

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**TRATAMIENTO JURIDICO DE LA CONCILIACION EN
MATERIA DE FAMILIA EN LA LEGISLACION PERUANA.**

Tesis para optar el Título profesional de Abogada

Bach. PATRICIA SALAZAR RIVERA

ASESORA:

Abog. PATRICIA AMALIA GAMARRA BENITES

Huaraz-Ancash- Perú

2018



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación - RENATI
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: SALAZAR RIVERA PATRICIA

Código de alumno: 101.1604.651 Teléfono: 942700833

Correo electrónico: grivera2393@gmail.com DNI o Extranjería: 71628806

2. Modalidad de trabajo de investigación:

- Trabajo de investigación Trabajo académico
 Trabajo de suficiencia profesional Tesis

3. Título profesional o grado académico:

- Bachiller Título Segunda especialidad
 Licenciado Magister Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

TRATAMIENTO JURIDICO DE LA CONCILIACION EN MATERIA DE FAMILIA EN LA LEGISLACION PERUANA

5. Facultad de: DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

6. Escuela, Carrera o Programa: DERECHO

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: Abog. GAMARRA BENITES PATRICIA AMALIA Teléfono: 944694776

Correo electrónico: procurahuaraz@hotmail.com DNI o Extranjería: 31673831

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: 

D.N.I.: 71628806

FECHA: 29 agosto 2018

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Por estar conmigo en todos los instantes de mi existencia e iluminarme cada día y por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos.

A MI MADRE: YOLINDA

Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante, por transmitirme su valentía y sobre todo por su amor.

A MI PADRE: TEOGONIO

Por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante y por su gran amor que me muestra cada día.

A MI ASESOR Y MAESTROS

De cuyos conocimientos me he nutrido.

DEDICATORIA

A mis padres y hermanos por todo su apoyo, por ser un ejemplo de esfuerzo y lucha constante, gracias al cual he logrado alcanzar las metas propuestas en mi vida.

A mi novio quien me apoyo y alentó para continuar, cuando parecía que no iba a rendir.

A mis maestros por compartir sus conocimientos y enseñanzas quienes marcaron cada etapa de mi vida universitaria y mi asesora quien me ha apoyado constantemente para la elaboración de la presente tesis.

Patricia.

INDICE

RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.Descripción del problema	3
1.2. Formulación del problema	4
1.2.1. Problema general.....	4
1.2.2. Problemas específicos	4
1.3. Importancia del problema	4
1.4. Justificación y viabilidad.....	5
1.4.1. Justificación teórica.....	5
1.4.2. Justificación práctica	5
1.4.3. Justificación legal.....	5
1.4.4. Justificación metodológica.....	6
1.4.5. Justificación técnica	6
1.4.6. Viabilidad	6
1.5. Formulación de objetivos.....	7
1.5.1. Objetivo general	7
1.5.2. Objetivos específicos.....	7
1.6. Formulación de hipótesis	8

1.6.1. Hipótesis general	8
1.6.2. Hipótesis específicas	8
1.7. Variables	9
1.8. Metodología	10
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	10
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico... ..	15
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información	16
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información.....	17
1.8.5. Técnicas de análisis de datos y/o información	17

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	19
2.2. Bases teóricas	26
2.2.1. Teoría jurídica	26
2.2.2. Variables	29
2.3. Definición de términos	40

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultado doctrinario	42
3.2. Resultado normativo	46

3.3. Resultados jurisprudenciales.....	49
--	----

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria	51
4.1.1. Posturas o argumentos a favor.....	51
4.1.2. Posturas o argumentos en contra	52
4.1.3. Posición o argumentos personales	53
4.2. Discusión normativa	54
4.2.1. Análisis o discusión de la normativa interna	54
4.2.2. Análisis de la normativa internacional	55
4.3. Discusión jurisprudencial.....	55
4.4. Validación de hipótesis	56
4.4.1. Validación de hipótesis general	56
4.4.2. Validación de hipótesis específicas	58
CONCLUSIONES	61
RECOMENDACIONES	63
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

RESUMEN

El propósito de la siguiente investigación fue determinar el tratamiento jurídico de la conciliación extrajudicial en materia de familia, respecto a la pensión y régimen de visita, debido a que, en nuestro ordenamiento jurídico peruano, después de la modificatoria de la ley de conciliación extrajudicial N° 26872, el cual ha generado que se presenten antinomias.

Para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático, utilizando el nivel descriptivo, empleando la técnica documental y especialmente la argumentación jurídica y análisis de contenido para la elaboración del marco teórico y la discusión, luego de analizado el tema dio como resultado que la hipótesis fue probada pues se ha demostrado que El tratamiento normativo de la aplicación de la conciliación extrajudicial en temas de familia, presenta antinomias, entre los artículos 7° y 9° de la Ley N° 26872, ello debido a la modificatoria que hizo el Decreto Legislativo N° 1070, mediante ley N° 29157.

Palabras clave: antinomias, conciliación extrajudicial, materia de familia, ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

The goal of this investigation was to determine the legal treatment of extrajudicial conciliation regarding family matters, in respect of the pension and visitation system, because the amendment of the extrajudicial Conciliation Law N° 26872 caused antinomies in our current Peruvian legal system.

In order to reach this purpose, we carried out a research of a dogmatic nature, using the descriptive level, the documentary technique and, especially, the legal argumentation and content analysis for the elaboration of the theoretical framework and the discussion. After analyzing the subject, the hypothesis was confirmed as true, since it was demonstrated that the normative treatment of the application of extrajudicial conciliation in family matters presents antinomies, between articles 7° and 9° of Law N° 26872. This happened due to the modification made by Legislative Decree N° 1070, through Law No. 29157.

Key words: antinomies, extrajudicial conciliation, family matters, judicial order

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación fue realizado para analizar de que, como se presentan las antinomias en la ley de conciliación extrajudicial N° 26872, ello debido a la modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1070, entre sus artículos 7° y 9° y como ello ha generado discrepancia, disconformidad en los sujetos procesales. Además, la conciliación extrajudicial no solo busca resolver el conflicto en fondo, sino lo más importante que se quiere ganar a través de ello es la cultura de paz, la armonía en familia, la hermandad. La investigación es relevante social pues el problema respecto a temas de familia (pensión de alimentos, régimen de visitas) es algo que suscita continuamente y gran escala, es por ello lo que se busca la manera más rápida y eficaz para solucionar el conflicto.

En el capítulo I se abordó los problemas, objetivos generales y específicos, así como la metodología que se utilizó, su justificación, viabilidad y la formulación de hipótesis.

En el capítulo II del trabajo de investigación se desarrolló los antecedentes de la ley de conciliación extrajudicial en el Perú, en el derecho comparado, con la finalidad de explicar las bases teóricas.

En el capítulo III se ha obtenido los resultados doctrinarios, normativos además se hizo un análisis con el derecho comparado sobre el tratamiento de la ley de conciliación extrajudicial, y como este se desarrolla en temas de familia.

Finalmente, después de todo el proceso de exhaustiva interpretación normativa, doctrinaria que se hizo en la siguiente investigación, se dio respuesta a los problemas planteados, expresando conclusiones propositivas, recomendaciones, sobre la conciliación extrajudicial en materia de familia.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del Problema

Actualmente podemos apreciar que el tema de la conciliación es uno de los mecanismos alternativos para solucionar un conflicto y está regulado mediante la ley N° 26872 Ley de conciliación extrajudicial; después de la modificatoria de la presente ley, mediante el decreto legislativo N° 1070, y con la Ley N° 29157 ha generado que exista controversia entre sus artículos específicamente entre el artículo 7° y el artículo 9° ambos referidos a temas de familia respecto a régimen de visitas y la pensión de alimentos y así generando que existe antinomias, el cual conlleva a una contradicción donde el artículo 7° menciona que la conciliación es obligatoria y el artículo 9° menciona que es facultativa, si este continua se estaría perjudicando el interés superior del niño, al momento de establecer que es facultativo, debido a que se tendría que recurrir al poder judicial a realizar el trámite correspondiente, el cual es muy engorroso y a ello se le suma la carga procesal que existe en los juzgados de familia, y pues ello hace que el tiempo se dilate aún más, además se estaría retrocediendo el cual afecta la finalidad de la conciliación extrajudicial como promoción familiar y cultura de paz.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿Cuál es el tratamiento normativo que plantea la Ley N° 26872 respecto a la conciliación extrajudicial en materia de familia en los casos de régimen de visitas y pensión de alimentos?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿De qué modo se presentan las antinomias entre los artículos 7° y 9° de la ley de conciliación extrajudicial respecto al régimen de visitas y a la pensión de alimentos?
- ¿Qué ventajas presenta el artículo 7° al establecer la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial respecto al régimen de visitas y pensión de alimentos?
- ¿Qué limitaciones otorga el carácter facultativo del artículo 9 de la ley de conciliación extrajudicial respecto al régimen de visitas y a la pensión de alimentos?

1.3. Importancia del Problema

La conciliación extrajudicial es importante por ser un medio alternativo de solución de conflictos y, el proceso no es tan largo como los procesos judiciales, por ello en temas de familia facilitaría la solución del problema; además es importante porque la ley N° 26872 “ley de conciliación extrajudicial” presenta antinomias entre sus artículos 7° y 9° generando así un conflicto para la aplicación.

1.4. Justificación y Viabilidad

1.4.1. Justificación Teórica

La presente investigación se ha justificado teóricamente los conceptos de la conciliación extrajudicial y también la determinación de cómo se presentan las antinomias entre los artículos 7° y 9° de la ley N° 26872. Es así que se ha establecido la insuficiencia normativa de la ley mencionada al establecer la obligatoriedad y al mismo tiempo establecer que sea facultativo.

1.4.2. Justificación Práctica

La investigación es relevante práctica, pues el tratamiento jurídico de ley de conciliación extrajudicial en temas de familia, es un fenómeno que aqueja continuamente a las partes quienes buscan la solución más rápida a los conflictos que se presentan; como hemos mencionado los temas familiares son susceptibles por ello mismo se debe de dar un tratamiento especial para así no quebrantar los lasos familiares.

1.4.3. Justificación Legal

- a) Constitución Política del Peru de 1993
- b) Ley universitaria N° 27333
- c) Estatuto de la UNASAM
- d) Reglamento General de la UNASAM
- e) Ley de Conciliación Extrajudicial N° 26872

1.4.4. Justificación Metodológica

En el presente trabajo de investigación se aplicó el tipo de investigación Dogmática, con nivel de diseño descriptivo, y tipo de diseño no experimental u observacional, con técnicas e instrumentos de recolección de datos y el recojo de información del trabajo de campo a través de la técnica documental, que es aquella que utiliza textos (u otro tipo de material intelectual impreso o grabado) como fuentes primarias para obtener sus datos. No se trata solamente de una recopilación de datos contenidos en libros, sino que se centra, más bien, en la reflexión innovadora y crítica sobre determinados textos y los conceptos planteados en ellos¹. Asimismo, se empleó como instrumento las fichas, especialmente las literales y las de resumen; la técnica de Validación de la argumentación Jurídica.

1.4.5. Justificación Técnica

En cuanto a la justificación técnica se cuenta con el soporte técnico necesario, habiéndose previsto una laptop personal, impresora y los programas de Windows como son Office 2016 (Ms Word, MS Excel, y Power Point); los que fueron empleados en la etapa de elaboración del proyecto de investigación; planificación, ejecución del presente informe final de tesis.

1.4.6. Viabilidad

Acerca de la viabilidad de la presente investigación, se puede afirmar que cuenta con viabilidad tanto: económica, bibliográfica, técnica y

¹ CAMPOS OCAMPO, Melvin. *Métodos y Técnicas de Investigación Académica: Fundamentos de Investigación Bibliográfica*. Costa Rica, 2009, p. 17.

metodológica. En primer lugar, en lo que se refiere a la viabilidad económica, se cuenta con los recursos para poder afrontar los gastos que ocasione el desarrollo de la presente investigación, los que serán cubiertos con recursos propios, la investigación será autofinanciada. En segundo lugar, existe abundante y variada información bibliográfica, tanto física como digital, disponible en la biblioteca de la Universidad, así como en internet, los mismos que servirán para el desarrollo del marco teórico de la investigación. En tercer lugar, la viabilidad técnica está garantizada con el uso del soporte informático, los programas de Microsoft Office 2016, el uso de las tecnologías de la Información y la comunicación, las conocidas TICs. y, por último, en cuanto a la viabilidad metodológica, desde el inicio se contó con el apoyo de un asesor para la realización del proyecto de investigación y el presente informe final de tesis.

1.5. Formulación de Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Analizar el tratamiento normativo que plantea la ley N^a 26872 respecto a la conciliación extrajudicial en materia de familia, en los casos de régimen de visitas y pensión de alimentos.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Explicar de qué modo se presentan las antinomias entre el artículo 7° del artículo 9° de la ley de conciliación extrajudicial respecto a régimen de visitas, pensión de alimentos.

- Explicar las ventajas que presenta el artículo 7° que tiene el carácter de exigibilidad de la conciliación extrajudicial respecto a régimen de visitas, pensión de alimentos.
- Explicar las limitaciones que otorga el carácter facultativo del artículo 9° de la ley de conciliación extrajudicial respecto a regímenes de visitas, pensión de alimentos.

1.6. Formulación de Hipótesis

1.6.1. Hipótesis General

El tratamiento normativo que plantea la Ley N° 26872, respecto a la conciliación extrajudicial en materia de familia en los casos de regímenes de visitas y pensión de alimentos, es ambiguo, en razón que entre los artículos 7° y 9° de la mencionada norma se presentan antinomias.

1.6.2. Hipótesis Específicas

- Se presentan antinomias entre los artículos 7° y 9° de la ley de conciliación extrajudicial, cuando se establece que es obligatoria y a la vez facultativa la conciliación extrajudicial en materia de familia respecto a regímenes de visitas y pensión de alimentos.
- El artículo 7° otorga ventajas al establecer la obligatoriedad de la conciliación en el régimen de visitas y en la pensión alimenticia, pues al ser obligatoria, el cual constituye en ayudar a las partes a encontrar una solución que posibilita el restablecimiento familiar.
- El artículo 9° de la ley N° 26872 contiene limitaciones al establecer el carácter facultativo de la conciliación respecto al régimen de visitas y

de pensión de alimentos, en cuanto constituye un retroceso en la promoción de la conciliación familiar como un medio que educa y fomenta la sociedad como cultura de paz.

1.7. Variables

La conciliación extrajudicial en la legislación peruana.

Indicadores

- Definición de conciliación
- La conciliación en materia de familia
- Definición de alimentos
- Definición de regímenes de visitas

Las antinomias en la conciliación extrajudicial en materia de familia, respecto a regímenes de visita y pensión de alimentos.

Indicadores

- Antinomias entre los artículos 7° y 9° de la ley N° 26872 “ley de conciliación extrajudicial”
- Ventajas del artículo 7° de la ley N° 26872 “ley de conciliación extrajudicial”
- Limitaciones del artículo 9° de la ley N° 26872 “ley de conciliación extrajudicial”

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

Esta investigación corresponde a una investigación Dogmática – Teórica -Descriptiva, ya que “estudia la funcionabilidad del Derecho en la realidad así como el funcionamiento del derecho en la sociedad”.²

La Investigación Dogmática está referida a una investigación llevada a cabo desde un punto de vista interno al sistema jurídico, esto es, que acepta el valor normativo de las disposiciones del derecho positivo, pero que no pretende llevar esa convicción al extremo de atribuirle propiedades místicas, como la de encerrar una única respuesta correcta para todos los problemas o ser completo, o ser semánticamente unívoco. Pienso que es posible practicar una dogmática que acepte el papel valorativo que tiene la interpretación del derecho positivo. Sólo que aspira a que esa valoración también se cumpla de manera racional, sin mistificar significaciones naturales que no existen. Por lo cual esta investigación corresponde al tipo Dogmática o Formal ya que *estudia las estructuras del Derecho, el derecho en abstracto*.³ Asimismo se puede establecer de acuerdo al tema de investigación de la tesis es de naturaleza teórica, debido a que se realizará el análisis y discusión, sobre los conceptos relacionados a las variables del problema de investigación, realizando un análisis de la ley de conciliación extrajudicial, su

² PADUA J. *Técnicas de Investigación*. México, FCE-Colegio de México, 1982, p. 246.

³ ROBLES TREJO, Luis Wilfredo. *Guía Metodológica Para la Elaboración del Proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial FFECAAT, Lima, 2014. p. 44.

aplicación y tratamiento normativo en materia de familia en la legislación peruana.

Método hermenéutico. La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme, pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, a la voluntad soberana del pueblo. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método. Existen muchos métodos de interpretación (sistemático, histórico, funcional, restrictivo exegético, sociológico, etcétera) empero, la solución correcta a la dicotomía debe ser siempre congruente y compatible con los anhelos e ideales de la sociedad de que se trate para que de esa forma se obtenga un sistema jurídico válido y a la vez eficaz (válido en cuanto no contraría la norma fundamental y eficaz en cuanto a que se respeta y cumpla) capaz de garantizar la vigencia del Estado de Derecho; por ello la interpretación hermenéutica niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la interpretación con el todo del sistema normativo que se presume integro, sin lagunas jurídicas; por ello el intérprete del derecho dispone con anticipación del sentido que

constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

En el caso de nuestra investigación se aplicará en el análisis de los artículos 7° y 9° de la ley N° 26872 en materia de familia sobre pensión de alimentos y régimen de visita y de qué manera se solucionará las antinomias que existen entre los artículos mencionados.

Método de la Argumentación Jurídica. - La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo. En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere, de los indicios, la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la única explicación práctica posible de tales indicios.

En nuestra investigación utilizaremos la investigación jurídica cuando explicamos las antinomias entre los artículos 7° y 9° de la ley N° 26872.

Método Exegético. - Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes

a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

En el caso de nuestra investigación se aplicará en el análisis de los artículos 7º y 9º de la ley N° 26872 en materia de familia sobre pensión de alimentos y régimen de visita. Donde se presenta las antinomias y cuál es el tratamiento que se le va dar.

Diseño

En cuanto al diseño que pertenece la presente investigación, es un diseño *transversal*⁴ a razón que nos interesa conocer cuál es la situación en que se encuentra el sistema en un momento único, esta investigación tiene como finalidad será recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables del estudio; analizar el estado de la cuestión de la misma en un momento dado. Además La presente investigación corresponde al *Diseño No Experimental*⁵ debido a que carecerá de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, tomando datos de la doctrina, jurisprudencia y la normatividad, es decir “cuando no existe intervención planificada del investigador (no tiene control de las variables durante el estudio)”⁶

⁴ ROBLES TREJO, Luis Wilfredo. *Op. Cit.* p. 47.

⁵ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros, *Metodología de la Investigación Jurídica*. Editorial McGrawHill, México, 2010. p. 151.

⁶ ROBLES TREJO, Luis Wilfredo. *Op. cit.* p. 47.

Asimismo, la presente investigación es descriptiva ya que permite describir las situaciones y eventos. Esto es, decir como es y se manifiesta determinado fenómeno. Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos y comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis.⁷ También es conocida como la investigación estadística, describen los datos y este debe tener un impacto en las vidas de la gente que le rodea.⁸ Resultando importante señalar que, el objetivo de la investigación descriptiva consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas.

El objetivo principal es saber por qué y para qué se está realizando.⁹

El nivel de investigación de este trabajo es Científico; por cuanto tiene como objetivo la explicación, predicción de un fenómeno a fin de obtener un conocimiento científico.¹⁰ Además responde a un nivel de investigación científica de estudio explicativo (al describir un fenómeno en un determinado espacio y tiempo), mediante la cual se comprobaba la hipótesis durante la investigación científica.¹¹

⁷ BRIONES Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación*. Trillas, 1995. p. 145.

⁸ SABINO, Carlos A. *El Proceso de Investigación*. Buenos Aires, Editorial Lumen, 1996. p. 321.

⁹ FERNANDEZ BAPTISTA, Hernández. *Metodología de la investigación*. Mcgraw Hill. Colombia, 1994. p 245

¹⁰ DELGADO, J y GUTIERREZ, J. *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales, síntesis*. Madrid, 1994.

¹¹ GAMBARA, H. *Métodos de Investigación en psicología y Educación*. Cuaderno de prácticas. Tercera edición, McGraw - Hill: Madrid, 2002. p. 451.

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

El recojo de información del trabajo de campo se realizará a través de la Técnica documental, empleándose todo tipo de instrumentos que permitan obtener más información sobre el tema investigado, obteniendo todos los datos necesarios que permitan resolver el problema planteado. En la presente investigación se aplicarán la técnica documental y el fichaje, así como la técnica de la validación Jurídica. La investigación documental es la presentación de un escrito formal que sigue una metodología reconocida que consiste primordialmente en la presentación selectiva de lo que expertos ya han dicho o escrito sobre un tema determinado. Además, puede presentar la conexión de ideas entre varios autores y las ideas del investigador. Su preparación requiere que éste reúna, interprete, evalúe y reporte datos e ideas en forma imparcial, honesta y clara.¹² Es el proceso de recopilación y extracción de datos importantes en nuestro proceso de aprendizaje, de las fuentes bibliográficas como: libros, revistas, periódicos, internet, y fuentes no bibliográficas, que son objeto de estudios. Las fichas tienen forma rectangular de diversos tamaños, que debemos tener a la mano para cualquier trabajo, que debemos guardarla en un fichero, ordenando por orden alfabético, por temas y por otras índoles de nuestro interés.¹³

¹²VELIA MONTEMAYOR María y otros. *Guía para la Investigación Documental*. Lima, Editorial Trillas, 2004, p. 252.

¹³COLECTIVO DE AUTORES. *Metodología de la Investigación Educativa: Desafíos Y Polémicas Actuales*. La Habana, Cuba, Editorial Félix Varela, 2003, p.326.

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogimos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.¹⁴ También se aplicará la ficha de análisis de contenido para poder realizar la doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitará áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de discusión.¹⁵ Para el estudio de la normatividad se realizará a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.¹⁶

Finalmente para la validación de las hipótesis, se formulará en la ejecución del proyecto, el diseño del Trabajo Operacional¹⁷, que tiene como objetivos; trabajar con la información vertida por la muestra en el trabajo de campo a fin de procesar esta información con técnicas de investigación apropiadas para esta investigación teórica, que permitan dar confiabilidad y validez a los datos y la información a efecto de validar la hipótesis, siguiendo el método de la argumentación, a fin de justificar

¹⁴ VELIA MONTEMAYOR María y otros. *Ibíd.*, p.98.

¹⁵ ARÍO GARZA, Mercado. *Manual de Técnicas de la Investigación para estudiantes de ciencias sociales*. El Colegio de México. 2000, p. 123.

¹⁶ FRIDA ORTIZ, María Pilar. *Metodología de la Investigación: el proceso y sus técnicas*. Lima, Editorial Limusa, 2010, p. 156.

¹⁷ ECO, Humberto. *Como se hace una Tesis* (versión castellana traducida de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibañez). España, Editorial Gedisa, 1997, p. 219.

tanto en el plano interno como externo los planteamientos de la investigación.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

Para recopilar la información necesaria e indispensable para lograr los objetivos de la investigación se utilizará la Técnica del análisis Documental, cuyo instrumento será el análisis de contenido; además de la técnica bibliográfica, con los instrumentos de las fichas Textuales y de Resumen.

Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleará el Método de la Argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del enfoque cualitativo lo que nos posibilitará recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no empleará la estadística, sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.

1.8.5. Técnicas de análisis de datos y/o información

Un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado con número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la

interferencia estadística.¹⁸ Se desarrolla mediante la técnica analítica¹⁹ en la cual se comprueba la hipótesis y se obtienen las conclusiones. Se puede aplicar el procedimiento general que consiste en la revisión de objetivos propuestos y la revisión de variables y sus dimensiones. La técnica del Resumen Analítico, como su nombre lo indica, consiste en la elaboración de un análisis resumido de un texto determinado. Es una síntesis de los conceptos, planteamientos, propuestas o ideas, siguiendo la organización estructural del texto original, destacando sus elementos esenciales. Es decir, no se puede obviar ni la forma estructural del texto, ni la coherencia interna, además de mantener, la idea central o principal motivo del contenido.²⁰ Con esta técnica se busca descubrir la relación entre las ideas principales y las secundarias o derivadas que sustentan el texto. Es importante recordar que las ideas secundarias son aquellas que ejemplifican, aclaran, describen o amplían la idea principal.²¹

¹⁸ ROBLES TREJO, Luis. *Op. Cit.* p. 74.

¹⁹ HERNANDEZ, Roberto; FERNANDEZ, Carlos y Pilar BAPTISTA. *Metodología de la Investigación*. Cuarta Edición, México, Editorial McGraw-Hill, 2005, p. 479.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Técnicas de estudio, como instrumentos que ayudan y facilitan la construcción del conocimiento*. En: www.e-learning.edu.ve.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Antecedentes Generales

La conciliación ha pasado por varias etapas para consagrarse como existe en la actualidad entre ellos veremos las etapas.

2.1.1.1. Regulación a nivel constitucional

2.1.1.1.1. La constitución de Cádiz de 1812: la constitución de Cádiz, en su libro en el capítulo ii, sobre administración de justicia en lo civil, contiene tres artículos que hacen mención a la conciliación.

(...) “el alcalde de cada pueblo ejercerá en el oficio de conciliador , y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto”²²

Es así que el alcalde como persona respetable tenía esa obligación de conciliar, al respecto varios autores señalan que la constitución de Cádiz no tuvo vigencia en nuestro país, sin embargo, dejó grandes enseñanzas para solucionar conflictos cotidianos que se podían generar en esa época en nuestra querida patria que es el Perú.

²² PINEDO AUBIAN, Martín *.la conciliación extrajudicial problemas más frecuentes y soluciones*. Lima, editorial Gaceta jurídica, primera edición, 2017.p 46.

2.1.1.1.2. La constitución política del Perú de 1823: posteriormente, en los inicios de la república.

.En los inicios de la república se dictó la constitución política de la república peruana sancionada por el primer congreso constituyente el 12 de noviembre de 1823, regulando la institución de la conciliación previa en el capítulo VIII dictado por el poder judicial, cuyo artículo 120° prescribía “no podrá entablarse demanda alguna civil, sin haberse intentado la conciliación ante el juez de paz”²³

2.1.1.1.3. La Constitución Política del Perú de 1826.La constitución de 1826 contempló esta institución en el capítulo V, de la administración de justicia, cuyo artículo 112° señalaba “habrá jueces de paz en cada pueblo para las conciliaciones; no debiéndose admitir demanda alguna civil, o criminal de injurias, sin este previo requisito.

Para esta constitución la justicia de paz deja de ser una función del alcalde para convertirse en un rol municipal, al señalar su artículo 124 que “los destinos de los alcaldes y jueces de paz son concejiles, y ningún ciudadano sin causa justa podrá eximirse de desempeñarlos”, y adquiere importancia al otorgarse a los jueces de paz amplia potestad conciliatoria, como condición previa al desarrollo de los procesos en otras instancias, dándose importancia a la aplicación de la lógica

²³ Ibídem. p. 47

cotidiana antes que la lógica formal para la solución de conflictos”²⁴

2.1.1.1.4. La constitución política del Perú de 1828.La constitución de 1828 regulo la justicia de paz en el rubro dedicado a la administración de justicia y reafirma la capacidad conciliatoria de los jueces de paz, al establecer en su título sexto sobre Poder Judicial y administración de justicia, específicamente en el artículo 120° que “en cada pueblo habrá jueces de paz, para las conciliaciones, sin cuyo requisito, o el de haberla intentado, no se admitirá demanda alguna civil, criminal de injurias, salvo las acciones fiscales y demás que exceptúe la ley”

Es así que la regulación constitucional de la conciliación previa tenía la característica más saltante la de la obligatoriedad de intentar un acuerdo satisfactorio entre las partes antes de acudir al Poder Judicial, recayendo en el alcalde primero, y luego en el juez de paz.²⁵

2.1.1.2. Regulación a nivel normativo

2.1.1.2.1. Primera etapa: en esta etapa se encuentran la conciliación previa al proceso, el cual era obligatorio y se daba por el juez y son los siguientes:

a) El código de procedimientos judiciales de santa cruz.

²⁴ *Ibíd.* p. 48

²⁵ *Ibíd.* p. 49

Es el antecedente más lejano, el cual proviene de 1836, en donde la conciliación se hacía previo a la demanda ante un Juez de Paz. Según el artículo 119º “no se admitirá demanda civil, sin que la acompañe un certificado del juez de paz que acredite haberse intentado el juicio conciliatorio, bajo pena de nulidad, excepto en casos que no sean necesarios” texto mencionado de²⁶

b) El código de enjuiciamiento civiles de 1851

La siguiente norma siguió estableciendo que la conciliación era obligatoria y previa al proceso, denominándolo “juicio escrito” en su artículo 284º: “la conciliación debe proceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito, excepto en los casos que expresa este artículo”²⁷

2.1.1.2.2. Segunda etapa: la conciliación dentro del proceso.

a) El código de procedimientos civiles.

Era uno de los logros que había obtenido el código procesal civil donde primó el principio jurídico de la verdad material o real. Es decir, se caracterizó por su ritualismo, por las formas sacramentales el que heredo del derecho romano. Todo ello es indicadores que el código procesal civil está inmerso al principio de la verdad real.²⁸

²⁶ ORTIZ NISHIHARA, Freddy .*la conciliación extrajudicial*. lima, editorial, santos marcos, edición, 2000.p 41

²⁷ ORTIZ NISHIHARA, Freddy. *Ibidem*. p 42

²⁸ SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro .*la conciliación judicial y extrajudicial*. Lima, editorial, forenses, primera edición, 1998. pp 34-35

b) Código de procedimientos civiles de 1912.

Hasta 1912, pues, existió en el Perú una forma de conciliación que tuvo las siguientes características: previa, y obligatoria y ante el juez especializado, llamado de paz, no ante el juez de litigio. Posteriormente en el código de procedimientos civiles, aprobado por ley N° 1550, del 15 de diciembre de 1911 y vigente desde 28 de julio de 1912.

c) Código procesal civil de 1993.

A diferencia de su antecesor de 1912, y hasta antes de la modificatoria contenida en el decreto legislativo N° 1070 del 28 de junio de 2008 el código procesal civil de 1993 si regulaba la institución de la conciliación, pero con el carácter de ser una audiencia obligatoria que debía realizar el juez al anterior del proceso, perdiendo su carácter de ser procesal. Durante su vigencia se estableció la conciliación procesal.²⁹

2.1.1.3. Regulación a nivel legislativo.

Tercera etapa. La ley N° 26872.

A fines de 1992, con el apoyo del programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) se comenzó a analizar y discutir el problema de la administración de justicia en nuestro país convocándose a una Comisión de Reestructuración integrado por representantes del Ministerio Público,

²⁹ PINEDO AUBIAN, Martin. Op cit p 57.

INDECOPI, el Colegio de Abogados, la Cámara de Comercio de Lima, entre otros.

Una de sus conclusiones fue el reconocimiento de los MARC`s como una forma de mejorar la administración de justicia.

A partir de 1995 se inició el proyecto para la difusión e implementación de los MARC`s en el Perú con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (APENAC), introduciéndose el tema el tema de resolución de conflictos en diferentes áreas.

De esa manera se presentaron varios proyectos de ley como el N° 1948-96-CR por el congresista Jorge Muñoz Ziches, el N° 1961-96-CR por el congresista Jorge Avendaño Valdez entre otros.

(...), finalmente el 12 de noviembre de 1997 se promulgo la ley de conciliación N° 26872, Publicado el día siguiente en el Diario Oficial el Peruano.³⁰

2.1.2. Antecedentes específicos

Antecedentes nacionales

Después de la revisión de la Biblioteca digital de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la que se encuentran más de cien tesis; se encontró el siguiente trabajo similar a nuestro tema de investigación.

³⁰ ABANTO TORRES, Jaime *.la conciliación extrajudicial y la conciliación judicial*. Lima, editorial, grigley, edición, 2010. pp 45-46

Pineda Aubian, Francisco Martin “la conciliación extrajudicial en el Perú: análisis de la ley N° 26872 y perspectivas de su eficacia como medio alternativo de resolución de conflictos, 2003, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, abogado “si bien es cierto la conciliación es obligatoria en temas de familia y laboral, quedando suspendidos en su obligatoriedad, somos de la idea que se debe implementar la obligatoriedad en temas de familia ya que su incidencia es mucho mayor a nivel judicial y la conciliación en temas de familia puede proveer un espacio de dialogo más idóneo que el clima judicial (...)”

Antecedentes locales

Después de la revisión en la biblioteca de nuestra casa superior la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mávalo, se encontró la siguiente:

Milla Cochachin, Omar “imprecisiones vacías y definiciones de la legislación extrajudicial ,2001, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, abogado, “la ética del conciliador en el desarrollo de la audiencia conciliatoria transita por: a) el respeto a la solución del conflicto al que arriben las partes, voluntaria y libremente. B) el desarrollo de un procedimiento de conciliación libre de presiones, con participación de las partes y el comportamiento objetivo e íntegro del conciliador, para obtener un acuerdo satisfactorio de los conciliantes (...)”

Antecedentes en post grado

De la revisión de las diferentes investigaciones en la escuela de post grado de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Huaraz, no se ha encontrado registrado algún antecedente que guarde relación al problema a tratar en la investigación que vengo realizando.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Teorías Jurídicas.

2.2.1.1. Teoría trialista

El Trialismo Jurídico entiende el derecho desde la integración de tres dimensiones: la dimensión sociológica, compuesta por hechos, la dimensión nomológica, compuesta por normas, y la dimensión dikelógica, compuesta por la justicia. Cada una de estas dimensiones contiene una serie de categorías, las cuales permiten relaciones, tanto internas como externas, y la integralidad del derecho como objeto de estudio. Abordar la conciliación desde la teoría del derecho implica reconocerla como un mecanismo altamente regulado y que tiene como finalidad la paz social.

- Dimensión sociológica: la dimensión sociológica está dividido por esquemas, los cuales van a facilitar la audiencia de la conciliación extrajudicial, los cuales son objetos a repartir, los beneficiarios, los repartidores.

- Dimensión nomológica: La dimensión nomológica que importa al fenómeno de la conciliación extrajudicial en derecho se despliega

mediante la norma, donde la norma expresa la voluntad de su creador se puede decir que la norma es fiel; si a su vez la norma expresa la voluntad de su autor.

- Dimensión dikelogica: Con ello el conciliador hace la crítica para verificar si tanto los repartos como la norma creada son justos.³¹

2.2.1.2. Teoría jurídica general de los derechos fundamentales.

A continuación, se describe la teoría que ayudara al sustento del tema de investigación consistente en derechos fundamentales, tendiente a procurarlos y garantizarlos.

Una teoría general de los derechos fundamentales de la ley fundamental es una teoría en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestaciones, su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares (...).³²

La teoría denominada teoría jurídica general de los derechos fundamentales es una teoría integradora, que pretende abarcar lo más amplio posible los enunciados correctos y verdaderos.

³¹ ARIEL RASCON. *sobre una teoría trialista de la conciliación*.
file:///C:/Users/arome/Downloads/649-1368-1-SM%20(1).pdf.

³² ROBERT alexy, *teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, fateso S.A. 1993. P.34

2.2.1.3. Convención sobre los derechos del niño.

Los derechos de la infancia están plenamente estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989. La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además, la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana. La Convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los Estados firmantes. Estos países informan al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que han adoptado para aplicar lo establecido en la Convención.

En uno de sus principios menciona lo siguiente:

Principio 2: «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin,

la consideración fundamental que se atenderá, será el interés superior del niño.».³³

2.2.2. Variable (V1)

2.2.2.1. La conciliación extrajudicial

Historia

la conciliación desde sus albores ha tenido como fin primordial servir de remedio a situaciones en conflicto.

Etiológicamente la conciliación proviene del verbo **conciliare**, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar dos partes que se debaten en una controversia de intereses o en disidencia. Esto nos lleva a decir que la conciliación tiene como condicionante el conflicto y como presupuesto la existencia de más de una voluntad.³⁴

La conciliación no es un término novedoso, en cambio se inscribe dentro de las primeras prácticas del hombre, ya que éste, desde los inicios de la sociedad, precisó mediación por la confrontación de sus deseos con los de los otros. La necesidad social de protección y de propender por una igualdad entre los integrantes de la colectividad, marca el momento en que aparece el derecho

³³ Convención sobre los derechos del niño
<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

³⁴ TUMES RISCO, Carlos, *centro de formación y capacitación de conciliadores del colegio de abogados del cono norte*. p 14

como elemento de trato justo entre los hombres y como arma conciliatoria para la posteridad.³⁵

Definición

Por su parte, el artículo 5 de la Ley de Conciliación define a la conciliación extrajudicial como un mecanismo alternativo para la solución consensual de conflictos, que puede ser asistido por un Centro de Conciliación o un juzgado de paz. En tal sentido, la conciliación se funda en la autonomía de la voluntad y se nutre de principios como la equidad, veracidad, buena fe, celeridad y economía, entre otros. Asimismo, la ley señala que constituye un requisito de procedibilidad previo al proceso judicial.

La conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden a un centro de conciliación extrajudicial a fin de que se asista en la búsqueda de una solución consensual.³⁶

La conciliación, como formulación teórica social y generalizada podemos decir que en su aceptación etimológica tiene como fuente el latín. así, “la palabra conciliación deriva del latín consiliario, conciliationis y es la acción y efecto conciliar. A su vez conciliar también proviene de la voz latina conciliare que significa componer y ajustar los ánimos opuestos entre sí en una

³⁵AHUMADA, María del pilar. *La conciliación: un medio de justicia restaurativa; análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria.*

³⁶Ley de conciliación LEY N° 26872

segunda aceptación hace referencia al hecho de conformar dos o más emposiciones o doctrinas al parecer contrarias”³⁷

Para Eduardo J. Couture la conciliación es el acuerdo o avenencia de partes, que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual. Este ilustre procesalista añade al concepto de conciliación dos elementos novedosos; el primero consiste en que no sólo se pueden hacer renunciaciones, sino que existe la posibilidad de efectuar allanamientos y transacciones a fin de llegar a un acuerdo; el segundo, nos introduce a una clasificación del acto de conciliación dependiendo de la sede donde se realice, así, si esta evita un litigio pendiente estaremos hablando de la conciliación intraproceso, pero si evita un litigio eventual, entonces nos estamos refiriendo de una conciliación pre procesal o extraprocesal, la que se encuentra fuera del ámbito del proceso civil.

Iván Ormachea menciona que, para evitar confusiones al momento de utilizar el vocablo conciliación, debemos de precisar las dos acepciones que guarda el término. La primera está relacionada con el acto de composición pura llamada audiencia de conciliación, dirigido por un conciliador o un juez; la segunda acepción está vinculada a la noción de resultado o acto de

³⁷ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Espasa – calpe, Madrid, 1970, p 338

avenimiento plasmado en un acuerdo. De manera que contamos con conciliación en cuanto al procedimiento (actividad) y en lo relativo al resultado o acuerdo (la llamada finalidad).³⁸

2.2.2.2. La conciliación en materia de familia

En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas ente otros que son de libre disposición...

Como vemos la conciliación en materia de familia es un tema susceptible por ello el autor Martin Pinedo Aubian menciona que el “conciliador debe aplicar en principio el interés superior del niño”

2.2.2.3. Definición de pensión de alimentos

(...) los seres humanos son los únicos responsables de traer un nuevo ser al mundo. Estos seres humanos, quienes no pidieron nacer (cualquiera sea la razón de su nacimiento), se encuentran en una situación de indefensión y de no poderse valerse por sí mismos, por lo cual los que los trajeron al mundo (sus progenitores) son los que, en primer orden, deben asumir ese compromiso de mantenerlos vivos. No solo asistirlos en cuanto a

³⁸ ORMACHEA CHOQUE, Iván y SOLIS VARGAS, Roció. *Retos y posibilidades de la conciliación en el Perú. Primer estudio cualitativo. Propuestas de políticas y lineamientos de acción*. Cuadernos de debate judicial, vol 2. Consejo de coordinación judicial, lima, p.48

su alimentación, si no de proporcionarles condiciones de vida digna. (educación, salud, vivienda, recreación etc.)³⁹

Según BENJAMIN AGUILAR, la expresión alimentos:

Comprende una serie de normas dirigidas a garantizar el derecho a la subsistencia del ser humano y, como tal, es un derecho fundamental de la persona. Fija la relación obligacional alimentaria, determinando al acreedor y deudor alimentario; establece las condiciones en que opera el derecho e incluso los criterios para llegar al quantum de la prestación.

La importancia del derecho alimentario se traduce en el fin que persigue, que no es otro que el de cubrir un estado de necesidad en quienes lo solicita, respondiendo a una de sus características, quizás la más trascendente, la de un derecho vital (...)⁴⁰

(...) el contenido de esta institución ha ido evolucionando a la par que lo han hecho la sociedad y la ciencia jurídica; inicialmente se refería únicamente a la satisfacción de las necesidades vitales y progresivamente se fue ampliando, comprendiendo también habitación, vestido y salud, entre otros, además de los alimentos propiamente dichos.⁴¹

³⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Alimentos y tutela del menor en la jurisprudencia peruana*. Breña, primera edición noviembre 2017, instituto pacífico S.A.C-2017. p. 79

⁴⁰ Citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Alimentos y tutela del menor en la jurisprudencia peruana*. Breña, primera edición noviembre 2017, instituto pacífico S.A.C-2017. Pp. 79, 80

⁴¹ GONZALES FUENTES, Cecilia. *Alimentos. El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Lima edición gráficos de iso print, 2017. p 13.

De acuerdo a nuestro código civil en su artículo 472° de la sección cuarta del libro III, menciona lo siguiente “se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo. Asistencia médica y psicológica y recreación según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto”. Asimismo, el código de los niños y adolescentes, específicamente en su artículo 92 señala “se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa postparto.

Como hemos descrito líneas anteriores la alimentación comprende muchos factores, ya que no es necesariamente al sustento propiamente dicho, si no que abarca más allá como son la educación, vestido, etc.

Ello se debe a que todos estos factores son indispensables para el correcto desarrollo de un niño o adolescente.

2.2.2.4. Definición de regímenes de visita.

El régimen de visitas es el derecho que tienen los padres que no gozan de la patria potestad, de poder visitar a sus hijos conforme

al tiempo determinado en una resolución judicial mediante sentencia o en acta de audiencia de conciliación judicial.⁴²

La conciliación extrajudicial en la actualidad es una de las alternativas para la solución de conflictos, como esta descrito líneas anteriores ello ha ido evolucionando y podemos afirmar que en la actualidad al hablar de la conciliación tenemos como elemento principal la autonomía de la voluntad, es decir que va primar la voluntad de las partes; pero en materia de familia por ser un tema muy susceptible por ende la esa autonomía siempre va ser parcial, es así que como estamos tocando el tema de conciliación extrajudicial en pensión de alimentos y regímenes de visita aquí siempre va primar el interés superior del niño.

2.2.3. Variable (V2)

Las Antinomias

Para Norberto Bobbio dentro de su obra Teoría General del Derecho, es definida la antinomia como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento.

En el derecho se habla de la antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico pueda estar inspirado en valores contrapuestos o ideas opuestas.⁴³

⁴² Citado por MEJIA SALAS, pedro y Milagros URETA GUERRA. *tenencia y régimen de visitas*. Lima. Edición febrero 2005- editorial librería y ediciones jurídicas. P.97

⁴³ GARCIA MURILLO, José Guillermo. *las antinomias en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones*. file:///C:/Users/arome/Downloads/Garcia%20Murillo.pdf.

es el vicio sustancial producido por la decisión indebida de una norma contradictoria con una norma sustancial sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste.

Tradicionalmente se suele definir la antinomia como incompatibilidad entre normas, siendo imposible la aplicación de ambas. Por lo demás, esta posición entiende

que tales incompatibilidades pueden producirse no solo entre normas de diferentes niveles jerárquicos, sino que también entre las que pertenecen a un mismo nivel, los cuales las soluciones serán según la especialidad o la cronología.⁴⁴

Suele decirse que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente. Por ejemplo, una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.; desde la perspectiva del destinatario del Derecho, el caso es que no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas: si cumple la obligación vulnera una prohibición, si ejerce un derecho o un permiso incurre en un ilícito. Las antinomias son muy frecuentes en cualquier Derecho, y es comprensible que así suceda, pues si bien solemos operar con la ficción de la coherencia del orden jurídico,

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *La teoría jurídica crítica de luigi ferrajoli*. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9829/teoria_juridica_critica.pdf

como si éste tuviera su origen en un sujeto único y omnisciente - ficción seguramente conectada a la de la personificación del Estado - lo cierto es que ese conjunto de normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas. Por eso, aunque se presenten como una patología para el jurista, las antinomias son una consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos y también, por qué no, de un cierto déficit de racionalidad del legislador, pues muchas antinomias podrían evitarse, bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, bien eliminando del sistema a estas últimas. Los criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias son bien conocidos: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial⁴⁵

2.2.3.1. Antinomias entre los artículos 7º y 9º de la ley N° 26872 “ley de conciliación extrajudicial”

El artículo 7º menciona lo siguiente: “Materias conciliables Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. En materia de familia, son conciliables aquellas

⁴⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2002_n2/D_Q-2_Prieto.pdf

pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño...” y el artículo 9º menciona lo siguiente: Artículo 9.- Inexigibilidad de la conciliación extrajudicial Para efectos de la calificación de la demanda judicial, no es exigible la conciliación extrajudicial en los siguientes casos:

- a) En los procesos de ejecución.
- b) En los procesos de tercería.
- c) En los procesos de prescripción adquisitiva de dominio.
- d) En el retracto.
- e) Cuando se trata de convocatoria a asamblea general de socios o asociados.
- f) En los procesos de impugnación judicial de acuerdos de junta general de accionistas señalados en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades, así como en los procesos de acción de nulidad previstos en el artículo 150 de la misma Ley.
- g) En los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental.
- h) En los procesos contencioso-administrativos.
- i) En los procesos judiciales referidos a pensión de alimentos,

régimen de visitas, tenencia, así como otros que se deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición. En estos casos, la conciliación es facultativa”.

2.2.3.2. Ventajas del artículo 7° de la ley N° 26872 “ley de conciliación extrajudicial”

Al tener el carácter de obligatorio la conciliación extrajudicial tiene la ventaja que las partes pueden solucionar sus conflictos, diferencias como familia si es bien cierto que al tocar temas familiares siempre va a ser susceptibles, pero ello se debe a que se confunden obligatorio con ceder, esto quiere decir que hay una interpretación errónea, las ventajas que se puede apreciar son las siguientes.

- ✓ Las partes deciden la solución al problema: como ya he descrito líneas anteriores muchas familias solucionan sus problemas sin necesidad de judicializar el problema, ya que ello es más burocrático.
- ✓ Disminuye el tiempo y los costos: el tiempo aproximado para una conciliación extrajudicial es de 15 a 20 días.
- ✓ Es confidencial y reservada:
- ✓ Evita procesos judiciales.
- ✓ No requiere obligatoriamente la presencia de un abogado.

2.2.3.3. Limitaciones del artículo 9° de la ley N° 26872 “ley de conciliación extrajudicial”

Las limitaciones que otorga el carácter facultativo es que al no solucionar el problema en un corto tiempo este genera malestar, donde en vez de armonizar, se genera más malestar el cual lleva a un desgaste familiar, donde los que pierden son los niños, y por ende es a ellos que se le están vulnerando sus derechos.

2.3. Definición de términos.

2.3.1. La Conciliación extrajudicial.

Montero Aroca señala que la conciliación es la comparecencia, obligatoria o facultativa de las partes ante una autoridad estatal para que sus presencias traten de solucionar amistosamente el conflicto de intereses que las separa, regulado por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos jurídicos a lo en ella convenido.⁴⁶

2.3.2. Conciliador extrajudicial.

El conciliador extrajudicial es la persona que ejerce función conciliadora, que se traduce en el hecho de propiciar el proceso de comunicación entre las partes al interior de un procedimiento conciliatoria, convirtiéndose en un operador para la paz social, un tercero que ayudara a las partes proporcionándole un espacio ordenado de diálogo para que estas decidan si resuelvan o no su controversia.

⁴⁶ PINEDO AUBIAN, Martín. *la conciliación extrajudicial problemas más frecuentes y soluciones*. Lima, editorial Gaceta jurídica, primera edición, 2017. pp. 42-43

2.3.3. Familia.

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2.3.4. Conflicto.

Es la divergencia percibida de intereses o creencias, que impide a las partes alcanzar simultáneamente sus aspiraciones

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultado doctrinario

En el presente trabajo de investigación hemos analizado doctrinariamente sobre la conciliación extrajudicial en materia de familia en diversos países, ello con la finalidad de analizar cuál es el tratamiento jurídico que ellos emplean temas de familia y la conciliación extrajudicial en general.

3.1.1. Legislación argentina

En la Ley No.24573 del 27 de octubre de 1995 se denomina "mediación" al procedimiento que conceptualmente conocemos como "conciliación". Al igual que en nuestro país, la mediación tiene carácter de obligatoria previo al proceso judicial; pero la diferencia radica en que dicha obligatoriedad será solamente por el plazo de los cinco primeros años de instaurada la institución, luego del plazo de los cinco años, la mediación será facultativa. Por otro lado, la ley argentina señala expresamente los temas que pueden ser sometidos a mediación y aquellos en los que por su propia naturaleza no pueden resolverse mediante ella, las causas penales son un ejemplo de ello, en otros como el divorcio, se debería recurrir a los tribunales para el pronunciamiento, no obstante, las partes deberán acordar previamente los términos del divorcio a través de la mediación, al igual que en nuestro país, el gobierno argentino declaró de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la mediación, por lo que el ministerio de justicia de argentino tiene a su cargo la

formulación de proyectos y el dictado de normas reglamentarias para la puesta en marcha de dicha institución.

La implementación ha tenido buenos resultados, cumpliendo una de las principales metas: descuestionar los despachos judiciales. Se sabe que, gracias a su buena acogida, se está dejando a un lado el arbitraje, medio alternativo de solución de conflictos que se caracteriza por sus altos costos.⁴⁷

3.1.2. Legislación colombiana

Desde 1991, se implementó la conciliación extrajudicial con la finalidad de convertirse en un mecanismo para descongestionar los despachos judiciales. La diferencia fundamental de este sistema frente al sistema peruano se encuentra en la conciliación es facultativa, respecto a todas las materias que sean susceptibles de transacción o desistimiento distintos a los laborales, penales o contencioso administrativo”, para ello existen funcionarios públicos que realizan la conciliación en denominadas materias (laboral, asuntos de familia) y centros de conciliación privada. Otra de diferencia es que el conciliador debe ser necesariamente un abogado.

El ministerio de justicia colombiano es el encargado de evaluar el desempeño de los centros de conciliación y realizar el seguimiento y evaluación de la aplicación de las normas relativas a la conciliación

⁴⁷ GARCIA TORRES, Carmen Julia, y Marjorie, MELLET PORTOCARRERO. “*Buscando soluciones: la conciliación extrajudicial obligatoria y los problemas de su implementación*”. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15983/16407>.

3.1.3. Legislación chilena

La conveniencia de la obligatoriedad de la mediación, específicamente en el ámbito de la mediación familiar, es un tema sobre el cual no existe consenso. Esta obligatoriedad -es importante aclarar- no se plantea en términos de resultado, sino que como una etapa a la que las partes son convocadas a concurrir antes de poder comenzar el proceso judicial, como un requisito de procesabilidad de la acción. Si las partes no concurren o no llegan a un acuerdo en mediación, la parte solicitante (es decir, el futuro actor) puede interponer la demanda ante el tribunal correspondiente.

Respecto de este punto se han planteado dos objeciones. En primer lugar, algunos verían la «obligatoriedad» de la mediación o conciliación como una señal equívoca y contradictoria con los principios de la institución, que sería concebida como una instancia eminentemente libre y voluntaria. Para quienes sustentan esta postura, la voluntariedad es un elemento clave para llevar adelante un proceso de mediación y para el éxito del mismo, ya que se requiere de la disposición y colaboración de las partes para lograr el entendimiento entre ellas. Sin embargo, esta supuesta contradicción entre obligatoriedad y voluntariedad ha perdido fuerza, pues existe consenso en la literatura especializada que las partes no están «obligadas» a llevar adelante la mediación, que es realmente lo que el principio de voluntariedad demanda. Las partes no tienen que participar si no están interesadas y pueden retirarse del proceso en cuanto lo deseen, su obligación consiste únicamente en asistir a una primera reunión con el

mediador, cuestión que, dependiendo de la legislación aplicable, en ocasiones ni siquiera es necesaria bastando informar la negativa a participar. En segundo lugar, algunos consideran que la instauración de la mediación como un trámite obligatorio y previo pugna con el derecho de acceso a la justicia, pues sería una «valla» adicional que los ciudadanos deben sortear antes de ingresar al sistema judicial. Ahora bien, desde otro ángulo y, a favor de implementar la mediación previa al juicio se ha esgrimido, en primer término, el argumento de la descongestión. La situación de sobrecarga de los tribunales de justicia, especialmente en América Latina, es de gran magnitud y la mediación se ha incorporado como trámite obligatorio en muchas ocasiones con el objeto de descongestionar los atiborrados despachos judiciales.

3.1.4. Legislación brasileña

En el caso de Brasil, recientemente se han creado los llamados juzgados especiales civiles y criminales, como órganos de justicia ordinaria para la conciliación, proceso, juicio y ejecución, pero han sido catalogados como juzgados de segunda clase.

Su innovación consiste en la flexibilización del proceso, haciéndolo ágil y rápido, buscando solucionar los conflictos de manera negociada.

3.2. Resultado normativo

3.2.1. Ley N° 26872 “Ley de Conciliación extrajudicial”

En el presente trabajo de investigación hemos analizado sobre el tratamiento jurídico de la conciliación extrajudicial en materia de familia acerca de pensión de alimentos y regímenes de visita, especialmente entre los artículos 7° y 9° de la presente ley por presentar antinomias. Es así que diversos autores opinan acerca del tema haciendo críticas a la modificatoria que tuvo la presente ley.

El especialista Martin Pinedo Aubian en su libro “la conciliación extrajudicial problemas y más frecuentes soluciones” critica la modificación de la ley donde las conciliaciones en temas de familia son facultativas, en ello el autor menciona que no existe una justificación válida para que los temas de familia sean declaradas facultativas, y sugiere que se debe volver a considerarlos como obligatorios.

Del mismo modo en la revista de actualidad jurídica de gaceta jurídica menciona que “ optar por la facultatividad es una decisión nefasta para el sistema conciliatorio por ello menciona que al considerar que la facultatividad de conciliación familiar resultara en la práctica, en su alejamiento como materia conciliable obligatoria, entonces su empleo como mecanismo alternativo será desechado de pleno por los justiciables, quienes se verán condenados a judicializar su controversia en un ámbito típicamente adversarial, con menos probabilidades de

contar con un manejo eficiente de su controversia; el resultado mayor deterioro de las relaciones familiares.⁴⁸

Aunque todavía tiene esa característica, pero existe al mismo tiempo la característica de facultativa con la modificatoria que sufrió la ley de conciliación es así que al hacer una interpretación los usuarios podrían incurrir en error.

Para la especialista Jenny, DÍAZ HONORES, considera que la incorporación de los asuntos familiares como materias facultativas constituye un enorme retroceso en la promoción de la conciliación familiar como un medio que educa y fomenta en los ciudadanos la cultura de paz y dialogo.

Finalmente se refiere a que las partes pierden dos semanas de su tiempo, promedio de un procedimiento conciliatorio, intentando de una manera armónica resolver sus diferencias, a que pierden cuatro años o más litigando en un proceso en donde finalmente todos pierdan, principalmente los menores que se vieron atrapados en una lucha donde los protagonistas son sus propios padres.⁴⁹

3.2.2. Decreto legislativo N° 1070: mediante el decreto legislativo N° 1070, con la ley N° 29157 modificó la ley de conciliación extrajudicial N° 26872, y a consecuencia de ello es que se genera controversias entre los artículos de la presente ley. Asimismo, dentro del artículo 6° señala lo

⁴⁸ PINEDO AUBIAN, Martín. *optar por la facultatividad es una decisión nefasta para el sistema conciliatorio*. actualidad jurídica de gaceta jurídica, 223 (06) 119, 2012

⁴⁹ DIAZ HONORES, Jenny. *inexigibilidad del acta de conciliación en asuntos familiares*. actualidad jurídica de gaceta jurídica, 223 (06) 118, 2012

siguiente que literalmente dice “Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

Ahora haciendo un análisis de las líneas mencionada con anterioridad se aprecia que al no intentar conciliar el juez dentro del proceso judicial que presenta las partes puede declarar improcedente; entonces la conciliación extrajudicial al tener ambas características tanto obligatorio como facultativo haría que se genere estos hechos.

Principio del interés superior del niño

Podemos señalar que uno de los pilares fundamentales de la doctrina de Protección integral es el Principio del Interés Superior del Niño, principio que se consagra en la Convención de Derechos del Niño en su Artículo 3 inciso 1. El Perú, país signatario de la Convención (bajo el llamado precepto de conectividad y coherencia entre el derecho interno y el internacional) establece la regulación a este principio en el Código del Niño y Adolescente en el Artículo IX del Título Preliminar. Pero siendo este el precepto más utilizado resulta inverosímil que sea el menos comprendido en su total dimensión. Siempre se hace referencia al mismo, pero en la aplicación se desconoce su naturaleza tutelar (la misma que conlleva al mejor tratamiento del niño de acuerdo a sus circunstancias)

aplicándose lo que está al mejor parecer de quien decide el futuro de un niño. La consideración primordial de los actores de justicia hacia el niño y el adolescente debe centrarse en comprender que el mismo es un ser especialísimo al que es necesario vigilar y proteger. Es dentro del marco de este cuidado que se construye el principio del interés superior del niño, que es considerado según la doctrina como *“un conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona menor de edad, que buscan su mayor bienestar”*.⁵⁰ Ese es el deber moral que toda sociedad en su conjunto debe asumir hacia los niños, es dicha obligación que se convierte en principio; es decir, la categoría moral se eleva a la categoría de norma jurídica para lograr mayor eficiencia y seguridad en la protección del menor.

3.3. Resultado jurisprudencial

Respecto a los resultados jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional menciona en EXP. N.O 04058-20 I 2-PA, los lineamientos que se debe tener al momento de establecer una resolución donde los agraviados son los menores. El Tribunal Constitucional se pronuncia debido a que la Sala Civil de Corte Superior de Justicia de Huaura, declaro infundada la demanda de autos; ello debido a que Con fecha 4 de mayo de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Juez de Familia de la Provincia de Barranca, doña Patricia Maura De La Cruz, solicitando la nulidad de la resolución N° 11 , de fecha 26

⁵⁰BAEZA CONCHA Gloria. *El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional*. Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica de Chile 2001, p. 38.

de abril de 2011 , mediante la cual se confirmó la resolución N° 6, de fecha 18 de febrero de 2011 , que declaró la conclusión del proceso y ordenó el archivamiento definitivo de los actuados, en los seguidos contra don Elvis Andy Zúñiga Ríos, en representación de su hija S.M.Z.L., sobre alimentos.(...)

A consecuencia de ello el Tribunal Constitucional declara fundada el recurso de acción de amparo por haberse vulnerado la debida motivación; estableciendo como jurisprudencia vinculante los siguientes puntos:

(...) De lo antes descrito se tiene que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

En la presente investigación jurídico en la dimensión teórica, tiene su evaluación mediante la contratación de hipótesis planteadas mediante la argumentación jurídica (o conocida como argumentación jurídica estándar-AJE)⁵¹. Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones en favor o en contra de una determinada tesis que se trata sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos.

4.1. Discusión doctrinaria

4.1.1. Posturas o argumentos a favor

El especialista Martin Pinedo Aubian (2017) en su libro “la conciliación extrajudicial problemas y más frecuentes soluciones” critica la modificación de la ley donde las conciliaciones en temas de familia son facultativas, en ello el autor menciona que no existe una justificación válida para que los temas de familia sean declaradas facultativas, y sugiere que se debe volver a considerarlos como obligatorios.

Del mismo modo en diferentes países optan por la conciliación extrajudicial como una alternativa para solucionar los conflictos, no todos tienen la misma denominación también son llamados como mediación, es así que en la legislación argentina es denominada mediación y tiene el

⁵¹ ATIENZA, M. *Derecho y argumentación*. Bogotá: ediciones universidad externado de Colombia, 1997. *Las razones del derecho*. México: ediciones universidad autónoma de México, 2003. *Argumentación constitucional teoría y práctica*. México: editorial Porrúa, 2011.

carácter de obligatorio y como en nuestro país el quien se encarga de reglamentar es el ministerio de justicia

Para la especialista Jenny, DÍAZ HONORES (2012), considera que la incorporación de los asuntos familiares como materias facultativas constituye un enorme retroceso en la promoción de la conciliación familiar como un medio que educa y fomenta en los ciudadanos la cultura de paz y dialogo.

Finalmente se refiere a que las partes pierden dos semanas de su tiempo, promedio de un procedimiento conciliatorio, intentando de una manera armónica resolver sus diferencias, a que pierden cuatro años o más litigando en un proceso en donde finalmente todos pierdan, principalmente los menores que se vieron atrapados en una lucha donde los protagonistas son sus propios padres.⁵²

4.1.2. Posturas o argumentos en contra

El especialista Iván Pérez Solf (2013) sostiene que la conciliación debe ser facultativa y por ello menciona que la aprobación de este proyecto de ley y posterior modificación del art. 9º de la ley 26872, debe inclusive ampliarse, pues al igual que la conciliación extrajudicial, en el proceso judicial también se busca proteger al menor que es ajeno cualquier conflicto, es decir al menor quien es un tercero incapaz relativo. En la conciliación extrajudicial como requisito previo para la admisión de una demanda en sede judicial, lo que buscaba era mejorar las relaciones familiares; pero ahora con la promulgación de esta nueva ley lo que se

⁵² DIAZ HONORES, Jenny *.inexigibilidad del acta de conciliación en asuntos familiares.* actualidad jurídica de gaceta jurídica, 223 (06) 118, 2012

busca es facilitar el acceso al ente jurisdiccional competente, pues de cierta manera resultaría un poco ilógico generar más gastos, por ejemplo, a la persona que está pidiendo alimentos.⁵³

Como el mismo autor menciona lo que se busca es el acceso al ente jurisdiccional, pero ello no es el espíritu de la conciliación, además como todo proceso judicial va ser más engorroso el cual no se estaría cumpliendo con el interés del niño, ya que por la carga que existen en los juzgados el tiempo para que se resuelva será mayor, por ende, afirmaríamos que, al tener el carácter facultativo, genera aún más las dilataciones que al tener el carácter obligatorio.

En la legislación colombiana tiene el carácter facultativo, pero ello no impide que se puede conciliar, por general para ser conciliador se requiere que sea abogado, *al respecto se puede decir que Colombia tiene ese criterio para incentivar a su sociedad a conciliar a buscar esa alternativa como medio de solucionar los impases que se puede generar.*

4.1.3. Posición o argumentos personales.

Después de haber desarrollado el tema de la conciliación extrajudicial en temas de familia específicamente, ello ha mérito que según la ley N° 26872, existe una controversia entre sus artículos 9° y 7°, y como se fue desarrollando el tema progresivamente mi criterio respecto a la conciliación extrajudicial debe ser obligatoria porque aparte de mantener

⁵³ PEREZ SOLF, IVAN .*La conciliación extrajudicial en temas de familia*. 2013
http://repositorio.usat.edu.pe/bitstream/usat/1257/1/Ius_2013-II_Analisis_Legal_YvanPerezSolf.pdf.

los lazos familiares, el proceso no es tan engorroso como en los órganos jurisdiccionales.

Además, otras de las ventajas que aporta la conciliación obligatoria es la comunicación previa al proceso, donde comúnmente las partes harán llegar sus inquietudes y serán escuchadas.

Pero para que la conciliación extrajudicial sea eficiente los sectores encargados deben hacer una política de concientización a la colectividad sobre el tema ya mencionada.

4.2. Discusión normativa.

4.2.1. Análisis o discusión de la normativa interna.

En nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo a los temas ya desarrollados la conciliación extrajudicial ha ido evolucionando, pero todos tenían el mismo criterio de que la conciliación sea obligatoria antes proceso, y también dentro del proceso; desde 1836 con el código de procedimientos judiciales de santa cruz se inicia la conciliación extrajudicial, luego con el código de enjuiciamiento civiles de 185, donde tenía el carácter de obligatoria.

Luego ya de tener una regulación normativa pasa a una regulación de nivel legislativo, como se mantiene hasta la actualidad.

4.2.2. Análisis de la normativa internacional.

Como se ha desarrollado el tema de conciliación en diversos países entre ellos, Colombia, argentina, chile, Brasil, etc. Todos tienen diferentes puntos de vista.

Los cuales son los siguientes; en argentina tiene otra denominación que, en nuestra legislación, ahí se le denomina “mediación”, el cual tiene los mismos procedimientos que una conciliación, su ley es la Ley N° 24573.

Colombia regula la conciliación mediante la Ley N°640-2001, donde tiene una similitud, con respecto a lo que debe contener el acta de conciliación en nuestra legislación, sin embargo, en la legislación colombiana todo proceso de conciliación es gratuito, además específicamente en materia de familia estas pueden ser conciliadas en los centros de conciliación, ante los defensores, comisarios de familia, etc. es decir hay facilidad para el proceso.

En el país de panamá, en su código de familia establece que toda persona que tenga cualquier problema de familia, aun este cuando revista carácter judicial, podrá requerir los servicios del orientador y conciliador de familia, en panamá se llaman jueces seccionales

4.3. Discusión jurisprudencial

Respecto a temas jurisprudenciales, específicamente en temas el tribunal constitucional se pronuncia que para resolver cualquier controversia existente

se tiene que primar el interés superior del niño, y así lo establece en el expediente N° EXP. N° 04058-2012-PA.

Del expediente antes descrito se aprecia que los procesos judiciales, tienden a demorar mucho más tiempo que una conciliación extrajudicial, y en particular sobre el expediente se advirtió una vulneración y por ende el más afectado fue el menor, por no haberse cumplido en el plazo el pago de las pensiones.

4.4. Validación de hipótesis

4.4.1. Validación de hipótesis general

El tratamiento normativo que plantea la ley N° 26872, respecto a la conciliación extrajudicial en materia de familia en los casos de regímenes de visitas y pensión de alimentos, es ambiguo, en razón que entre los artículos 7° y 9° de la mencionada norma se presentan antinomias.

en síntesis, podemos señalar, que la conciliación extrajudicial en materia de familia presenta antinomias, debido que existe contradicciones entre los artículos 7° y 9° de la ley 26872. como se ha desarrollado el tema en el marco teórico se aprecia que literalmente el artículo 7° menciona lo siguiente:

“Artículo 7.- Materias conciliables Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto

de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño...”, mientras que el artículo 9º menciona lo siguiente:

Artículo 9.- Inexigibilidad de la conciliación extrajudicial Para efectos de la calificación de la demanda judicial, no es exigible la conciliación extrajudicial en los siguientes casos:

- a. En los procesos de ejecución.
- b. En los procesos de tercería.
- c. En los procesos de prescripción adquisitiva de dominio.
- d. En el retracto.
- e. Cuando se trata de convocatoria a asamblea general de socios o asociados.
- f. En los procesos de impugnación judicial de acuerdos de junta general de accionistas señalados en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades, así como en los procesos de acción de nulidad previstos en el artículo 150 de la misma Ley.
- g. En los procesos de indemnización derivado de la comisión de delitos y faltas y los provenientes de daños en materia ambiental.
- h. En los procesos contencioso-administrativos.
- i. En los procesos judiciales referidos a pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otros que se deriven de la relación familiar y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición. En estos casos, la conciliación es facultativa”.

Entonces diremos que la técnica legislativa es deficiente, pues no se ha

dejado de considerarlos como materia conciliables obligatorias señaladas en el artículo 7°.

Al respecto Martin pinedo Aubian señala que de una interpretación entre los artículos, los magistrados podrían declarar la improcedencia de una demanda en temas de familia, señalando que los temas de familia son materias conciliables obligatorias.⁵⁴

4.4.2. Validación de hipótesis específicas.

4.4.2.1. Primera hipótesis específica

Se presentan antinomias entre los artículos 7° y 9° de la ley de conciliación extrajudicial, cuando se establece que es obligatoria y a la vez facultativa la conciliación extrajudicial respecto a régimen de visitas y pensión de alimentos.

Respecto a la primera hipótesis específica debo manifestar que se ha probado, que existe antinomias entre los artículos 7° y 9°, por tener el carácter obligatorio y al mismo tiempo facultativo, artículos que están dentro de la misma ley, que es la ley N° 26872, de la regla general para resolver cuando existe antinomias es, según criterios. El criterio de jerarquía, cronológico, especialidad; al respecto mencionamos que de acuerdo a la jerarquía ambos artículos tienen la misma jerarquía, son de la misma especialidad por ende es que existe muchas discrepancias en materia de familia como son régimen de visita, pensión de alimentos.

⁵⁴ PINEDA AUBIAN, Martin. *implicancias del empleo de la conciliación extrajudicial en el procedimiento de divorcio rápido*. Actualidad jurídica de gaceta jurídica, 287 (10) 70-71,2017.

4.4.2.2. Segunda hipótesis específica

El artículo 7° otorga ventajas al establecer la obligatoriedad de la conciliación en el régimen de visitas y en la pensión alimenticia, pues al ser obligatoria, el cual constituye en ayudar a las partes a encontrar una solución que posibilita el restablecimiento familiar.

La segunda hipótesis específica se probó, que el artículo 7° otorga ventajas al establecer el carácter de obligatorio la conciliación extrajudicial, y como se encuentra en varios países de Sudamérica, ellos también tienen ese carácter de obligatorio, con la finalidad de que exista un restablecimiento familiar y además porque el proceso judicial se demora mucho tiempo y mientras pasa ello se deteriora la armonía familiar

4.4.2.3. Tercera hipótesis específica

El artículo 9° de la ley N° 26872 contiene limitaciones al establecer el carácter facultativo de la conciliación respecto al régimen de visitas y de pensión de alimentos, en cuanto constituye un retroceso en la promoción de la conciliación familiar como un medio que educa y fomenta la sociedad como cultura de paz

Respecto a la tercera hipótesis específica se llega a la conclusión que el artículo 9° de la ley N° 26872, al establecer el carácter facultativas presenta limitaciones, en cuanto constituye un retroceso, desgaste en la familia, aquí se limita los derechos del menor, en donde ellos son los

más perjudicados al esperar mucho tiempo para que se solucionen las discrepancias, al no solucionar el problema mediante la conciliación se tendría que recurrir a la instancia judicial, el cual requiere de mayor tiempo para dar solución a un conflicto.

CONCLUSIONES

1. Después del analizar el tratamiento normativo que plantea la ley de conciliación extrajudicial, en materia de familia, luego de la modificatoria de la presente norma que se dio mediante el decreto legislativo, hizo que se presenten antinomias, el cual ha generado la ambigüedad, así perjudicando en especial al menor.
2. La conciliación extrajudicial en temas de familia, al tener el carácter obligatorio, protege los lazos familiares, a parte que los procesos de conciliación extrajudicial son menos engorrosos que los trámites judiciales, dando así una respuesta, solución casi inmediata.
3. La desventaja de la ley de conciliación extrajudicial al presentar antinomias entre sus artículos genera un retroceso a la cultura de paz, la vulneración de los derechos de terceros, en este caso, menores de edad, quienes son representados a través de sus padres por no tener capacidad jurídica; y al establecer ambas características de obligatoriedad y facultativo hace que las partes entran en conflicto.
4. No existen en los sectores encargados políticas de concientización a la colectividad sobre la normatividad referida sobre la conciliación extrajudicial.
5. De no contemplarse la modificación del artículo 9º de la ley 26872, la ley no cumplirá su rol de obtener la tranquilidad y paz social, ello debido a que al no estar establecido la obligatoriedad de la conciliación se tendría que iniciar un proceso judicial, el cual va

conllevar al quebrantamiento familiar, por ser una instancia donde los procesos se dilatan más para encontrar la solución.

RECOMENDACIONES

1. Las modificaciones que lleguen a hacer los legisladores deben ser revisadas responsablemente antes de su aprobación, en vista de que ello genera que exista antinomias, vacíos legales que traerían consigo la impunidad, incumplimientos, hasta improcedencia en el accionar lo cual deja en estado de indefensión a los niños y adolescentes y a la familia en general.
2. El Ministerio de Justicia como principal ente fiscalizador de las conciliaciones extrajudiciales, deben promover e incentivar a la sociedad para solucionar conflictos mediante la conciliación por ser una alternativa que no conlleva mucho tiempo. Además, el tema de familia se debe de solucionar más rápido ya que son temas susceptibles.
3. Los sectores encargados deben propiciar la concientización de la colectividad previamente a la dación de la normatividad sobre tutela familiar, a fin de que sea ella la que proponga soluciones y opte con seguridad por los acuerdos que la normatividad ampara.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ✓ ABANTO TORRES, Jaime *.la conciliación extrajudicial y la conciliación judicial*. Lima, editorial, grigley, edición, 2010.
- ✓ AHUMADA, María del pilar. *La conciliación: un medio de justicia restaurativa; análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria*.
- ✓ ARÍO GARZA, Mercado. *Manual de Técnicas de la Investigación para estudiantes de ciencias sociales*. El Colegio de México. 2000.
- ✓ ATIENZA, M. Derecho y argumentación. Bogotá: ediciones universidad externado de Colombia, 1997. Las razones del derecho. México: ediciones universidad autónoma de mexico,2003. Argumentación constitucional teoría y práctica. México: editorial Porrúa, 2011
- ✓ BAEZA CONCHA Gloria. *El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional*. Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica de Chile 2001.
- ✓ BRIONES Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación*. Trillas, 1995.
- ✓ CAMPOS OCAMPO, Melvin. *Métodos y Técnicas de Investigación Académica: Fundamentos de Investigación Bibliográfica*. Costa Rica, 2009.

- ✓ COLECTIVO DE AUTORES. *Metodología de la Investigación Educativa: Desafíos Y Polémicas Actuales*. La Habana, Cuba, Editorial Félix Varela, 2003.

- ✓ Convención sobre los derechos del niño. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

- ✓ DELGADO, J.M Y GUTIERREZ, J. *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales, síntesis*. Madrid. 1994

- ✓ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Espasa – calpe, Madrid, 1970.

- ✓ DIAZ HONORES, Jenny. *inexigibilidad del acta de conciliación en asuntos familiares*. actualidad jurídica de gaceta jurídica, 223 (06) 118, 2012

- ✓ ECO, Humberto. *Como se hace una Tesis* (versión castellana traducida de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibañez), España, Editorial Gedisa, 1997,

- ✓ FERRAJOLI, Luigi. *La teoría jurídica crítica de luigi ferrajoli*. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9829/teoria_juridica_critica.pdf

- ✓ FERNANDEZ BAPTISTA, Hernandez. *Metodología de la investigación*. Editorial Mcgraw hill. Colombia, 1994.

- ✓ FRIDA ORTIZ, María Pilar. *Metodología de la Investigación: el proceso y sus técnicas*. Lima, Editorial Limusa, 2010.

- ✓ GARCIA MURILLO, José Guillermo. *las antinomías en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones*.
<file:///C:/Users/arome/Downloads/Garcia%20Murillo.pdf>.

- ✓ GARCIA TORRES, Carmen Julia, y Marjorie, MELLET PORTOCARRERO. *Buscando soluciones: la conciliación extrajudicial obligatoria y los problemas de su implementación*".
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15983/16407>.

- ✓ GAMBARA, H. *Métodos de Investigación en psicología y Educación*. Cuaderno de prácticas. Tercera edición, McGraw - Hill: Madrid, 2002.

- ✓ GONZALES FUENTES, Cecilia. *Alimentos. El derecho de alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Lima edición gráficos de iso print, 2017.

- ✓ HERNANDEZ, Roberto; FERNANDEZ, Carlos y Pilar BAPTISTA. *Metodología de la Investigación*. Cuarta Edición, México, Editorial McGraw-Hill, 2005.

- ✓ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros, *Metodología de la Investigación Jurídica*. Editorial McGrawHill, México, 2010.

- ✓ Ley de conciliación LEY N° 26872

- ✓ MEJIA SALAS, pedro y Milagros URETA GUERRA. *tenencia y régimen de visitas*. Lima. Edición febrero 2005- editorial librería y ediciones jurídicas.
- ✓ ORMACHEA CHOQUE, Iván y SOLIS VARGAS, Roció. *Retos y posibilidades de la conciliación en el Perú. Primer estudio cualitativo. Propuestas de políticas y lineamientos de acción*. Cuadernos de debate judicial, vol 2. Consejo de coordinación judicial, lima.
- ✓ ORTIZ NISHIHARA, Freddy “*la conciliación extrajudicial*”. lima, editorial, santos marcos, edición, 2000.
- ✓ PADUA J. *Técnicas de Investigación*. México, FCE-Colegio de México, 1982.
- ✓ PEREZ SOLF, IVAN. *La conciliación extrajudicial en temas de familia*. 2013. http://repositorio.usat.edu.pe/bitstream/usat/1257/1/Ius_2013-II_Analisis_Legal_YvanPerezSolf.pdf.
- ✓ PINEDO AUBIAN, Martin. *la conciliación extrajudicial problemas más frecuentes y soluciones*. Lima, editorial Gaceta jurídica, primera edición, 2017.

- ✓ PINEDO AUBIAN, Martin. *optar por la facultatividad es una decisión nefasta para el sistema conciliatorio*. actualidad jurídica de gaceta jurídica, 223 (06) 119, 2012.
- ✓ PINEDA AUBIAN, Martin. *implicancias del empleo de la conciliación extrajudicial en el procedimiento de divorcio rápido*. Actualidad jurídica de gaceta jurídica, 287 (10) 70-71,2017.
- ✓ ROBERT alexy, *teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, fateso S.A. 1993
- ✓ ROBLES TREJO, Luis Wilfredo. *Guía Metodológica Para la Elaboración del Proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial FFECAAT, Lima, 2014.
- ✓ SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro. *la conciliación judicial y extrajudicial*. Lima, editorial, forenses, primera edición, 1998.
- ✓ SABINO, Carlos A. *El Proceso de Investigación*. Buenos Aires, Editorial Lumen, 1996.
- ✓ *Técnicas de estudio, como instrumentos que ayudan y facilitan la construcción del conocimiento*. En: www.e-learning.edu.ve
- ✓ TUMES RISCO, Carlos. *centro de formación y capacitación de conciliadores del colegio de abogados del cono norte*.

- ✓ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Alimentos y tutela del menor en la jurisprudencia peruana*. Breña, primera edición noviembre 2017, instituto pacífico S.A.C-2017.
- ✓ VELIA MONTEMAYOR María y otros. *Guía para la Investigación Documental*. Lima, Editorial Trillas, 2004.
- ✓ ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la Investigación Jurídica*. Ediciones Jurídicas, Lima, 2000.