanos que van a repartir una herencia. Los problemas en la misma pueden surgir más por asuntos personales que los patrimoniales en sí. Se ve por ej. el caso en que alegan que su padre en vida quiso al uno más que al otro, que al uno le dio más estudios que al otro, que ayudó sólo a la hermana que en vida se convirtió en

madre soltera, que el que lo cuidaba quiere más que el que no cuidaba a su padre en vida cuando estaba enfermo, y en fin.

Lo anterior y otras situaciones, hacen necesario que el conciliador trabaje en conjunto con un equipo interdisciplinario como se dijo antes: psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, expertos en relaciones familiares, orientadores familiares, especialistas en educación y asesoría familiar y de pareja.

Para que esto suceda, invariablemente, el conciliador en familia debe asumir en primera instancia el papel de confidente y confesor. En muchas ocasiones la persona que solicita la audiencia desea ser escuchada y busca consejo y ayuda, porque tiene una herida causada por el rompimiento con alguien de su entorno familiar. Todas estas situaciones repercuten enormemente en la armonía jurídica de la familia, por el trasfondo emocional y psicológico que impregnan estas relaciones. Por ello el conciliador, es muchas veces confidente y confesor, porque escucha cosas que son de la esfera de la intimidad de la persona que acude en su ayuda.

La segunda actitud que debe asumir el conciliador es la de consejero y es aquí donde requiere una buena dosis de intuición, sentido común y psicología, para inferir detrás de cada recriminación, para calmar ánimos caldeados, tristes (a veces la gente llora en la audiencia), resentidos, etc. de los asistentes. Los interrogatorios y charlas individuales con cada una de las partes ayuda a dejar al descubierto la verdadera intención de lo que ellas quieren, y esto marca una gran pauta en las fórmulas que el conciliador puede proponer.

La tercera obligación del conciliador es la de propender por la Reconciliación de la Familia, si es posible. De paso se colabora así con la armonía y la paz de la célula principal de la sociedad y de la sociedad misma, contribuyendo con la formación de mejores ciudadanos, y máxime en el caso en que en Colombia todavía conservamos la idea de familia como la familia extensa: formada por padres, tíos, abuelos, primos, hermanos,



cuñados, sobrinos, y demás, y que por lo tanto, un pequeño conflicto que surja que surja en unos de estos subgrupos y subrelaciones, afecta de manera general, con mayor o menor grado de profundidad e intensidad al grupo familiar macro. Esta noción amplia de pertenencia familiar nos obliga como conciliadores a contribuir en la obtención de esa anhelada reconciliación.

Cuando los intereses de los menores se puedan ver afectados, el conciliador debe asumir el papel de un verdadero defensor de familia, en favor del menor, rechazando cualquier acuerdo que pretenda desconocer los derechos del menor involucrado.

Ya antes habíamos hablado de la Persona Dialogante. Habíamos dicho que es una persona que permanece siempre dispuesta a buscar el consenso en cualquier diferencia que se le presente y que pueda generar conflicto. Una persona dialogante tiene las siguientes características, y algunas de ellas deben acompañar también a un conciliador según el momento:

- Se mantiene abierta a los demás: es capaz de ponerse en el lugar del otro
- Ante una situación de conflicto comienza siempre por escuchar; presta atención a las razones que dan las otras personas, así crea que están equivocadas.
- Se informa bien antes de tomar una decisión. No emite juicios apresurados.
- Es recta en sus apreciaciones; es crítica, tanto con la posición de los demás como la propia; no se deja manipular ni manipula.
- Respalda siempre sus propuestas con argumentos; no juzga por emociones; si carece de argumentos no se engaña pretendiendo tenerlos.
- Reconsidera y modifica sus propuestas cuando descubre que los argumentos de los demás son mejores.

- Está interesada en el bien de los demás como en el propio; por eso acepta como decisiones correctas sólo aquellas que tienen en cuenta los intereses de todos y no sólo los de unos pocos.

- Se compromete con las decisiones que ha tomado con corrección moral, es responsable y consecuente.

- Es tolerante y confía en las personas; no desespera de los demás por el hecho de que ellos no sean honestos al argumentar o no sean consecuentes y responsables con la decisiones acordadas.

Un conciliador debe ser también COHERENTE con lo que predica, al hacer sus argumentos y dar consejos y su vida personal.

9. CONCLUSIÓN.

Una vez estudiada, analizada la legislación y propósitos de la conciliación extrajudicial en materia de familia, podemos concluir que esta, es una herramienta jurídica de gran importancia para el derecho procesal, que permite un mayor cumplimiento de los fines del estado.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- CAIVANO, ROQUE J. en colaboración con Roberto E. Padilla y Marcelo Gobbi. "Negociación, Conciliación y Arbitraje" Ed. APENAC Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación.
- 2.- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. "Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina. 4ta. Edición: agosto de 1980.
- 3.- COUTURE, EDUARDO J. "Conciliación y Transacción. Estudios de Derecho Procesal Civil" Tomo I. Ed. Depalma, Buenos Aires - Argentina. 1979.
- 4.- DAVIS, WILLIAME E. "Diseño de Sistemas para resolver conflictos: la experiencia con multipuestars en EEUU", incluido en el libro "Mediación: una transformación en la cultura", compilado por Julio Gottheil y Adrian Sciffirin, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1996.



- 5.- Enciclopedia Jurídica OMEBA Disco Digital.
- 6.- HAYNES, JOHN. M y HAYNES GRETCHEN L. "La Mediación en el Divorcio" Estrategias para negociaciones familiares exitosas basadas en casos reales. Ed. GRANICA. 1997.
- 7.- HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. "Formas Especiales de Conclusión del Proceso" Ed. Gaceta Jurídica Editores. 1ra. Edición, Octubre 1995.
- 8.- LA ROSA CALLE, JAVIER. "Los principios de la Conciliación" Ley 26872. Revista de la Facultad de Derecho de la P.U.C.P. N° 52.
- 9.- LLANCARI ILLANES, SANTIAGO. Proyecto de Investigación Doctoral. Unidad de Post Grado de Derecho. U.N.M.S.M. 2010.
- 10.- MARTINEZ MORALES, RAFAEL. "Diccionario Jurídico General". IURE. Editores. M,exico-2006.
- 11.- ORMACHEA CHOQUE, IVAN. "Análisis de la Lev de Conciliación Extrajudicial-Ley N°. 26872-Derogado". Ed. Cultural Cuzco SA. 1998.
- 12.- PEÑA GONZALES, OSCAR. "Manual de Conciliación Extrajudicial". Ed. APECC "Asociación Peruana de Ciencias Jurídica y Conciliación". 1999.
- 13.- QUIROGA LEÓN, ANIBAL. "Presentación de la Ley de Conciliación. Ley N° 26872". Revista de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú. N° 52.
- 14.- RUSKA MAGUIÑA, CARLOS y LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. La Conciliación en Familia. Unidad de Coordinación del Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Justicia. 2007. Pág. 15-21.
- 15.- SANTA BIBLIA.- Antiguo y Nuevo Testamento - Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569)- Revisado por Cipriano de Valera (1602) Otras revisiones: 1862, 1909 y 1960. Ed. Sociedades Bíblicas Unidas. Impreso en Brasil - 2001.
- 16.- ZEGARRA ESCALANTE, HILMER. "Formas Alternativas de Concluir un Proceso Civil"; Marsol, Perú Editores S.A. Trujillo - Perú. 2da. Edición Agosto 1999.