

LA APLICABILIDAD DEL CONTROL DIFUSO EN LA EVALUACIÓN DEL ACTA DE CONCILIACIÓN SOMETIDA A PROCESO DE EJECUCIÓN, EN CASO SE ATENTE CONTRA LOS DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES INVOLUCRADOS

Manuel Bermúdez Tapia¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Categoría Docentes

Sumilla

Esta ponencia evalúa el nivel de vulnerabilidad de los niños y adolescentes involucrados en un conflicto familiar que se somete a un procedimiento conciliatorio. Este se desarrolla en el ámbito judicial, en el cual se debe recurrir a la facultad del juez de aplicar un control difuso al acta de conciliación sometido a ejecución, para así poder evaluar si los acuerdos generados por los progenitores atienden de modo correcto a los derechos de los hijos involucrados, tomando en cuenta que son sujetos de derecho en igual condición que sus padres, y que tienen derechos de naturaleza legal y sociofamiliar diferentes a los de estos últimos. Sobre la base de esta condición, los conciliadores y los jueces deberían evaluar el alcance de un acta de conciliación con respecto a quienes no han participado en la misma, dado que los afectará de modo directo si es que se han estipulado condiciones que les provoquen limitaciones a consecuencia de la propia situación conflictiva de los progenitores.

Los procesos de ejecución, cuando versan sobre actas de conciliación, generan un severo inconveniente al ser evaluados en un trámite judicial. La gran mayoría de las actas de conciliación resultan inejecutables o cuentan con limitaciones en cuanto a los alcances de aplicabilidad en la realidad. Ello se debe principalmente a que se han presentado las siguientes situaciones en su producción:

- a) Las partes del conflicto usualmente excluyen a las partes del conflicto familiar, en particular cuando los progenitores no toman en cuenta el verdadero alcance de los derechos y nivel de participación familiar de los hijos sometidos a su libre discrecionalidad. En ese sentido, se observa una situación negativa en la propia tutela de derechos de los hijos, porque estos no son tomados en cuenta en el trámite del conflicto familiar que

¹ Abogado. Magíster en Derecho Civil. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Contacto: mbermudeztapia@gmail.com

se somete a un proceso de conciliación. Existen deficiencias propias del método que se emplea en la ejecución del procedimiento conciliatorio, en el cual los conciliadores prácticamente emplean el procedimiento para viabilizar un requisito procesal, y no logran ejecutar una provisión de información o nivel de intervención eficaz a las partes que concilian, por lo que se ejecuta una redacción del acta de conciliación con imprecisiones e inclusive con condiciones que a futuro no podrán ejecutarse.

- b) La familia, como organización colectiva descrita en un formato nuclear (padres e hijos), amplio (padres, hijos, abuelos y tíos) o extendido (padres, hijos y familiares tanto ascendientes como colaterales), no es tomada en cuenta, en particular cuando se detalla la referencia del vínculo de los hijos de los progenitores involucrados en un conflicto personal y familiar. En ese sentido, las relaciones familiares de un niño o adolescente están supeditadas a lo que decidan los progenitores, muchas veces sin que se tome en cuenta la necesidad de relaciones afectivas y personales de los niños y adolescentes con su propia familia, sin incluir a los progenitores. Las condiciones económicas que las partes del conflicto familiar intentan resolver no suelen tomar en cuenta el contexto temporal. En dichos casos, no logran tomar en cuenta el proceso en el cual se desarrollará el conflicto ni los eventuales cambios que pudieran surgir a futuro. En ese sentido, el propio contexto normativo está supeditado a un período de tiempo próximo a la fecha consignada por el acta de conciliación; en caso de que este documento sea requerido en la instancia judicial, las condiciones temporales no serán las mismas que se registraban al evaluarse el conflicto, porque la evaluación de las “condiciones” personales, económicas y familiares de las partes del conflicto habrán variado.

Ante estas situaciones, descritas en forma general y preliminar, es posible observar que los niños y adolescentes que se ven involucrados en un conflicto familiar o entre sus progenitores no logran ser “visibilizados” en la ejecución de un acta de conciliación sometida a ejecución en el ámbito judicial. Ante ello surge la opción de que el juez pueda evaluar su intervención en el conflicto familiar judicializado para así poder cumplir con lo determinado en el artículo IX del *Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente*, en particular para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños y adolescentes involucrados en el cumplimiento del acta de conciliación a través de un *control difuso* del acta.

La Intervención Judicial ante el Fracaso de los Métodos de Conciliación e Incumplimiento de los Acuerdos Contenidos en el Acta de Conciliación

A raíz de los procesos de reforma judicial que han tenido lugar en el Perú, iniciados en la última década del siglo pasado, la implementación del procedimiento conciliatorio fue insertado en la legislación nacional. Los resultados, a pesar de sus propios alcances prácticos y aplicativos, han sido negativos en tal grado que inclusive la Comisión de Estudio y Planteamiento de Reformas al Código Procesal Civil presentó en su texto final una iniciativa para eliminar la conciliación como un requisito de admisibilidad a los procesos que versan sobre asuntos familiares. Martín Pinedo Aubián (2018), en ese sentido, sustentó que dicha comisión había “matado” a la conciliación, sin tomar en cuenta el verdadero contexto en el cual se había limitado dicho procedimiento, conforme detalla Renzo Cavani (2018), quien explica desde una perspectiva procesal su inviabilidad. Sin embargo, ninguno de estos profesores logra comprender el verdadero alcance de los aspectos negativos de la conciliación de acuerdo con el actual marco normativo, el cual plantea una en

exceso elevada condicionalidad subjetiva a las partes en un conflicto familiar. Ello se debe a que el legislador no ha tomado en cuenta que, en esos casos, los contextos evaluativos son totalmente distintos a los casos en que se analizan conflictos civiles puros, como suele observarse en los procesos en que se analizan obligaciones contractuales, de naturaleza económica o vinculados al ámbito comercial. Ese ha sido un error material que ha incidido en la ineficacia de este procedimiento, principalmente debido a lo siguiente:

- a) Las partes en un proceso de negociación no logran actuar en conformidad a una equivalencia de condiciones, principalmente porque existe un elemento negativo que solo forma parte de su entorno íntimo y privado; por cuanto estos elementos no son expuestos en el acta de conciliación ni antes de esta, tampoco son conocidos por el conciliador.
- b) Las partes no toman en cuenta el contexto objetivo de sus expectativas personales y familiares, y no logran evaluar el alcance subjetivo y objetivo de sus pretensiones en el tiempo y respecto de sus propios hijos, ponderando elementos que pueden excluir derechos a la contraparte y al propio hijo sin que se pueda asimilar ese error o pueda ser observado por el conciliador. De ese modo, los derechos y obligaciones que los progenitores plantean detallar en el acta de conciliación resultan muy imprecisos.
- c) Ni el legislador ni el especialista en conciliaciones han tomado en cuenta que las partes que negocian en este procedimiento no necesariamente quieren solucionar el conflicto familiar, sino que el nivel de subjetividad y expectativas está enfocado en finalizar el trámite conciliatorio. De este modo, el conflicto familiar puede subsistir haciendo ineficaz el trámite conciliatorio ejecutado.
- d) Las partes del conflicto familiar no toman en cuenta el contexto económico, personal o familiar que podría desarrollarse en el contexto inmediatamente posterior a la suscripción del acta de conciliación.
- e) Como resultado de esta situación, una gran parte de actas de conciliación tienen los siguientes resultados: la ejecución de un proceso judicial, sobre la cual se plantea generalmente la conminación al cumplimiento de los acuerdos contenidos en un acta de conciliación; el pago de sumas económicas contenidas en las obligaciones a ser ejecutadas (devengados); y la determinación “eficiente” de las obligaciones detalladas por las partes en el conflicto familiar, principalmente debido a una redacción muy amplia, confusa o ambigua.
- f) Denuncias por ejecución de actos de violencia familiar, en particular cuando las partes consideran que la ejecución del acta de conciliación está afectando sus intereses y derechos.
- g) Incumplimiento del acta de conciliación, el cual no necesariamente genera un proceso judicial, principalmente porque las partes del conflicto no logran viabilizar una mejor solución, en la cual se tome en cuenta la sobrecarga judicial que existe en el Poder Judicial, la necesidad de contar con una asesoría legal (lo que implica un costo económico) y el contexto negativo que implica involucrarse en un segundo trámite personal que supone el estrés emocional de quedar a la expectativa del cumplimiento de los alcances del acta de conciliación en instancia judicial en un período de tiempo indeterminado.

Sin embargo, hasta ahora solo se ha evaluado un aspecto procesal donde se identifican a las partes del proceso de negociación y de conciliación, que no son equivalentes a las partes del

conflicto, debido a que en este último participan los hijos (niños y/o adolescentes). Por ende, se puede afirmar que las partes que concilian contraponen intereses, derechos y obligaciones que solo son vinculantes para ellos, sin tomar en cuenta a sus propios hijos, con lo cual estos se ven invisibilizados por sus propios progenitores. Esta situación negativa se amplía en el ámbito judicial, cuando el juez solo “ejecuta” el acta de conciliación sin evaluar con diligencia los derechos y las obligaciones que se han detallado en la misma, en particular los aspectos que se relacionan con los derechos de los hijos. Ante esta situación, los jueces nacionales no toman en cuenta su negligente comportamiento jurisdiccional cuando, al no intervenir en la evaluación de un acta de conciliación sometida a un proceso de ejecución, generan una situación negativa para los hijos involucrados en un conflicto familiar, e incumplen la obligación estatal, funcional y profesional de solucionar un conflicto humano de forma diligente, prudente y eficaz en el tiempo.

La Evaluación del Contexto Problemático: entre lo Procesal, lo Constitucional y lo Familiar

Uno de los procesos judiciales “sencillos” de complejidad superlativa es el proceso de ejecución de acta de conciliación, porque su valor es equivalente al de una sentencia judicial y está supeditado al registro preliminar de un conflicto familiar que se judicializa. Se suele pensar que la ejecución no debería provocar mayores inconvenientes, pero, en esencia, ello es un error sustancial que se debe a que el legislador y el juez no toman en cuenta que los procesos judiciales no son ni autónomos ni excluyen una evaluación del contenido de los mismos.

Debido a que la misma ley, como referencia general, no es absoluta, existen una serie de mecanismos que pueden desarrollar su inaplicación, inconstitucionalidad o inconvencionalidad. Ese es el sentido del control difuso de la Constitución (Casal, 2006), el cual, en el ámbito de los conflictos familiares, provoca un problema mayor que el mismo contexto social expuesto en el análisis del expediente judicial, porque el conflicto familiar se agudiza y, ante ello, el juez se muestra displicente con respecto a emplear un método de evaluación del conflicto legal, social y familiar porque enfatiza elementos procesales y procedimentales, para así no intervenir en el contexto que subyace a los elementos formales del proceso judicial.

La autolimitación del juez que evalúa estos procesos judiciales en su despacho judicial resulta incomprensible para la parte desfavorecida por el comportamiento intransigente, malicioso y temerario de la otra parte, el cual finalmente provoca una reacción innecesaria. Esta puede ser el incumplimiento de las obligaciones económicas pactadas y detalladas en el acta de conciliación, la sustracción de un menor ante el incumplimiento del régimen de visitas o la generación de actos de violencia familiar. Ante este panorama descriptivo, resulta válido plantear algunos elementos referenciales.

La Evaluación de los Conflictos Familiares en el Ámbito Judicial²

Uno de los grandes defectos del contexto judicial en el cual se analizan conflictos familiares está en el modo empleado para evaluar el verdadero alcance del mismo, sujeto sobre todo a un nivel

2 En el contexto aplicativo de la presente ponencia, se considera oportuno mencionar los alcances conceptuales detallados en el artículo “El Control Difuso del Acta de Conciliación Sometido a Proceso de Ejecución”, publicado en *Gaceta Civil & Procesal Civil* (Tomo 69), 2019, 298-307.

evaluativo sumamente displicente y negligente. Esto ocurre en particular cuando están involucrados niños y adolescentes, en quienes tiene un efecto negativo, principalmente porque son sometidos a situaciones de alienación parental, obstrucción de vínculo y padrectomía, que son las más comunes en contextos de conflictos familiares, además de a situaciones de omisión de asistencia familiar; sustracción de niños, tanto a nivel nacional como internacional; y violencia familiar en condiciones extremas. Así, el sistema judicial, en el ámbito de la especialidad de derecho de familia, incurre en errores sustanciales que amplían el conflicto familiar a un nivel en el cual los derechos de los niños y adolescentes inmersos en el trámite judicial son invisibilizados por segunda vez, por parte del Poder Judicial. Cabe resaltar que los conflictos familiares son los de mayor incidencia en la carga procesal que se registra en el Poder Judicial y el Ministerio Público, que por su naturaleza corresponden a las especialidades de derecho civil, de familia, sucesorio y penal, pues involucran distintos elementos constitucionales, procesales, probatorios y administrativos. Es sobre la base del ejercicio de sus capacidades y facultades que las partes en conflicto y contradicción de intereses y derechos, identificadas como “partes procesales”, pueden disponer de sus derechos, y regular sus obligaciones y derechos tanto respecto de sí mismos como a favor y respecto de personas dependientes, especialmente los hijos procreados, quienes forman parte de la familia en crisis y la situación de conflicto. La diferenciación entre la condición con la cual participan en el proceso judicial y en el conflicto es un factor que no logra ser analizado en el ámbito judicial cuando se solicita la ejecución de un acta de conciliación.

Tanto el trámite judicial como el procedimiento conciliatorio pueden ser secuenciales y autónomos, e inclusive durante el mismo desarrollo del proceso judicial se puede ejecutar un procedimiento conciliatorio. Por ello, la evaluación del comportamiento de las partes en la negociación y conciliación debe ser reinterpretada, ya que se ha aceptado comportamientos contrarios a la buena fe, y la diligencia respecto de la ejecución de derechos y obligaciones.

Las condiciones materiales y personales que indexeden en las circunstancias económicas, sociales y familiares de las partes en conflicto son altamente volátiles, no corresponden a un contexto atemporal y pueden variar por factores exógenas a las mismas. Por ello, la mayoría de actas de conciliación no desarrollan aspectos como los que se señalan a continuación.

La regulación de derechos y obligaciones entre las partes respecto de los hijos a la mayoría de edad de los mismos. Los progenitores no toman en cuenta que cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad las obligaciones económicas y familiares entre quienes suscriben el acta de conciliación varía en función a las condiciones personales de los nuevos actores individuales: los hijos. En tal sentido, las obligaciones morales y materiales pueden mantenerse en el tiempo, pero varía el sentido de la negociación: a partir de ese momento es un mecanismo personal y directo entre cada progenitor y su hijo, lo que usualmente provoca una situación contradictoria entre los progenitores, especialmente porque el administrador de los alimentos ya no tiene legitimidad para obrar con respecto a la gestión y disposición de un patrimonio que previamente era utilizado con discrecionalidad. La provisión de alimentos se podría mantener en función de la educación formativa del hijo, que convierte a la prestación en condicional y restrictiva, porque se debe cumplir determinadas condiciones (García, 1999), cuyo contenido en la actualidad presenta una serie de imprecisiones:

- a. En cuanto al “seguimiento de estudios aprobatorios”, los jueces admiten un promedio de 11.71 como suficiente (“¿Promedio de 11.71 basta para que estudiante mayor de

edad”, 2018). Ello implica el reconocimiento de un comportamiento negligente del *alimentista* respecto de sus propios derechos; no obstante, para el sistema judicial, el derecho a los alimentos prevalece sobre el verdadero sentido y objetivo de la educación (como derecho) a favor del alimentista (Pereyra, 2018).

- b. Existe la posibilidad de mantener en abierto el límite para la determinación del fin de la obligación alimentaria, la cual se puede generar por varios factores, como el nacimiento de un hijo del alimentista; el acceso a un trabajo; o el seguimiento de una capacitación, estudio o especialización a nivel de posgrado, situaciones que no responden a la *ratio legis* de la regulación legal de alimentos a favor de hijos mayores de edad contemplada en el Código Civil. Véase en este contexto la interpretación del derecho a la pensión de alimentos desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 01656-2012-PA/TC, ante el pedido de una hija mayor de edad que se basa en la aplicación del artículo 34 del régimen pensionario del Decreto de Ley 20530, a pesar de que en sus mismos fundamentos señala que cuenta con un título profesional de pregrado y que plantea “acceder” a la pensión de orfandad porque está cursando estudios de posgrado (maestría en Tecnología de Alimentos) a la vez que está soltera.

Como se puede apreciar, es necesario que las acciones para “evaluar” el acceso o mantenimiento de un derecho que se relativiza en función a las propias capacidades del hijo mayor de edad sean mejor precisadas en la legislación, porque de lo contrario continuarán generando contextos en los cuales se puede formular demandas judiciales que tengan como pretensión real y directa abusar de una condición frente al progenitor.

Lo detallado es casi invisible ante el alcance de los artículos 424 (respecto de la mayoría de edad y el derecho subsistente de percibir alimentos) y 473 (respecto de la atención de la autosubsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas) del Código Civil, que en esencia producen hijos mantenidos o hijos parásitos (Poli, 2011, p. 51), pues no se toma en cuenta que estos alimentistas pueden acceder a ejecutar su derecho a trabajar, al haber cumplido los 18 años. Véase que el comportamiento de mala fe, que genera acciones maliciosas y temerarias en los procesos judiciales, prácticamente es fomentado por la propia incapacidad de la ley para evaluar adecuadamente un conflicto familiar, situación que enfatiza la diferencia material que existe entre la evaluación de un conflicto en la especialidad civil y en la especialidad de familia. La naturaleza del conflicto, determinada por especialidad, permite plantear dichos elementos.

Paralelamente, las actas de conciliación no tratan ni estipulan situaciones en las cuales una parte asume una actitud negativa para el desarrollo y formación de los hijos, principalmente ante casos de alienación parental, obstrucción de vínculo y padrectomía. Ante tal situación, los progenitores, sin tenencia a la mayoría de edad de sus hijos, asumen que el vínculo familiar será un elemento que generará una incertidumbre que, a su vez, incidirá en los niveles de violencia y agravará el conflicto.

La regulación de derechos y obligaciones entre las partes respecto de sus condiciones personales, económicas, de estatus civil o familiares. Las partes no asumen que su estilo, condición de vida o estado civil podría cambiar a lo largo del tiempo a una determinación inmediata de sus obligaciones y derechos con una proyección permanente y pétrea. Por ejemplo, el establecimiento de una nueva relación de pareja que genere una relación matrimonial

o convivencial, o el nacimiento de nuevos hijos, es una opción descartada de plano por las partes que suscriben un acuerdo de conciliación; por ello, en los planteamientos de demandas sobre reducción o incremento de la pensión de alimentos, estos elementos se registran en los fundamentos de hecho. Sin embargo, estos se registran en vano, porque el juez no les presta atención, a pesar de que, a nuestro criterio, dichos elementos viabilizan que este ejecute un control difuso sobre el expediente, aun si este es de naturaleza ejecutiva.

Las condiciones de variabilidad de la economía personal o familiar, así como el contexto económico del país, pueden variar en el tiempo, y ni el legislador ni el juez ni el conciliador toman en cuenta ese factor. En España, ante la crisis económica, la práctica judicial ha permitido reformar los patrones establecidos en las sentencias regulatorias de las condiciones económicas y personales entre las partes de un proceso de divorcio o determinación de derechos y obligaciones, y en los procesos de alimentos, tenencia y división del patrimonio familiar (Sosa, 2018). Se aplica el principio de realidad de los hechos, con lo cual se flexibiliza la sentencia, ya que esta resulta insostenible en el tiempo.

En el Perú, esta opción resulta imposible de materializar, porque se podría atentar contra los derechos de las partes más débiles del conflicto familiar, sin tomar en cuenta que las personas que conforman una relación familiar, esté en crisis o no, pueden atravesar cambios en sus condiciones personales en el transcurso del tiempo.

La regulación de medidas preventivas en el trámite del proceso judicial para lograr el cumplimiento efectivo de las obligaciones. Las partes asumen que el carácter ejecutivo del acta de conciliación es un disuasivo eficaz, que permite la ejecución de las obligaciones y derechos regulados en forma autónoma. No se toma en cuenta que eventualmente las partes desfavorecidas por los acuerdos conciliatorios tienen el derecho de ejecutar un proceso judicial (o varios) para cambiar los acuerdos iniciales, o que eventualmente pueden llevar a cabo acciones maliciosas y temerarias contra la ejecución de la mencionada acta de conciliación, por ejemplo, las siguientes: renunciar al empleo para evitar el descuento por planilla, mudarse o migrar a otra ciudad para evitar la comunicación con la contraparte y omitir entregar los alimentos ante actos no aceptados por la parte obligada a brindarlos. Es posible registrar, en los procesos judiciales en que se analizan estos asuntos, los fundamentos de las partes que omiten cumplir sus obligaciones y que, a pesar de dicha “justificación”, no asumen la atención de sus problemas legales de modo diligente o eficaz. La reacción que eleva el clima de violencia en el conflicto familiar es un resultado previsible. El riesgo de no asumir estas cuestiones, tanto de parte del conciliador como del juez y del legislador, es tan elevado que prácticamente se asume que la conciliación finaliza un conflicto familiar. Dicho razonamiento es un error que denota la poca visión existente en cuanto a políticas públicas de atención a necesidades sociales en el ámbito familiar.

La verificación de la capacidad económica, de disposición y de cumplimiento de los acuerdos conciliatorios. Las partes prácticamente asumen que lo que se regulará en el acta de conciliación tiene un carácter pétreo y será inmutable, porque las condiciones personales, familiares, económicas y sociales de las partes que lo suscriben no cambiarán en el tiempo. En este contexto, la determinación de las condiciones y capacidades de las partes en la negociación y conciliación resulta ser tan incongruente con lo que se acuerda en el acta de conciliación que permite detallar las razones por las cuales los procedimientos conciliatorios han fracasado

en el país. Las situaciones en las cuales la sumatoria de obligaciones con incidencia económica superan el 60 % de la remuneración del obligado a prestar alimentos no son cuestionadas por los conciliadores ni tampoco por los jueces, a pesar de su expresa mención en la contestación de demanda por parte del demandado.

Mayor detalle revisten las condiciones sobre la base de las cuales se determinan *derechos de carácter económico* a futuro, sin tomar en cuenta lo volátil de las situaciones personales, económicas, familiares y sociales, y sin considerar las condiciones económicas y estructurales del país. En esencia, dichas condiciones terminan por generar un derecho que resulta sumamente complicado de cumplir, y que en un trámite judicial no es cuestionado ni evaluado por el juez, quien se convierte en un agente de trámite del expediente judicial.

La ejecución de la parte del acta de conciliación no cumplida por la parte obligada a ello, junto con el registro de la omisión de la declaración del incumplimiento de las obligaciones de la parte demandante. Uno de los aspectos más puntuales que se observan en los procesos de ejecución de acta de conciliación es la ausencia de la declaración de los demandados respecto del incumplimiento de algunas obligaciones de la parte demandante. Así, las partes demandantes omiten comunicar al juzgado sobre dichas obligaciones, y asumen solo una actitud pasiva o de víctima ante la contraparte. La formalidad y el esquema del trámite del proceso de ejecución del acta de conciliación limita la facultad del demandado de exigir el cumplimiento de las obligaciones de la parte demandante. Todo ello ocurre ante la pasividad del juez.

La reacción psicológica de la parte demandada ante lo que considera una injusticia se incrementa cuando los jueces asumen que deben ejecutar un rol administrativo en el trámite del proceso, para así evadir un comportamiento de carácter jurisdiccional, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Ante ello, el registro de un comportamiento negligente en la evaluación de un conflicto humano contenido en un expediente judicial, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil (que discute el principio de socialización del proceso) permite explicar la ineficiencia del sistema jurisdiccional en la atención de los conflictos familiares en el país.

Con respecto a dicha ineficiencia, y debido a que “un sistema judicial deficiente genera costos de transacción elevados” (Eyzaguirre, 1997, p. 126), también es posible analizar el panorama oneroso que provoca el manejo irracional de costos humanos en la atención temporal de un conflicto familiar, así como costos logísticos y administrativos elevados y deslegitimadores para el Poder Judicial y para el propio Estado, los cuales no generan una solución al conflicto familiar.

Las Deficiencias en el Ámbito de la Determinación de los Contenidos de un Acta de Conciliación

Frente a lo previamente detallado, corresponde indicar los errores más frecuentes en la propia configuración de los acuerdos contenidos en un acta de conciliación.

El contenido y la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, principalmente por desconocimiento de sus límites y alcances

Las actas de conciliación, en general, son en esencia imprecisas, porque son formuladas atendiendo la subjetividad de las partes en la negociación y omitiendo real intervención del

conciliador, quien ante la volatilidad del mecanismo de negociación entre las partes opta por no desarrollar un rol más activo ni intenta resolver puntos controversiales. Esta práctica tiene algunos resultados específicos:

- a) Las actas de conciliación tienen errores materiales que generan condiciones de nulidad, como contravenir, por ejemplo, derechos irrenunciables. Las situaciones de negociación y exposición al chantaje emocional, familiar o económico por parte de las partes durante la conciliación no suelen ser analizadas por la doctrina, pero los conciliadores y los propios magistrados tienen amplio conocimiento de ellas.
- b) Las actas de conciliación tienen errores materiales que pueden generar su anulación.
- c) Las actas de conciliación contienen elementos económicos leoninos, o contrarios a la buena fe en la negociación y conciliación. Existen diferencias entre estos elementos:
 - i. Derechos del alimentista: En algunas situaciones, un progenitor tiene hijos en diferentes relaciones de pareja y las condiciones prestacionales de la cuota alimentaria difieren entre sí, lo cual debe ser planteado en diferentes procesos judiciales, sin que la ley tome previsión a estas situaciones.
 - ii. Derechos del administrador de los alimentos: Eventualmente, cuando la parte que administra los alimentos accede a una fuente laboral o económica, se modifica, *de facto*, las condiciones preliminarmente establecidas en el acta de conciliación; sin embargo, por regla general, esta situación no es asumida por dicha persona, como si fuera posible excluir tal condición del contexto de las relaciones familiares.
 - iii. Capacidad económica de un progenitor obligado a prestar alimentos
 - iv. Capacidad económica del otro progenitor

Estos elementos son prácticamente invisibilizados en los trámites conciliatorios.

La no consideración de la posible variación en el tiempo de las circunstancias del conflicto familiar y la situación de cada parte en las conciliaciones

Conforme se ha detallado en varios trabajos que analizan el conflicto familiar, las partes que establecen un acta de conciliación no asumen el paso del tiempo en la ejecución de dicho documento. No se toman en cuenta los cuatro tiempos en los cuales las condiciones personales, económicas, familiares y sociales de las personas involucradas en el conflicto familiar pueden variar:

- a) Tiempo 1, cuando se suscribe el acta de conciliación;
- b) Tiempo 2, cuando se ejecutan los acuerdos contenidos en el acta de conciliación;
- c) Tiempo 3, cuando se plantea la ejecución del acta de conciliación a nivel judicial;
- d) Tiempo 4, cuando se desarrollan elementos posteriores a la ejecución del acta de conciliación en un proceso judicial.

La no percepción de la condición mutable del acta de conciliación por las partes

Como complemento del punto precedente, también existen factores como los siguientes:

- a) El nacimiento de nuevos hijos
- b) La asunción de una nueva relación de pareja, que puede generar una relación matrimonial, convivencial concubinaría o de enamoramiento
- c) La variación de las condiciones laborales de cada parte (dado que la obligación económica a favor de los hijos es equivalente)

- d) La variación de las condiciones familiares de cada parte (por ejemplo, la atención económica a los progenitores de las partes)

Además, existen otros cambios que no suelen ser tomados en cuenta durante el trámite de las negociaciones ni en la propia conciliación, por lo que no es posible evaluarlos en el ámbito judicial:

- a) Las variaciones unilaterales del acta de conciliación, que son aceptadas y asumidas por las partes en contradicción, quienes no plantean ningún recurso judicial ante ese contexto
- b) Las variaciones de los acuerdos contenidos en el acta de conciliación sobre la base de un acuerdo implícito por las propias partes
- c) El incumplimiento de condiciones reguladas en el acta de conciliación que no generan una confrontación entre las partes, principalmente debido al crecimiento de los hijos (por ejemplo, en el ámbito del régimen de visitas o tenencia de los mismos)

El Juez y el Proceso de Ejecución de Acta de Conciliación

Conforme con la legislación aplicable al asunto abordado, en la cual se complementa lo dispuesto por el *Código de los Niños y Adolescentes*, existen la Ley 26872, Ley de Conciliación; la Ley 27007, Ley que Faculta a las Defensorías del Niño y el Adolescente a Realizar Conciliaciones Extrajudiciales con Título de Ejecución; y el Código Procesal Civil, en caso de requerimiento por incumplimiento de un acta de conciliación, respecto de sus contenidos, se puede llevar a cabo un proceso ejecutivo.

La propia naturaleza del proceso aplicable a la ejecución de un acta de conciliación limita la participación del juez en la evaluación de las obligaciones y derechos detallados en el acta suscrita por los progenitores, factor que se extiende a la evaluación a los demás casos judiciales, en función al contenido material de la controversia que es determinada por el legislador. En el presente caso, el procedimiento conciliatorio estaba vinculado al ámbito de la desjudicialización de conflictos familiares, para que así puedan regularse en forma privada las obligaciones alimentarias, la tenencia, el régimen de visitas, la custodia y los permisos de viaje de hijos menores de edad. El fracaso material de este mecanismo de solución de conflictos eventualmente ha provocado su exclusión de las reformas normativas de lo procesal que el Ministerio de Justicia había planteado a través de las Comisiones de Reforma del Código Civil y el Código Procesal Civil, pese a la defensa de la institución conciliatoria por parte de algunos profesores y especialistas (Pinedo, 2018).

Corresponde señalar que, más allá de las críticas a lo procesal y a lo que implica el acceso a un servicio público de tanta importancia como la administración de justicia (Cavani, 2018), las deficiencias del sistema conciliatorio se deben a la acción de las propias partes en el procedimiento. Las partes implicadas ejecutan una serie de comportamientos que se pueden identificar:

- a) Comportamientos negligentes respecto de la tutela de los propios intereses y derechos
- b) Comportamientos negligentes respecto de los derechos de los hijos, a quienes prácticamente se les invisibiliza
- c) Comportamientos maliciosos que suelen relacionarse con el carácter desproporcional de los acuerdos contenidos en el acta de conciliación

- d) Comportamientos temerarios que pueden provocar la nulidad del documento, por su propio contenido, y un nivel de negociación próximo al chantaje emocional, familiar o económico (por ejemplo, mediante la limitación del vínculo familiar entre un progenitor y los hijos de este a causa de la contraparte)

Según esta apreciación, el juez no toma en cuenta que tiene una obligación material y un rol social ante y con el Estado, con la comunidad nacional y con las propias partes del conflicto familiar, tanto a nivel de partes procesales como a nivel de involucradas en el mismo, porque se autolimita al permitir que las partes procesales asuman conductas nocivas para el propio desarrollo de un proceso judicial, que afectan directamente a una contraparte procesal y una persona involucrada (generalmente un menor de edad). Si el juez autolimita sus competencias y funciones, ello impide garantizar la defensa irrestricta del Estado constitucional de derecho legitimando al sistema judicial, y haciendo eficaz la prestación del servicio público de la impartición y administración de justicia. Basta con observar el contenido material de lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, donde se detalla que “la potestad de administrar justicia **emana del pueblo** [énfasis añadido]”, porque el juez puede ejecutar acciones de control difuso en su propio juzgado ante el trámite de un proceso de ejecución de acta de conciliación.

Una simple evaluación de normatividad al desarrollo de las competencias y jurisdicción del juez permite afirmar que la legislación a ser empleada abarca la *Convención Americana de Derechos Humanos*, la Constitución de 1993, el *Código Civil* (respecto de varios artículos del Título Preliminar), el *Código Procesal Civil* (respecto de varios artículos del Título Preliminar), el *Código del Niño y del Adolescente*, la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, la *Ley de Conciliación* y algunas normas complementarias. Una evaluación constitucional de las normas de mayor jerarquía que determinan la naturaleza procesal ejecutiva del trámite en el presente caso podría validar la tutela de derechos de la parte demandante, quien, a pesar de su displicente comportamiento en las negociaciones en el procedimiento conciliatorio, no puede verse desprotegida ante el abuso de derecho de una contraparte procesal. En caso contrario, el juez estaría dando viabilidad a la posibilidad de que el legislador opte por desjudicializar los procesos de ejecución de acta de conciliación para transferirlos a otros ámbitos o instancias, lo cual finalmente solo incrementaría la violencia presente en los conflictos familiares ya en desarrollo.

La Reforma Integral del Proceso Conciliatorio

A pesar de lo expuesto, es posible validar una opción que justifique la vigencia de los procedimientos conciliatorios en el país, pero para ello es necesario plantear algunas condiciones esenciales:

- a) La obligatoriedad de suscribir acuerdos sobre la base de la declaración y posición temporal de las partes, lo cual permitiría que las partes puedan modificar los alcances de lo acordado en función de las variaciones objetivas que pudieran presentarse y mejoraría la capacidad de negociación entre ellas en función a los elementos que respalden la eventual modificación de los acuerdos preliminares
- b) La determinación del deber de las partes en la negociación y conciliación de regular las condiciones a ser impuestas en casos de incumplimientos parciales o completos, tanto a nivel preventivo como represivo, en lo temporal o en forma definitiva, ya que la even-

tual determinación de estos parámetros mejoraría la predictibilidad en los resultados del trámite judicial, así como las condiciones económicas de las partes perjudicadas por dichos incumplimientos

- c) La limitación del deber de las partes en la negociación y conciliación de determinar las medidas disciplinarias y punitivas a ser impuestas por el juez, en tanto la intervención del Poder Judicial genera un sobre costo humano, económico, familiar e institucional ante la mala fe de una parte que incumple sus propios acuerdos

La Acción Judicial en el Ejercicio del Control Difuso

Tomando en cuenta lo expuesto preliminarmente, el juez, cuando debe evaluar un acta de conciliación y es requerido por una parte demandante para ejecutarla, debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) No debe cumplir un mero procedimiento administrativo en el ámbito jurisdiccional, debido a que eso anularía su propia capacidad de ser un funcionario público que actúa en la evaluación de una controversia expuesta por las partes procesales, y debe evaluar el caso en ciernes con objetividad y diligencia.
- b) Al evaluar un acta de conciliación en el contexto familiar, debe tener en cuenta la diferenciación de los niveles en los cuales se desarrolla el conflicto, para así prevenir la afectación de derechos, sobre todo de aquellas personas que no son parte procesal pero que se ven involucradas de forma negativa y secundaria en el trámite del proceso sometido a ejecución.
- c) Debe evaluar el contenido del acta de conciliación para así poder viabilizar su ejecución o su evaluación desde una perspectiva objetiva, y tomar en cuenta elementos teóricos, procesales y sustantivos en el ámbito convencional, constitucional, civil y familiar, conforme a lo siguiente:
 - i. En el ámbito convencional, los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular los casos *Gelman vs. Uruguay*, *Atala Ríffo y niñas vs. Chile*, *Fornerón e hija vs. Argentina*, y *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, resaltan la importancia de la tutela de los derechos de los niños y adolescentes que se ven inmersos en un contexto judicial promovido por sus progenitores.
 - ii. En el ámbito constitucional, la tutela de derechos no puede quedar supeditada al cumplimiento negligente del trámite de un proceso ejecutivo ni evitar tomar en cuenta el contexto humano, familiar y social aplicable al caso en evaluación en un expediente que requiere el cumplimiento de un acta de conciliación.
 - iii. En el ámbito civil, se debe tener en cuenta el contexto de la disposición de derechos de las partes en la conciliación, dado que estos deben quedar supeditados a las formalidades propias de todo proceso de negociación, así como la importancia de detallar que toda situación que incida en la capacidad de las partes deviene en la ilegalidad de la propia acta de conciliación.
 - iv. En el ámbito familiar, se debe analizar la tutela del vínculo familiar de los hijos, para así poder cumplir con los alcances previstos por el artículo IX del “Título Preliminar” del *Código del Niño y del Adolescente*.

Sobre la base de estos fundamentos, el juez, ante un requerimiento de cumplimiento de un acta de conciliación, puede intervenir de forma activa en el trámite del mismo y declarar su inaplicación por contravenir principios normativos detallados en el ámbito legislativo, conforme a los argumentos anteriormente expuestos, y atentar contra los derechos de las partes involucradas en el conflicto familiar.

Conclusiones

Si se considera la importancia de la tutela de los derechos de los niños y adolescentes en el ámbito judicial, limitar la capacidad del juez de ejecutar un control difuso sobre el trámite judicial requerido puede tomarse como un error material. Dicho error podría subsanarse si el juez ejecuta una correcta interpretación y evaluación del conflicto familiar en relación con los alcances y contenidos expuestos por las partes procesales en el acta de conciliación, para así poder evaluar si las obligaciones y derechos de las partes que han conciliado actúan en función de los derechos y el ámbito de tutela que los progenitores deben desarrollar a favor de sus hijos.

REFERENCIAS

- Bermúdez Tapia, M. (2019, 1 de marzo). El control difuso del acta de conciliación sometido a proceso de ejecución. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 69, 298-307.
- Casal Hernández, J. M. (2006). *Constitución y justicia constitucional*. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Cavani, R. (2018). *¿Matar la conciliación extrajudicial?* Recuperado de <https://laley.pe/art/5147/-matar-la-conciliacion-extrajudicial->
Constitución Política del Perú. (1993, 30 de diciembre).
- Código Civil. (1984, 25 de julio). *El Peruano*.
- Sosa, M. (2018). *Los divorciados con hijos perderán el derecho a la vivienda familiar si conviven con una nueva pareja*. Recuperado de https://elpais.com/sociedad/2018/11/23/actualidad/1542979125_062811.html.
- Eyzaguirre, H. (1997). Marco institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina. En E. Jarquín & F. Carrillo (Eds.), *La economía política de la reforma judicial* (pp. 85-98). Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- García de Leonardo, T. M. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Ley 26872. Ley de conciliación. (1997, 13 de noviembre) *El Peruano*.
- Ley 27007. Ley que faculta a las defensorías del niño y el adolescente a realizar conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución y el Código Procesal Civil. (1998, 2 de diciembre). *El Peruano*.
- Pereyra, T. (2018). *¿Qué se debe entender por “estudios exitosos” para que estudiante mayor de edad conserve pensión de alimentos?* Recuperado de <https://legis.pe/promedio-11-71-estudiante-mayor-de-edad-conserve-pension-alimentos/>.
- Pinedo Aubián, M. (2018). *El proyecto del nuevo CPC y su intento de matar la conciliación extrajudicial*. Recuperado de <https://laley.pe/art/5136/el-proyecto-del-nuevo-cpc-y-su-intento-de-matar-a-la-conciliacion-extrajudicial>.
- Poli, O. (2011). *Madres demasiado madres: Para no criar pequeños tiranos e hijos consentidos*. Madrid, España: Rialp.
- ¿Promedio de 11.71 basta para que estudiante mayor de edad conserve pensión de alimentos? (2018). *La Ley*. Recuperado de <https://laley.pe/art/480/promedio-de-11-71-basta-para-que-estudiante-mayor-de-edad-conserve-pension-de-alimentos>.