

## **LA CONCILIACION EN MATERIA FAMILIAR ANTE EL FISCAL DE FAMILIA**

Christian Hernández Alarcón<sup>1</sup>

### **VENTAJAS DE LA CONCILIACION EN SEDE FISCAL**

El día 14 de abril del presente, se publicó en el diario oficial la Ley 28494 que modificando el artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobada mediante Decreto Legislativo N° 052 y el artículo 713 del Código Procesal Civil, confiere una nueva atribución a los Fiscales de Familia: Intervenir a solicitud de parte, como conciliadores en la solución de conflictos de alimentos, tenencia, régimen de visitas y patria potestad. Asimismo, otorga mérito de título de ejecución a las actas de conciliación Fiscal, que logren el acuerdo entre las partes modificando para tal efecto el Art. 713 del Código Procesal Civil.

Sin duda alguna, posibilitar que la pareja que constituye una familia, resuelva sus problemas dialogando y que el cumplimiento de dicho acuerdo pueda ser exigido en sede judicial, es un triunfo más de la concepción del Derecho, que critica la forma monopolizadora en la que el Estado ejerce su función de administrar justicia, expropiando el conflicto del particular para devolvérselo sin resolverlo, trayendo como resultado injusticia y frustración. Por el contrario, una tendencia actual en el derecho proveer a la sociedad de medios consensuales para la solución de los conflictos, tanto dentro del sistema judicial mediante de la incorporación obligatoria de la conciliación como una etapa procesal, como en el ámbito extrajudicial donde su inclusión se viene impulsando con la tendencia de convertirse en etapa previa y obligatoria a la judicialización.<sup>2</sup>

En este sentido, las atribuciones conferidas al Fiscal de Familia, no solo posibilitan que el conflicto pueda ser resuelto por sus causantes y protagonistas evitando que les sea expropiado y se les imponga en sede judicial una decisión que ninguno de los dos quiere, sino sobre todo favorecen el logro de una mayor satisfacción de los mismos respecto de la solución acordada, lo cual refuerza la confianza en las personas, en su capacidad y madurez para encontrar sus propias y adecuadas soluciones, en menor tiempo y con menos costo, además de prevenir el surgimiento de conflictos posteriores.

---

<sup>1</sup> Profesor de Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil no patrimonial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Seminario de Investigación en Derecho de Familia de la Maestría en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

<sup>2</sup> La Ley 27398, del 13 de enero del 2001 en su artículo primero, al disponer la obligatoriedad de la conciliación en Lima y Callao, a partir del 1 de marzo de ese año excluye temporalmente obligatoriedad las materias sobre derechos de familia la cual señala será dispuesta progresivamente mediante resolución ministerial del Sector Justicia, considerando, entre otros, el número de Centros de Conciliación y de conciliadores acreditados.

## **¿QUE SE PUEDE Y QUE NO SE PUEDE CONCILIAR ANTE EL FISCAL DE FAMILIA?**

A efectos de diferenciar las facultades de conciliación que la norma bajo comentario otorga a las Fiscalías de Familia, de las que tiene otras instituciones de la sociedad civil, es pertinente recordar que la Ley 27398 sobre Conciliación Extrajudicial otorgó a los Centros de Conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia la posibilidad de conciliar en alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de la sociedad de gananciales y en todos los aspectos derivados de la relación familiar, sin otro requisito que las pretensiones sobre las que versen los acuerdos formen parte de los derechos disponibles de las partes y que sean además determinadas o determinables. De este modo, tienen un margen amplio para ejercer sus facultades las cuales no se limitan a las pretensiones señaladas expresamente por la ley.

Por otro lado, el inciso c) del Artículo 45 de la Ley 27337 “Código de los Niños y Adolescentes” con la finalidad de promover el fortalecimiento de los lazos familiares otorgó también a las Defensorías de Los Niños y Adolescentes que funcionan en los gobiernos locales (DEMUNAS), así, como en las Instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, la facultad de efectuar conciliaciones extrajudiciales entre cónyuges, padres y familiares, sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre que no existan procesos judiciales sobre estas materias.

La Ley 28494, bajo comentario, al modificar el artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes, señala que el Fiscal puede actuar como conciliador en asuntos de familia, sin precisar específicamente las materias conciliables. Esto permitiría afirmar que las Fiscalías de Familia son competentes para propiciar toda clase de conciliaciones en materia familiar con el único límite de que no se traten sobre pretensiones irrenunciables, no disponibles o sobre materias con contenido penal. Sin embargo, una lectura amplia como la señalada, no es posible si tenemos en cuenta que el artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes, tiene que ser interpretado en referencia a la Ley Orgánica, la cual completa su contenido y asigna a las Fiscalías de Familia una competencia específica y no genérica en materia de conciliación. Consecuentemente, el Ministerio Público regido en cuanto a sus atribuciones y funciones por lo señalado en su Ley Orgánica, al no poder irrogarse una facultad en ella no contenida, tiene que limitarse en cuanto a las materias conciliables a las concedidas expresamente en la Ley bajo comentario: alimentos, tenencia, régimen de visitas y el régimen de la patria potestad.

En este contexto, la conciliación en sede Fiscal, en cuanto a las materias conciliables se parece más a la realizada en las Defensorías de los Niños y Adolescentes, pues tanto las Fiscalías como las Defensorías no tienen la

facultad genérica de conciliación en todos los conflictos que derivan de las relaciones familiares de los centros de Conciliación.<sup>3</sup>

Ahora bien, haciendo una referencia a todas las normas anteriormente glosadas podemos señalar que en sede fiscal sólo se pueden conciliar:

- 1) Sobre los aspectos disponibles del derecho de alimentos, tenencia, régimen de visitas y patria potestad. Consecuentemente no se podrá conciliar sobre los aspectos irrenunciables de estos derechos.
- 2) Sólo se puede conciliar cuando no se haya iniciado un proceso judicial sobre estas materias y siempre que no tengan contenido penal.

Respecto a los alimentos, conviene anotar que siendo parte del derecho a la subsistencia, y además intransmisible, irrenunciable, intransigible e indispensable de acuerdo a lo señalado en el artículo 487 del Código Civil, quienes pueden fijar de mejor modo el monto de la pensión son las mismas partes pues nadie como ellos conoce sus posibilidades y necesidades.

Sobre la tenencia y el régimen de visitas, al ser ambas instituciones atributos de la patria potestad, que concretizan el derecho humano específico de los niños de mantener relación y comunicación con ambos padres, la posibilidad de arribar a acuerdos que posibiliten una tenencia compartida garantizando un tiempo mínimo de convivencia de los hijos con ambos padres, lo cual pese a que no se encuentra regulado de modo expreso en nuestra legislación, mediante la intervención fiscal y el acuerdo de voluntades podría hacerse posible y hasta exigible en sede judicial.

En relación a la patria potestad, siendo este el conjunto de deberes y derechos que tiene los padres respecto de sus hijos, y teniendo como parte de sus atributos a la tenencia y al régimen de visitas, debe entenderse al hacerse referencia en la ley a la posibilidad de conciliar respecto del régimen de patria potestad, que también puede conciliarse respecto de otros atributos de la patria potestad, además de la tenencia y del régimen de visitas que han sido señalados en forma específica. Así por ejemplo, es perfectamente posible, que los padres se ponga de acuerdo mediante conciliación respecto al tipo de tratamiento en la salud que sus hijos recibirán, tradicional u homeopático. Asimismo, respecto al derecho que ambos tienen de elegir el tipo de educación, así podrán definir entre un colegio laico, religioso, militar de ascendencia italiana, inglesa, francesa, etc. De igual manera, podrían ponerse de acuerdo ante el Fiscal

---

<sup>3</sup> No obstante debemos hacer dos precisiones: En primer lugar, las Defensorías de los Niños y Adolescentes al tener como función el conocer la colocación familiar, ha extendido los alcances de su facultades en conciliación a los acuerdos destinados a establecer colocaciones familiares, de modo que aunque la ley les asigna facultades específicas las cuales reconoce como títulos de ejecución en la práctica las materias conciliables son las. En segundo lugar las facultades genéricas de los Centros de Conciliación no son ilimitadas, así no es posible conciliar de acuerdo al artículo 6 de la Ley 27398 en materia familiar cuando: La parte emplazada domicilia en el extranjero, en los casos de violencia familiar; y ,cuando se trata de derechos y bienes de niños, adolescentes y demás incapaces a que se refieren los Artículos 43 y 44 del Código Civil.

de Familia, cuando el padre de ascendencia alemana pretende tramitar la doble nacionalidad y la madre se opone porque quiere que su hijo sea únicamente peruano, o en su defecto cuando también quiere tramitar una doble nacionalidad con otro país, el cual no admite una nacionalidad múltiple. En el mismo sentido y no obstante el Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, sólo prevé la autorización notarial y judicial para la autorización de viaje al extranjero de los niños y adolescentes, el Fiscal de Familia, podría ayudar a obtener una salida consensual cuando los padres no han podido suscribir una autorización notarial por deficiencias en la comunicación, para lo cual sería necesaria, una modificación legislativa <sup>4</sup>

Es decir, estando a que la patria potestad se ejerce en forma conjunta por ambos padres, como lo señala el artículo 419 del Código Civil, salvo que uno de ellos tengan suspendido en su ejercicio o se haya extinguido su derecho mediante sentencia judicial en caso de incurrir en las causales previstas en los artículos 75 o 77 del Código de los Niños y Adolescentes mediante sentencia judicial, pueden presentarse en dicho ejercicio infinidad de otras situaciones distintas a los ejemplos señalados. Sin embargo, en todos estos casos, el Fiscal de Familia, no debe permitir que mediante la conciliación que se vacíe totalmente de contenido del derecho-deber de patria potestad, en tal sentido, debe impedirse aquellos acuerdos tendientes a otorgar todos los atributos de la patria potestad a uno de los padres pues en estos casos se afectaría el derecho humano específico que tiene el niño de mantener relación con ambos padres.

Además, debemos tener en cuenta que todas estas controversias tramitadas en sede fiscal deben realizarse teniendo en cuenta el interés superior del niño consagrado en el artículo III de la Convención de los Derechos del Niño y recogido en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes. Por ello, como parte de la tramitación ante la Fiscalía debe recibirse la opinión del niño y el adolescente con la finalidad de que sean ellos quienes contribuyan en la determinación de su interés y no se lleguen a conciliaciones que transgredan sus derechos.

Por otro lado, consideramos oportuno que mediante una modificación legislativa, se amplíen las formas de reconocimiento de los hijos, a fin de que las personas invitadas a conciliar puedan hacerlo válidamente ante el despacho fiscal, y que la copia certificada de esta acta sea suficiente para realizarse la anotación marginal en la partida de nacimiento a efectos de lograr el reconocimiento. En estos casos, se trataría de aprovechar la comparecencia de las partes y prevenir un problema judicial futuro independientemente de que se logre una solución consensual en el conflicto de intereses materia de la conciliación fiscal, ampliando las formas de reconocimiento establecidas en el Código Civil, de manera similar a Ley 28439, que modifica el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> El Art. 111 del Código de los niños y adolescentes, señala que es obligatoria la autorización notarial con certificación notarial.

<sup>5</sup> Mediante el Art. 3 de esta Ley 28439, modificando el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes se amplía las formas de reconocimiento ante el registro, por

## **PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN SEDE FISCAL**

Las disposiciones complementarias de la Ley bajo comentario otorgan un plazo de 30 días para posibilitar la preparación de la infraestructura necesaria, un adecuado sistema de notificaciones, así como para que la Fiscalía de la Nación dicte las directivas y normas complementarias. No obstante, y considerando además que incluso las normas complementarias que se dicten deberán ser materia de una revisión posterior luego de un tiempo de implementadas a efectos de optimizar el servicio, podemos señalar preliminarmente algunos criterios que consideramos deben tenerse en cuenta en la reglamentación de la mencionada ley.

En este sentido, consideramos en primer lugar que debe tomarse en cuenta en todo lo que le sea aplicable la Ley de Conciliación Extrajudicial, 26872, así como su reglamento DS 001-98-JUS, toda vez que existen muchos aspectos que perfectamente pueden ser aplicables a la nueva función fiscal. Debiendo en caso de normarse en forma específica establecerse en los aspectos no regulados en forma expresa una remisión a las normas señaladas, a efectos de mantener una coherencia normativa.

Así por ejemplo en cuanto a la recepción de las solicitudes en las que se pide la conciliación, debe posibilitarse un amplio acceso a los usuarios, sin formalismos restrictivos, ni requisitos obligatorios. De este modo, los solicitantes del servicio de conciliación fiscal con arreglo a las normas de competencia del artículo 14 del Código Procesal Civil pueden presentar una solicitud escrita, debidamente firmada en forma conjunta o individual a la que deben acompañar únicamente su Documento de Identidad, señalando el nombre de la persona con la que quiere conciliar y su dirección en forma precisa.

Asimismo, los usuarios deben señalar brevemente los hechos que dieron lugar al conflicto, la pretensión o lo que solicitan en forma clara y ordenada. Estos mismos elementos debe contener la solicitud verbal que podrá ser llenada por la misma Fiscalía de turno, en la entrevista con el usuario, siendo para este caso pertinente la utilización de formatos.

Por otro lado y considerando que en la mayoría de casos se recibirán las solicitudes de conciliación juntamente con las denuncias por violencia familiar, debe separarse la solicitud de conciliación en las pretensiones de alimentos, tenencia o régimen de visitas de la pretensión de cese de violencia a fin de que sean tramitados por cuerda separada y no se detenga el trámite, ni se retrase el otorgamiento de la medida de protección inmediata.

---

Escritura Pública y por testamento como lo señala el Artículo 390 del CC, añadiendo una forma más la realizada ante el Juez, en la audiencia sin perjuicio de la continuación del trámite del proceso.

Consideramos además que debe señalarse un plazo máximo para que culmine el procedimiento de conciliación en sede fiscal el cual manteniendo concordancia con la ley de conciliación extrajudicial, no debe superar los 30 días. No obstante las partes deben estar en condiciones de prorrogar este plazo previo acuerdo.

Asimismo, la conclusión del procedimiento, debe realizarse al lograr el acuerdo total, parcial y también, cuando no haya acuerdo, cuando una de las partes no asiste a dos sesiones y cuando ambas partes no asistan a la primera sesión tal como lo señala el artículo 15 de la Ley de Conciliación.

El artículo 4 de la ley bajo comentario señala que dicha acta formará parte de un registro y que se expedirán las copias certificadas a los interesados, en cuyo caso además de servir para solicitar su ejecución en sede judicial, podrán servir para acompañar la misma como parte integrante de la propuesta de convenio de separación convencional que las partes puedan presentar con posterioridad al juez, de acuerdo con el Artículo 575 del Código Procesal Civil. ( Art. 28 de la Ley de Conciliación)

### **IMPACTO EN LA REALIDAD DE LA MODIFICACION LEGISLATIVA**

Reflexionar sobre el impacto en la realidad de esta modificación legislativa parte necesariamente por el reconocimiento de la actual función fiscal de familia, el establecimiento de las posibilidades de acceso a la justicia de sus usuarios y la forma en la que se ha de configurar esta nueva función.

Para este efecto, en primer lugar, debemos reconocer que la Violencia Familiar, representa sin duda alguna el mayor volumen de casos que la Fiscalía de Familia tramita, debiendo recordar además que la Fiscalía de Familia en materia civil fuera de los casos en los que interviene dentro de los procesos judiciales de Familia, lo hace a nivel extrajudicial frente a la vulneración de los derechos del niño por parte de una persona distinta a sus padres (contravención), o de sus padres solicitando la apertura de una investigación tutelar, correspondiéndole, en este último caso, además dictar una medida de protección conforme a las normas de violencia familiar.

En segundo lugar debemos reconocer que el "individuo, inserto en una situación jurídica familiar, puede decidir en relación con cada episodio particular de la trama general, si la vivirá jurídicamente o no; correspondiéndoles a algunos instantes de derecho, largos períodos de no derecho. En estos casos, el no derecho es la esencia, el derecho es el accidente; lo más frecuente es que no entre escena hasta que alguna de las partes lo llame con su voluntad expresa; en cambio, la sola voluntad implícita es suficiente para mantenerlo apartado".<sup>6</sup> En este sentido, el hecho de violencia familiar es el accidente que al visibilizarse, permite

---

<sup>6</sup> CARBONIER, Citado en HOCEVAR, Mayda: "Sobre la Necesidad de Cuestionar la Estructura familiar Tradicional en el Análisis de la Mediación Familiar", en "Enlace", Revista de Sociología Jurídica Editada por el Instituto de Sociología Jurídica de la Universidad nacional Mayor de San Marcos, N° 1, 1996, p. 134.

visualizar también una serie de conflictos que subyacen o coexisten y ahondan la problemática de violencia: alimentos, tenencia, régimen de visitas, etc. Por otro lado, en algunos casos los mismos agresores de la violencia con el objeto de reunir pruebas que favorezcan su posición en un proceso judicial posterior de tenencia, régimen de visitas, patria potestad o reducción de alimentos, denuncian por violencia familiar. Así, de forma natural o forzada, frente a la pretensión de “cese de la violencia” subyacen o coexisten casi siempre otras pretensiones autónomas cuya solución favorece un enfrentamiento integral del problema familiar.

Una conclusión preliminar, que podemos hacer respecto del impacto en la realidad de la modificación legislativa es que en buena cuenta la problemática cuyo abordaje se confiere a la Fiscalía de Familia en la búsqueda de una solución consensuada, de alguna manera ya era de su conocimiento como parte de su intervención frente a la violencia familiar.

Otro aspecto que debemos tener en cuenta al momento de medir el impacto en la realidad de la Ley bajo comentario, es el hecho de que la intervención del Ministerio Público se realiza únicamente a solicitud de parte. No faltarían los escépticos que frente a esta situación señalaran con mucha razón que siendo esto así, las posibilidades de intervención son mínimas, toda vez que dependerá en gran medida de las facilidades que brinde el Ministerio Público para poder solicitar su intervención como conciliador, a propósito de la recepción de la denuncia por violencia familiar.

No obstante, creemos que la única intervención posible y de alguna manera compatible con la función protectora de la víctima de violencia familiar, es la que ha sido normada, por la ley bajo comentario es decir, la realizada a solicitud de parte y no de oficio. Más aún, si tenemos en cuenta que por esta misma función se corre el riesgo de que la percepción que tengan las partes de su intervención no sea precisamente la de neutralidad, lo cual sin duda obstaculizará el proceso de negociación.

Ahora bien, si como hemos señalado anteriormente de acuerdo a la Ley de Conciliación Extrajudicial 26872, puede conciliarse aunque sea en forma facultativa, en asuntos de familia en los Centros de Conciliación especializados en Familia debidamente autorizados por el Ministerio de Justicia, los usuarios que acudan a la Fiscalía de Familia serán en su mayoría aquellos que no puedan acudir a un centro de conciliación debido a su inexistencia en su localidad, la imposibilidad de sufragar el costo del servicio o su mayor confianza en la Fiscal por tratarse de una autoridad.

En base a las razones expuestas precedentemente podemos señalar que la conciliación fiscal aunque posibilitará una intervención más integral de las Fiscales de Familia, no brindará un mayor acceso a la justicia hacia una solución más cercana de sus conflictos si tenemos en cuenta la poca

cantidad de fiscalías de familia a nivel nacional, alrededor de 56<sup>7</sup> y su lejanía frente a sus usuarios potenciales.

Por ello, consideramos que si el objetivo era el brindar un mayor acceso a la justicia junto a las facultades de conciliación otorgada a la Fiscalía la cual sin duda redundará en un abordaje más integral de los problemas que tiene bajo su conocimiento, también se debió fortalecer la labor que vienen desarrollando las Defensorías del Niño y el Adolescente, las cuales de acuerdo al inciso c del 45 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, tienen las facultades de conciliar en alimentos, tenencia y régimen de visitas, teniendo incluso el mérito de título de ejecución de acuerdo a la Ley 27007, lo cual no se ha podido implementar como es debido a pesar del tiempo transcurrido en razón a que en el artículo 4 de la mencionada Ley, otorgó facultades al MINDES (Ministerio de Desarrollo Social) a fin de que autorice, supervise y lleve el Registro del funcionamiento de las Defensorías, que tengan las facultades de conciliación con Título de Ejecución, siendo por ejemplo en Lima, únicamente seis defensorías son las que han cumplido los requisitos exigidos por la Res. Ministerial N° 18-2000-PROMUDEH y se encuentran autorizadas para llevar a cabo conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución. Por ello consideramos que teniendo en cuenta que las más de 600 Defensorías Municipales del Niño y el Adolescente, que vienen funcionando desde hace 10 años, se encuentran en el 80% de provincias del país<sup>8</sup>, el que la mayoría de ellas no pueda llevar a cabo acuerdos con título de ejecución es un problema que debe ser resuelto con suma urgencia a fin de posibilitar el acceso a una justicia cercana, barata y rápida en materia familiar.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Información actualizada a diciembre del 2004, proporcionada por el área de estadística del Ministerio Público.

<sup>8</sup> Fuente <http://www.accionporlosninos.org.pe/ENACCD.HTM>

<sup>9</sup> En Lima hay 5 DEMUNAs cuyos acuerdos son títulos de ejecución (Villa el Salvador, La Perla, Santiago de Surco, Barranco, La Molina) y se encuentran en trámite 5 Chaclacayo, Puente Piedra, Surquillo, Miraflores e Independencia), los distritos que cuentan con los requisitos para solicitar el título de ejecución son : Lince, San Luis, San Juan de Miraflores, Santa Anita y Ate Vitarte. A nivel nacional, hay 1 DEMUNA cuyas actas tienen título de ejecución en las siguientes ciudades: Ica, Huancayo, Arequipa y Trujillo. Por esta razón podemos decir que a nivel nacional sólo hay 9 DEMUNAS con título de ejecución.