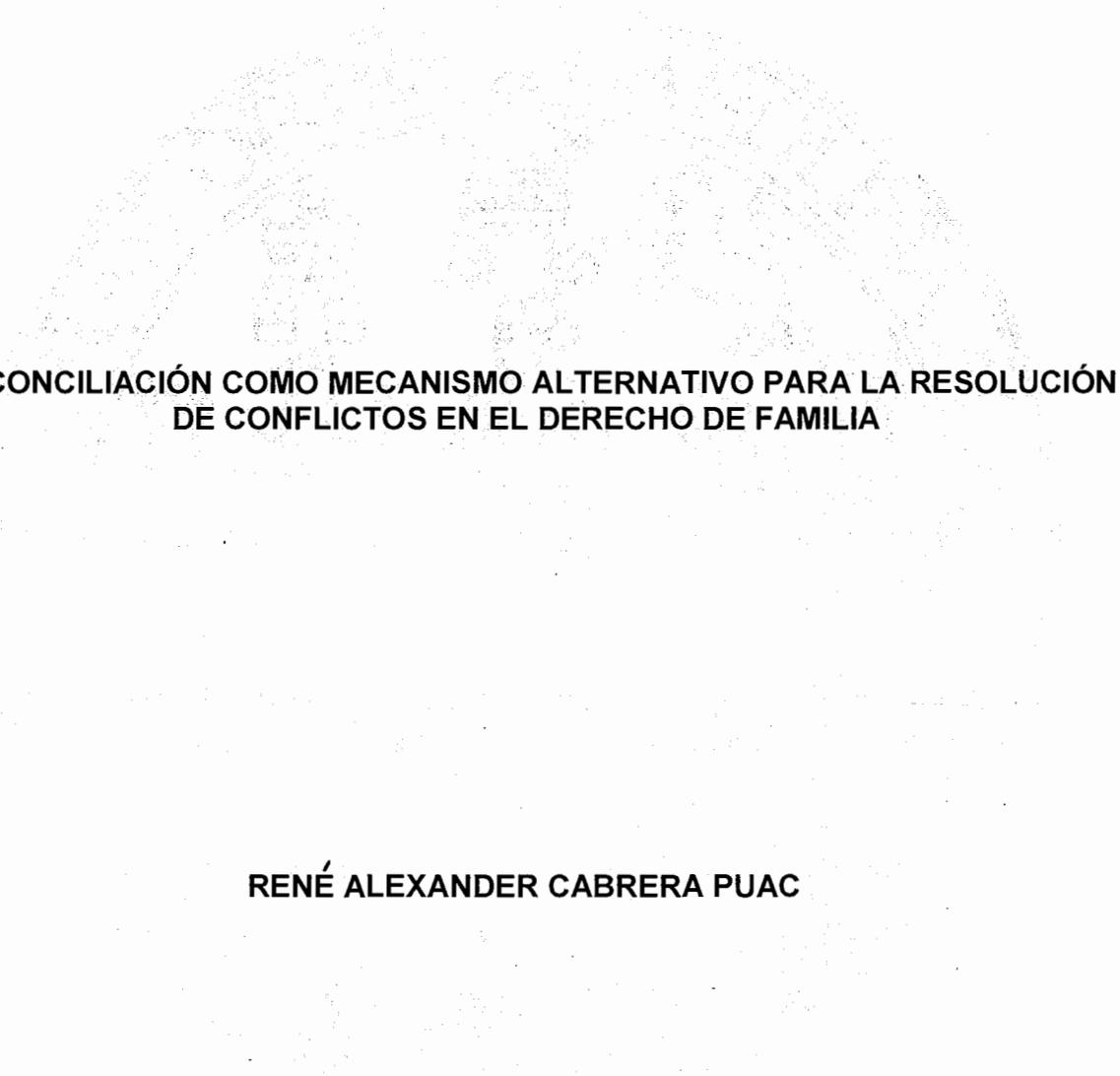


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA**

RENÉ ALEXANDER CABRERA PUAC

GUATEMALA, JULIO DE 2011

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RENÉ ALEXANDER CABRERA PUAC

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. María Del Carmen Mansilla Girón
Vocal: Licda. Rosa Orellana Arévalo
Secretario: Lic. Bayron René Jiménez Aquino

Segunda Fase:

Presidenta Licda. Crista Ruiz de Juárez
Vocal: Licda. Eloisa Ermila Mazariegos Herrera
Secretario Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. José Alfredo Solano Chuy

ABOGADO Y NOTARIO

8a. Avenida 12-29, Zona 1, 2do. Nivel, Of. 2 • Edificio Espinoza Castañeda
Teléfonos: 2220-9779 • 5784-0844
E-mail: josealfredosolanochuy@yahoo.es



Guatemala, 10 de noviembre de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Respetable Licenciado Castillo Lutín:



Atentamente me dirijo a usted para hacer, de su conocimiento que procedí a la asesoría de la tesis del bachiller RENE ALEXANDER CABRERA PUAC, que se intitula: "LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA". Después del trabajo recaído en mi persona, le informo que:

- a) El trabajo de tesis abarca un contenido técnico y científico, que estudia la importancia de aplicar la conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de un conflicto en los asuntos de familia.
- b) En el desarrollo de la tesis, se empleó la metodología y técnicas de investigación adecuados. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, el cual dio a conocer la importancia de la conciliación; el sintético, determinó para comparar normas y procedimientos internacionales con el normativo en materia de conciliación; el inductivo, estableció sus características y diferencias y el deductivo, indicó las características generales. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información doctrinaria y legal actualizada.
- c) En lo relacionado a la redacción, el ponente durante el desarrollo de la tesis empleó un lenguaje adecuado. Los objetivos determinaron la importancia que tendría en los procesos de naturaleza de derecho de familia la aplicación de la conciliación.



Lic. José Alfredo Solano Chuy

ABOGADO Y NOTARIO

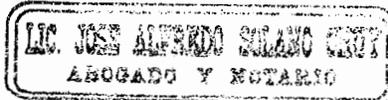
8a. Avenida 12-29, Zona 1, 2do. Nivel, Of. 2 • Edificio Espinoza Castañeda
Teléfonos: 2220-9779 • 5784-0844
E-mail: josealfredosolanochuy@yahoo.es



- d) En lo concerniente a la contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante, el mismo es fundamental para la sociedad guatemalteca; debido a que determina una solución rápida de conflictos.
- e) La redacción de las conclusiones y de las recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los cuatro capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos y técnicas apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a la importancia de la aplicación de la conciliación, como un mecanismo alternativo para resolver conflictos en el derecho de familia.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emite **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente,



Lic. José Alfredo Solano Chuy
Asesor de Tesis
Colegiado 6264

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de noviembre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante RENÉ ALEXANDER CABRERA PUAC, Intitulado: "LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

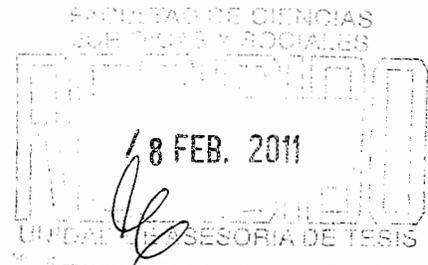
Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220



Guatemala, 08 de febrero de 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Como Revisor de tesis del bachiller RENÉ ALEXANDER CABRERA PUAC, de conformidad con el nombramiento emitido de fecha veintitrés de noviembre del año dos mil diez, en la elaboración del trabajo titulado: **"LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA"**; me complace manifestarle que:

1. El trabajo analiza un contenido científico, sobre la resolución de conflictos, con el sistema de la conciliación enfocado en el derecho de familia.
2. Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis fueron acordes y de utilidad para el desarrollo de la misma. Se utilizó el método analítico, con el que se dio a conocer el derecho de familia; el sintético, se encargó de enumerar las causas de los conflictos; el inductivo, indicó la aplicación de la conciliación y el deductivo, se utilizó para el análisis del tema desarrollado.
3. Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Después de reunirme con el bachiller Cabrera Puac, le sugerí varias correcciones a los capítulos, introducción y bibliografía de su trabajo, siempre bajo el respeto de su posición ideológica, y el sustentante estuvo de acuerdo en llevar a cabo las modificaciones; y en consenso con el ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo.

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220



4. Los objetivos se alcanzaron al establecer la necesidad de la conciliación en los problemas familiares. Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y documental, las cuales contribuyeron a obtener el material bibliográfico suficiente y actual para el desarrollo de la tesis.
5. De manera personal me encargué de guiar al estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación, aplicando para el efecto las técnicas y métodos apropiados y anteriormente anotados para la resolución de la problemática esbozada, con lo cual se comprueba la hipótesis, que determina la necesidad de implementar la conciliación en el derecho de familia, garantizando la resolución de conflictos.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala

Revisor de Tesis

Colegiado 6220

3av. 13-62 Zona 1

tel: 22382736

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinte de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RENÉ ALEXANDER CABRERA PUAC, Titulado LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

A DIOS:

Por su amor, su poder y su inmensa misericordia; porque sin Él, nada puedo hacer, porque me ha bendecido grandemente. Para Él sea toda la gloria, la honra y el poder.

A MIS PADRES:

Quienes incondicionalmente se han esforzado por enseñarnos a todos sus hijos principios y valores que es la mejor herencia que de ellos podemos recibir, por instruirnos en los caminos de Dios, y enseñarnos el valor del trabajo, la honestidad y el amor por mi patria Guatemala.

A MI ESPOSA E HIJAS:

Por ser la luz de mi vida, y confiar siempre en mi, las amo.

A MIS HERMANAS:

Por ser las mejores hermanas y amigas que tengo, que Dios les bendiga y les guarde siempre.

A MI ASESOR DE TESIS:

Especial aprecio y agradecimiento por sus consejos y la inversión de su tiempo.

A MI REVISOR DE TESIS:

Por invertir sus conocimientos y experiencia, en la revisión de la presente tesis.

A TODA MI FAMILIA:

Mis Abuelos, mis tíos y tías, Primos, Que Dios los bendiga.



A LOS PROFESIONALES:

Lic. Edgar Castillo, Licda. Mónica Raquel García, Lic. Estuardo Castellano, Licda. Claudia Ramos, Lic. Jose Alfredo Solano.

A MIS AMIGOS:

Daniel Gonzales, Ivan Marquez, Julio Hernández, Jorge Ovalle, Sandra Herrarte, Fernando, Rosario, Carmen, Ruth, Jorge, Susi Hernández, Elder (QPD). Y a todos los demás compañeros que Dios les llene de bendiciones

A MI QUERIDA FACULTAD DE:

Ciencias Jurídicas y Sociales, a quien prometo siempre defender y honrar con principios, valores y sobre todo ética.

A LA GLORIOSA:

Universidad de San Carlos de Guatemala,
Tricentenaria Alma Mater.



ÍNDICE

Pág.

| | |
|-------------------|---|
| Introducción..... | i |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I

| | |
|---|---|
| 1. Derecho civil..... | 1 |
| 1.1. Historia..... | 3 |
| 1.2. Contenido..... | 6 |
| 1.3. Ubicación del derecho civil dentro de las ramas del derecho..... | 7 |
| 1.4. Características..... | 9 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. Derecho de familia..... | 11 |
| 2.1. Definición..... | 12 |
| 2.2. Características..... | 13 |
| 2.3. Materias de derecho de familia..... | 15 |

CAPÍTULO III

| | |
|--|----|
| 3. Conciliación..... | 31 |
| 3.1. Antecedentes históricos de la conciliación..... | 32 |



Pág.

| | |
|--|----|
| 3.2. Definición..... | 34 |
| 3.3. Principios generales y procesales que informan a la institución de la Conciliación..... | 39 |
| 3.4. Naturaleza jurídica..... | 41 |
| 3.5. Clases..... | 44 |
| 3.6. Los elementos..... | 47 |
| 3.7. El arbitraje..... | 48 |
| 3.8. La mediación..... | 51 |

CAPÍTULO IV

| | |
|--|-----------|
| 4. Alternativas no jurisdiccionales para resolver conflictos..... | 71 |
| 4.1. La conciliación y sus posibilidades..... | 74 |
| 4.2. Modalidades de la conciliación..... | 75 |
| 4.3. La conciliación procesal..... | 79 |
| 4.4. La conciliación en el ordenamiento legal..... | 80 |
| 4.5. La conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en el derecho de familia..... | 81 |
| CONCLUSIONES..... | 83 |
| RECOMENDACIONES..... | 85 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 87 |



INTRODUCCIÓN

La justificación de la presente investigación es por la necesidad de utilizar los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos de naturaleza civil, específicamente en el derecho de familia, en medio de una situación dramática de congestión de procesos de esa naturaleza en los órganos jurisdiccionales, lo cual resulta absolutamente si se tiene en cuenta las estadísticas.

La definición del problema a investigar consiste en que actualmente, si bien la conciliación es obligatoria en todo proceso de derecho de familia, la misma es de carácter intra-procesal, lo cual no se cumple con los principios de celeridad y economía procesal que son vitales en la figura jurídica de la conciliación puesto que en el mayor de los casos se plantea primero la demanda y luego de notificada a la parte demandada se lleva a cabo una audiencia de conciliación, causando congestionamiento de procesos en los organismos jurisdiccionales. Con la aplicación de la conciliación como mecanismo alternativo para resolver conflictos en el derecho de familia, se permite que las partes en conflicto eviten someterse a un proceso posterior que en muchos casos resulta ser muy largo y oneroso, además descongestiona la acumulación de procesos en los juzgados.

La hipótesis formulada se comprobó al establecer la forma de resolver conflictos familiares y al mismo tiempo descongestionar el sistema judicial. Los objetivos generales de la investigación principalmente son determinar la importancia que tienen en los procesos de naturales de derecho de familia la aplicación de la conciliación alternativamente. Y en los específicos evidenciar si los jueces de familia aplican en sus



judicaturas la conciliación para que resuelvan los conflictos antes de iniciar un juicio.

Los supuestos se enfocan en la conciliación como un ente armonizador de intereses y principios divergentes que pueden resolver los diversos conflictos en el derecho de familia.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, se refiere al derecho civil, historia, contenido, ubicación y características; el segundo, trata del derecho de familia, definición características y materias; el tercero, indica la conciliación, antecedentes, definición y principios y el cuarto indica las alternativas no jurisdiccionales para resolver conflictos, la conciliación y posibilidades, modalidades de la conciliación procesal.

Se utilizó la teoría publicista donde se ha tratado de persuadir a los lectores sobre la importancia de la conciliación como un mecanismo alternativo en la resolución de conflictos en el derecho de familia.

Se manejaron los siguientes métodos: analítico, ya que con el mismo se señaló la importancia del derecho de familia; el sintético, demostró la importancia de la conciliación y el deductivo, se utilizó determinar la forma de evitar conflictos aplicando la conciliación. Se empleó la técnica de fichas bibliográficas, para organizar el contenido y poder desglosarlo.

La conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en el derecho de familia es un método que ayuda a evitar los trámites engorrosos de un proceso judicial y evitar divorcios y separaciones entre otros.



CAPÍTULO I

1. Derecho civil

El derecho civil es una rama del derecho que reconoce a cada persona como sujeto de derecho, más allá de sus actividades peculiares. Pero lo general, abarca al conjunto de normas que están incluidas dentro del Código Civil.

“El derecho civil es aquel que regula las relaciones privadas de los ciudadanos entre si. Se trata del conjunto de normas jurídica que rigen los vínculos personales o patrimoniales entre personas privadas, ya sean físicas o jurídicas, tanto de carácter privado como público. Su objetivo es proteger los intereses de la persona en el orden moral y patrimonial”.¹

El derecho civil, por lo tanto, comprende el derecho de las personas, esto quiere decir que regula su capacidad jurídica, el derecho de las obligaciones de los contratos, el derecho de bienes, el derecho de familia, el derecho de sucesiones y las normas de responsabilidad civil.

La convivencia de los hombres en sociedad exige la vigencia de normas a las cuales deben ajustar su conducta, sin ello reinaría el caos.

¹ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil**, pág. 69.



En la antigüedad las normas primitivas estaban mezcladas con la religión y la moral, no había un diferenciamiento entre moral y derecho y este no estaba ordenado por normas.

Solo algunas de estas normas sociales cuyo respeto se reputan tan necesarias e importantes, serán con imposición obligatoria por parte del estado, es decir que son normas jurídicas.

Pero para ser derecho no basta con que el Estado las imponga, tienen que ser conformes a la idea de justicia, sino son simples normas obligatorias pero no derecho.

Hay normas que no son impuestas por la ley positiva, sin embargo son obligatorias ya que surgen del derecho natural o de la costumbre.

“El derecho civil ha conservado en su seno todo lo que es realmente fundamental del derecho privado: es el derecho que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades o profesiones peculiares; que regla sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando éste actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humano”.²

“El derecho civil se ocupa, por consiguiente, del sujeto del derecho, sea la persona natural o jurídica; se ocupa, asimismo, de la familia y establece lo deberes y derechos

² Puig Peña. Federico. **Tratado de derecho civil**, pág. 189.



que nacen del parentesco; del objeto de los derechos, o sea, de lo bienes y de las cosas; de los actos jurídicos, de los derechos patrimoniales y, en particular, de la propiedad, de las sucesiones, etc”.³

“Del mismo modo, en ocasiones se denomina derecho civil al conjunto de normas incluidas dentro de un Código Civil”.⁴

El que regula las relaciones entre las personas y sus bienes. El regulador de las instituciones de derecho privado común. Sistema de normas de carácter general o común que regulan las relaciones jurídicas de los particulares individuos o entes colectivos dentro del agregado social protegiendo la persona en sí misma y sus intereses tanto en el orden moral como en el orden patrimonial.

1.1. Historia

La evolución del concepto de derecho civil proviene de Roma, se distinguía entre *ius civile* e *ius gentium* o *naturale*:

- *Ius civile*: Se refiere al usado por los romanos, entendido no como una imposición, sino como un privilegio.

³ *Ibid*, pág. 19.

⁴ Frugoni Rey, Guillermo. **Manual básico de derecho civil**, pág. 14.



- **Ius gentium:** Se refiere al derecho común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad.

“El **ius gentium** se refiere a un sistema estrictamente romano para dar tratamiento jurídico a las relaciones entre romanos y extranjeros, sistema que sería producto de la expansión económica y militar del pueblo romano o **civitas**”.⁵

Es importante mencionar la polémica que existe al contraponer el **ius civile** al **ius pretorium** o **ius Honorarium**, el cual habría sido introducido con el propósito de suplir, ayudar y corregir el **ius civile**. “Pero esta contraposición no es real, el **ius pretorium** significa la renovación del **ius civile** provocada por las nuevas necesidades y por los nuevos hechos”.⁶

La palabra **civil** con que se define a esta rama del derecho proviene del latín “**civile**”.

En Roma se distinguía el **ius naturale** que era común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad y el **ius civile**, que era el derecho propio de los ciudadanos romanos. La ciudad era la noción equivalente a lo que hoy llamado estado con lo cual el derecho civil se refería al vigente en roma y comprendía normas de derecho público y privado.

⁵ Frugoni Rey, Guillermo. **Derecho privado**, pág. 69.

⁶ **Ibid**, pág. 70.



Esta denominación no perduró. La evolución de la sociedad y las complejidades de ciertas relaciones jurídicas fueron estableciendo desmembramientos y especializaciones.

El derecho civil constituye el derecho madre. Es un derecho residual. Regula todo lo que tenga que ver con la persona como persona en sí. Es básico, pero no es el único derecho que existe. Surgió como el único, pero a medida que la sociedad fue evolucionando, y convirtiéndose cada vez en algo más complejo, el derecho se especializa.

“El ius civile como derecho del cives, del ciudadano romano, no se identifica con el derecho privado. Es cierto que la construcción romana construyó de preferencia las instituciones privadas: persona, familia, propiedad, obligaciones, herencia, pero dentro del ius civile hay instituciones que son extrañas al derecho civil”.⁷

El ius Civile, en su sentido propio y originario sería el ordenamiento tradicional que habrían adoptado los grupos primitivos romanos reunidos en una comunidad política y estaría constituido por una serie de principios fundamentales establecidos por la jurisprudencia religiosa y luego laica de los prudentes.

Este núcleo de principios tradicionales se va ensanchando a lo largo de la historia del derecho romano naciendo un ius civile novum, por obra de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos y decretos de los príncipes. Al mismo tiempo, el viejo ius civile, el de

⁷ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho civil**, pág. 97.



los principios tradicionales experimenta la influencia del ius gentium y del ius pretorium o honorarium, y todos estos derechos van a ser ius civile en la compilación de Justiniano, porque con aquel se entroncaron y no se diferenciaron.

1.2. Contenido

El derecho civil habitualmente comprende:

- El derecho de las personas, que regula el inicio y fin de la existencia de las personas naturales y jurídicas, la capacidad jurídica y la administración de los bienes de los incapaces, los derechos de la personalidad, los atributos de la personalidad, es decir, los elementos que determinan las condiciones de cada individuo en su relación jurídica con los demás, tales como el estado civil, el domicilio, la nacionalidad, y ciertos derechos calificados de "personalísimos", por cuanto no pueden transmitirse o transferirse a otras personas.
- El derecho de las obligaciones y los contratos: que regula los hechos, actos y negocios jurídicos, y sus consecuencias y efectos vinculantes.
- El derecho de cosas o de bienes: que regula lo que se conoce como derechos reales y, en general, las relaciones jurídicas de los individuos con los objetos o cosas, tales como la propiedad, los modos de adquirirla, la posesión y la mera tenencia.



- El derecho de familia que regula las consecuencias jurídicas de las relaciones de familia, provenientes del matrimonio y del parentesco. Sin perjuicio, que parte de la doctrina la considera una rama autónoma del derecho.
- El derecho de sucesiones o sucesorio, que regula las consecuencias jurídicas que vienen determinadas por el fallecimiento de un individuo en cuanto a las formas de transmisión de sus bienes y derechos a terceros.

Por último, también incluye normas genéricas aplicables a todas las ramas del derecho, como la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, y normas de derecho internacional privado. Por esta última razón, el derecho civil recibe su denominación de *derecho común*.

El estudio del derecho civil comprende, además, el análisis de las diferentes acciones judiciales que el ordenamiento jurídico otorga para la protección de las situaciones jurídicas antes descritas.

1.3. Ubicación del derecho civil dentro de las ramas del derecho

“El derecho civil es el conjunto de normas jurídicas y principios que regulan las relaciones personales o patrimoniales entre personas privadas o públicas, tanto físicas como jurídicas, de carácter privado y público, o incluso entre las últimas, siempre que actúen desprovistas de imperium. Se le puede definir también, en términos generales, como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones más



generales y cotidianas de la vida de las personas, considerando a las personas en cuanto a tal, como sujeto de derecho, o como aquel que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades peculiares; que regla sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando este actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humanas”.⁸

Tomando en cuenta la definición del derecho civil como el estudio sistemático de normas o reglas que abarcan principios e instituciones, que llevan a obtener la doctrina y jurisprudencia de esta materia y considerando que el Código Civil es la agrupación y ordenación de normas jurídicas vigentes de la rama civil, se puede concluir que los códigos y leyes presentan lagunas, las cuales son controladas y superadas por la integración del derecho civil, es decir las normas más la doctrina más la jurisprudencia.

Por lo tanto se puede decir que el Código Civil forma parte del derecho civil, porque entonces el derecho civil es mucho más amplio que abarca no sólo a la doctrina, jurisprudencia y Código Civil, sino que además abarca otras leyes civiles que no están comprendidas en el Código Civil.

De manera que no todo el derecho civil se encuentra en el Código Civil, más sin embargo, el derecho civil abarca el Código Civil, porque esta rama del derecho es más amplia que el código en referencia, por cuanto es ciencia, mientras que el Código Civil es agrupación sistemática y organizada de ciertas normas civiles.

⁸ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 58.



1.4. Características

Las características del derecho civil, son:

- Derecho privado: El derecho civil ha sido desde la época del derecho romano el conjunto de normas que constituyen el derecho privado, entendiendo por tal a aquel que regula las relaciones entre las personas. Se oponía, por tanto, al derecho público, que regula las relaciones de las personas con los poderes del estado y de los poderes públicos entre sí.

“El derecho privado se encarga de regular las relaciones entre los particulares planteadas en su propio nombre y beneficio. Se trata de una rama del derecho constituida por el derecho civil y el derecho mercantil, entre otras”.⁹

El derecho privado tiene fines analíticos, al derecho público, que estudia el ordenamiento jurídico, que estudia el ordenamiento jurídico de los vínculos entre los ciudadanos y el poder público, y entre los distintos organismos del poder público entre si.

De todas maneras, es importante tener en cuenta que, más allá de regir las relación entre particulares, el derecho privado también regula las relaciones entre los cuidar y el Estado en los casos en que éste actúa como particular y no ejerce su potestad pública.

⁹ Frugoni Rey. **Ob. Cit.**, pág. 149.



- **Derecho común:** Las normas del derecho civil se aplican a todas las materias de derecho privado que no tengan una regulación especial de carácter legal. La evolución del derecho y su especialización, hicieron nacer ramas específicas del derecho privado como el derecho mercantil. Estas ramas tienen en común el hecho de mantener como derecho supletorio al derecho civil, que se instituye así como derecho común y puede ser también un derecho civil privado, el derecho a la cedula, el derecho a la vivienda etc.
- **Derecho general:** derecho civil contiene normas que regulan las relaciones jurídicas privadas aplicables a todos los individuos, independientemente de factores como nacionalidad, profesión, religión, etc. Se aplica a todos los que se hallan en la misma situación jurídica social.

El derecho civil conserva y regula todos los aspectos fundamentales del derecho que rigen al hombre estableciendo actividades o profesiones peculiares que regulan las diversas relaciones que se dan entre otros humanos como con el Estado.

CAPÍTULO II

2. Derecho de familia

El derecho de familia es una sub-rama del derecho civil.

Las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho, con principios propios.

En el derecho de familia se puede considerar tres supuestos, para su autonomía, siendo estos:

- Independencia doctrina;
- Independencia legislativa;
- Independencia judicial.

Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un Código de Familia aparte de un Código Civil. Ese ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos, Panamá, Polonia y Rusia, entre otros.



Además y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos Estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente juzgados o tribunales de familia.

2.1. Definición

“Parte del derecho civil que se ocupa de las relaciones personales de individuos unidos por vínculo de parentesco”.¹⁰

“El derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco”.¹¹

La familia es la unidad fundamental y natural de la sociedad y requiere la protección total del Estado. Las leyes de los derechos humanos reconocen el derecho de cada ser humano a casarse y formar una familia. Reconoce el ideal de la igualdad de derechos y el consentimiento de ambas partes al casarse, y trata de velar que no se cometan abusos que violen estos principios. No es normativo en relación a los tipos de familias y matrimonios que son aceptables, reconociendo tácitamente que hay diferentes formas de arreglos sociales alrededor del mundo.

¹⁰ Niendez Costa. Mari Josefina. **Derecho de familia**, pág. 2

¹¹ **Ibid.**

La familia como unidad, puede hacerse vulnerable a la presión social, económica y política. Las leyes de los derechos humanos buscan fomentar la unidad de la familia especificando obligaciones estatales para mantenerla junta y unirla cuando se vean separadas, Asimismo, insiste en los derechos de maternidad para las madres dándoles el tiempo y el espacio para que el lazo entre madre e hijo se desarrolle. También prescribe normas detalladas para el trato de los niños que carecen del cuidado de sus padres y requieren intervención estatal para ser adoptados o recibir una familia sustituta.

“El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Estas relaciones integran el derecho civil”.¹²

En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. El interés familiar limita las facultades individuales.

2.2. Características

Las características que contiene el derecho de familia son:

- Contenido moral o ético: esta rama jurídica habitualmente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones o más propiamente deberes fundamentalmente incoercibles. Por ello no es posible obtener el cumplimiento

¹² Cárdenas, Eduardo. **Derecho de familia**, pág. 59.



forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre, una importante excepción es el derecho de alimentos.

- Regula situaciones o estados personales: es una disciplina de estados civiles de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo, etc. que se imponen erga omnes respecto de todos.

Además, dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales, derechos familiares patrimoniales, pero con modalidades particulares diversas de aquellas del derecho civil, pues son consecuencia de tales estados y, por tanto, inseparables de ellos.

Predominio del interés social sobre el individual: esta rama posee un claro predominio del interés social o familiar en sustitución del interés individual. Ello genera importantes consecuencias:

- Normas de orden público: las normas son de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles. No se deja a la voluntad de las personas la regulación de las relaciones de familia; sin perjuicio que tal voluntad sea insustituible en muchos casos como en el matrimonio o la adopción, pero sólo para dar origen al acto no para establecer sus efectos.

- Reducida autonomía de la voluntad: como consecuencia de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad que es una de las bases del derecho civil, no rige en estas materias. En general, se prohíbe cualquier estipulación que contravenga sus disposiciones. Una importante excepción la constituyen las normas sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio.

- Relaciones de familia: en esta disciplina, a diferencia del derecho civil donde prima el principio de igualdad de partes, origina determinadas relaciones de superioridad y dependencia o derechos-deberes, especialmente entre padres e hijos como la patria potestad, aunque la mayoría de los derechos de familia tienden a ser recíprocos como es el caso del matrimonio.

La familia tiene derecho a todos los derechos de la familia y del ser humano y del ciudadano ya sea individual y grupal.

2.3. Materias de derecho de familia

a. El matrimonio

“El matrimonio es una institución social que crea un vínculo conyugal entre miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres”.¹³

¹³ Pérez de Castro, Ramona. **Las capitulaciones matrimoniales**, pág. 14.

El matrimonio establece entre los cónyuges y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, que varían, dependiendo de cada sociedad. De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados por sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

Por ser una institución sumamente extendida en el mundo aunque no de modo universal la definición del matrimonio es materia de diversas disciplinas. Desde el punto de vista del derecho occidental, el matrimonio constituye una unión de dos personas que tiene por finalidad constituir una familia. Hasta hace pocos años se consideraba un elemento esencial de la definición el hecho que ambos contrayentes debían ser de sexo opuesto, pero en el último tiempo este elemento ha sido objeto de moderaciones debido a la introducción, por algunos ordenamientos, del matrimonio entre personas del mismo sexo.

“El matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. La institucionalización de esta unión entre un hombre y una mujer se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales”.¹⁴

Por su lado, en vista de la información etnográfica obtenida de diversas sociedades, la antropología del parentesco define el matrimonio como la unión de dos o más personas que cumplen roles de género definidos socialmente, incluso tratándose de matrimonios

¹⁴ Niendez. **Ob. Cit.**, pág. 23.



homosexuales. El matrimonio, desde el punto de vista antropológico, es una institución que permite legitimar la descendencia de una mujer y crea relaciones de alianza entre los grupos de parentesco de los cuales provienen sus miembros.

El matrimonio puede ser civil o religioso y, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son distintos. Ahora bien, no todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso.

Esta distinción sólo puede existir en aquellos contextos donde el Estado ha atraído el reconocimiento del matrimonio como una de sus atribuciones. En algunos países occidentales el matrimonio civil no ha sido reconocido hasta fechas relativamente recientes.

Algunos estados que han adoptado el matrimonio civil no reconocen las uniones conyugales realizadas bajo las normas religiosas, otros las reconocen como opción con validez jurídica equivalente al matrimonio civil. En contraparte, las religiones no suelen reconocer el matrimonio civil como una forma de unión conyugal acorde con sus preceptos.

La palabra matrimonio como denominación de la institución social y jurídica deriva de la práctica y del derecho romano. El origen etimológico del término es la expresión matrimonium, es decir, el derecho que adquiere la mujer que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad.

La concepción romana tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad que la naturaleza da a la mujer de ser madre quedaba subordinada a la exigencia de un marido al que ella quedaría sujeta al salir de la tutela de su padre y de que sus hijos tendrían así un padre legítimo al que estarían sometidos hasta su plena capacidad legal: es la figura del pater familias.

b. Esponsales

Los esponsales son la promesa de matrimonio mutuamente aceptada. Quienes contraen esponsales son los esposos. Jurídicamente, los esponsales son un contrato, de naturaleza preparatoria, ya que conducen al contrato definitivo del matrimonio.

En la actualidad, debido a la liberalización de costumbres y a la disminución de la importancia social del matrimonio, los esponsales no tienen una gran relevancia jurídica, aunque a nivel social perviven bajo la forma de noviazgo.

Sin embargo en otras épocas, mucho más ritualizadas y elaboradas, del compromiso de contraer matrimonio en fecha próxima podían extraerse consecuencias bastante serias. Por ejemplo, durante la Edad Media, si tenían lugar relaciones sexuales entre esposos no casados, se entendía consumado de inmediato el matrimonio, siendo éste válido para todos los efectos.

En sentido impropio, como una licencia poética, y también en el hablar popular, se llama esponsales al matrimonio. De hecho, la palabra esposo designa en sentido vulgar a la



persona casada, y no a la comprometida en matrimonio, como es su sentido técnico las palabras técnicas en dicho caso serían cónyuge o consorte, no esposo.

Los esponsales son las promesas de matrimonio que se hacen los futuros esposos. En el derecho clásico no exige una forma especial puede ser oral, escrito, e incluso entre ausentes

La forma de celebración de los esponsales podía llevarse a cabo de distintas formas: en unas ocasiones, la simple promesa producía efectos esponsalicios, en otras era un juramento y la entrega de arras y anillos. Esta simplicidad en la forma de celebración de los esponsales acarrea en ocasiones grandes litigios que originaron la pragmática de 1803, según la cual ningún tribunal eclesiástico ni civil admitiría demanda de esponsales no siendo prometidos por escritura pública.

c. Régimen matrimonial

Es el estatuto jurídico que regula la relación económica en un matrimonio de los cónyuges entre sí y de éstos respecto de terceros.

El régimen económico tiene gran trascendencia sobre todo en caso de separación matrimonial, en divorcio y en derechos de tipo sucesorio mortis causa como son las herencias, aunque también tiene gran repercusión frente a terceros en los casos de insolvencia de alguno de los cónyuges, por lo que si se desvía de lo establecido por defecto por la ley, normalmente debe estar inscrito en un registro público.



d. Separación matrimonial

La separación matrimonial es una situación jurídica intermedia entre el matrimonio y el divorcio.

En muchos ordenamientos jurídicos, la ley no contempla la posibilidad del divorcio, por motivos principalmente religiosos o culturales el caso emblemático es el del derecho canónico, que ha influido mucho en muchos ordenamientos jurídicos de países de mayoría cristiana. Por ese motivo, se ha creado un sistema a medio camino entre el matrimonio y el divorcio, que permite que siga existiendo el vínculo matrimonial, mientras que se terminan muchos de los derechos y obligaciones existentes para una pareja casada.

Lo más habitual en un régimen de separación matrimonial, aunque puede variar en función del ordenamiento jurídico, es que existan las siguientes diferencias con el vínculo matrimonial:

- Desaparece la obligación de vivir en el domicilio conyugal en las legislaciones donde esta obligación existe. Este es un requisito esencial en la separación.

Se debe liquidar el régimen económico matrimonial. A partir de la separación, las partes liquidan la comunidad de bienes en el caso de que existiese, y pasan a regirse por separación de bienes como si no estuviesen casados.



Se procede a repartir la custodia legal de los hijos, el régimen de visitas y la pensión de alimentos en favor de los hijos en su caso.

Si la legislación lo contempla y si existe desequilibrio económico entre los cónyuges, se puede establecer la pensión compensatoria, también denominada en algunos casos pensión de alimentos de un cónyuge al otro.

Los separados pierden los derechos hereditarios que corresponden a los cónyuges.

Uno de los padres se hace responsable por sus hijos o cada uno se queda con uno.

La principal diferencia entre la separación y el divorcio es que el matrimonio sigue existiendo. Por este motivo:

- Una persona separada no puede volver a contraer matrimonio, porque incurriría en bigamia.
- Una persona separada, puede divorciarse posteriormente.

e. Divorcio

Los orígenes del divorcio se remontan en el derecho romano, la disolución del matrimonio se conocía como *divortium* y se producía por diversas razones, entre las cuales se señalan:



- Por incapacidad matrimonial de cualquiera de los contrayentes;

- Por la muerte de uno de ellos;

- Por capitis diminutio;

- Por el incestus superveniens, que ocurría cuando el suegro adoptaba como hijo a su yerno y los cónyuges quedaban en condición de hermanos.

- Por llegar al cargo de senador quien estuviese casado con una liberta,

- Por la cesación de la Affetio Maritalis, consistente en la voluntad de ambos cónyuges de poner término al matrimonio.

El divorcio es la disolución del matrimonio o sociedad conyugal ante la ley o religión.

“Es la disolución del matrimonio ordenada por la autoridad judicial a pedido conjunto de ambos esposos o a solicitud de uno de ellos cuando exista un motivo que lo amerite”.¹⁵

En la mayoría de los países occidentales, el matrimonio es una unión entre dos o más personas con un reconocimiento social, cultural y jurídico, que tiene por fin proporcionar

¹⁵ Negri, Héctor. **La obligación**, pág. 58.



un marco de protección mutua o de protección de la descendencia y que conlleva deberes y derechos.

El divorcio está muy reglamentado en muchos países occidentales considerados modernos y las leyes tienden a dar protección a la mujer y los hijos nacidos en el vínculo disuelto.

En ocasiones más bien frecuentes, los cónyuges o uno de ellos pueden desear deshacer el vínculo matrimonial, lo cual se lleva a cabo, si en la legislación está permitido, a través de la figura legal del divorcio.

En algunos ordenamientos jurídicos o religiosos el divorcio no está permitido, entendiendo que el matrimonio no puede disolverse por la mera voluntad de las partes.

Hasta no hace muchas décadas atrás, específicamente antes de la década del 80, en países con hegemonía católica los divorciados eran estigmatizados por la sociedad. Esto terminó cuando la iglesia católica reconoció el estado de divorcio.

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres.

Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

En muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

Los celtas practicaban la endogamia matrimonio de personas de ascendencia común o naturales de una pequeña localidad o comarca, excepto los nobles que solían tener más de una esposa. Era habitual la práctica de contraer matrimonio por un período establecido de tiempo, tras el cual los contrayentes eran libres, pero también era habitual el divorcio.

En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio.

Los hombres hebreos, en cambio, los varones podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud, bastaba con informar al Sanedrín.

También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En la Roma temprana el divorcio era algo poco común, hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima matrimonia debent esse libera los matrimonios deben ser libres en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Sin embargo, la Reforma de Lutero, admitió el divorcio aunque únicamente en casos muy graves. Esta reforma, incluso provocó que Inglaterra abrazara la misma debido a que su rey, Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa, Catalina, y la Iglesia de Roma no se lo permitía.

En España el Fuero Juzgo lo admitía en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de esta. Posteriormente Las Siete Partidas lo prohibieron.



Italia en 1970 y España en 1981 fueron algunos de los últimos países europeos en aprobarlo definitivamente.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes.

El divorcio ha causado grandes polémicas en los países mayoritariamente católicos, pues la Iglesia católica no consideraba posible el divorcio de las personas hasta los años 80.

f. Filiación

“La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico”.¹⁶

“La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos”.¹⁷

Del carácter estrictamente jurídico de la relación filial se desprenden ciertas consecuencias.

¹⁶ Albaladejo, Manuel. **Derecho civil español**, pág. 61

¹⁷ **Ibid**, pág. 63.

- En primer lugar, puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial.
- En segundo lugar, la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica.

g. La adopción

La historia de la moderna adopción empieza recién con la primera guerra mundial y la infancia desvalida para la que se buscó la adopción.

“Se entiende por adopción o filiación adoptiva al acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece entre ellas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad”.¹⁸

La institución de la adopción, que tiene por fin dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que teniéndolos no le ofrecen la atención que merece, es muy diferente a las instituciones del siglo pasado en las cuales se buscaba por ejemplo prolongar el nombre o la fortuna familiar. En la India, cuando un hombre casado moría sin descendencia, su hermano debía sostener relaciones sexuales con la viuda, hasta engendrar un hijo, que sería considerado a todos los efectos, hijo del que había fallecido.

¹⁸ Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español**, pág. 74.



h. Patria potestad

“La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones o deberes que la ley reconoce a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos o cuando se requiere, a terceras personas, mientras estos son menores de edad o están incapacitados, con el objetivo de permitir el cumplimiento a aquellos de los deberes que tienen de sostenimiento y educación de tales hijos”.¹⁹

La reducción del poder de los padres viene establecida por las legislaciones, pues la función de la patria potestad tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los poderes públicos la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, priven de la patria potestad a los progenitores. Y ello siempre, por supuesto, a través de procedimientos judiciales, juicios ordinarios civiles.

“La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos”.²⁰

i. Tutela

“La tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona y sus bienes, o solamente de los bienes o de la persona, de quien, no estando bajo la patria potestad, es incapaz de gobernarse por sí mismo por ser menor de edad o estar

¹⁹ Puig Peña. **Ob. Cit.**, pág. 56.

²⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico del derecho usual**, pág. 365.



potestad, es incapaz de gobernarse por sí mismo por ser menor de edad o estar declarado como incapacitado”.²¹

La tutela se extingue por la mayoría de edad del menor, por su adopción, por su fallecimiento, por recuperación de la patria potestad del progenitor o progenitores o por resolución judicial que ponga fin a la incapacidad que dio origen a la tutela.

La finalización de la tutela exige la rendición de cuentas, ante la autoridad judicial, de la administración de los bienes que realizó el tutor.

La tutela es la responsabilidad de cuidar la persona y administrar los bienes de quienes no tienen capacidad para cuidarse a sí mismos ni tienen a nadie que ejerza sobre ellos la patria potestad; o la responsabilidad de administrar los bienes de quienes por ser pródigos o ebrios habituales no pueden administrarlos.

Es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto, o porque los menores son de filiación desconocida o porque aquellos han sido privados de la patria potestad.

²¹ Puig Peña. **Ob. Cit.**, pág. 59.



indispensables para que una persona pueda satisfacer todas sus necesidades básicas, según la posición social de la familia”.²²

Esta alimentación comprende los alimentos propiamente dicho, la educación, transporte, vestuario, asistencia médica, etc.

En el derecho de familia se ampara la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir, dada su incapacidad de procurárselos solo.

Dicha obligación recae normalmente en un familiar próximo, por ejemplo los padres respecto de los hijos, o viceversa; aunque también puede ser otro familiar directo.

Cuando un juez, mediante sentencia obliga al pago de cantidades mensuales por este motivo, se le denomina pensión alimenticia. Ese es el caso de la pensión que un progenitor debe pagar al otro que convive con los hijos, por concepto de manutención de los mismos, ya sea, durante su separación o tras el divorcio, o simplemente porque los progenitores no conviven juntos.

El derecho de familia es una rama muy importante dentro del derecho civil ya que se ocupara los deberes y derechos que nacen de este parentesco; dende establece el objeto de los derechos que le corresponden a cada uno de los miembros de la familia.

²² Cárdenas. **Ob. Cit.**, pág. 48.

CAPÍTULO III

3. Conciliación

Es una forma directa y civilizada de solucionar conflictos o diferencias que surjan entre las personas, por virtud de una relación contractual o de otra naturaleza, que sea susceptible de transacción o desistimiento y en la cual la definición de la situación corresponde a las partes, quienes a través de la mediación de un tercero experto e imparcial, que propicia un espacio de diálogo, pueden lograr un acuerdo amistoso y de mutuo beneficio, con pleno efecto jurídico.

Todo ser humano, por lo general, necesita vivir en sociedad. Requiere de otras personas para desarrollarse en todo el sentido de la palabra. Sin embargo, este ser humano, como ente individual, presenta sus propias cualidades, pensamientos, sentimientos, características que lo hacen distinguirse de otros como él.

El que se piense o actúe de manera distinta no implica que sea algo negativo. Al contrario. La diversidad de opiniones, de posiciones nos permite contrastar realidades, ideas, que nos pueden llevar a conclusiones enriquecedoras. Pero, si no se saben aprovechar, estas diferencias traen como consecuencia los enfrentamientos que se convierten en conflictos que muchas veces no se pueden solucionar, y esto se debe a que todos nosotros, aunque no queramos admitirlo, estamos predispuestos a la violencia; es decir, mantenemos una mentalidad litigiosa, que muchas veces nos lleva a ser indiferentes frente a los problemas planteados. Pero, si se quiere solucionar estos



desacuerdos, por costumbre, se someten a la vía tradicional; vale decir, el hecho de recurrir a un Juez para que resuelva un problema a través de una resolución judicial.

El tiempo y la necesidad ha demandado que se busquen diferentes alternativas que pongan fin a estos conflictos, de una manera rápida y eficaz. De esta forma nace la conciliación como un mecanismo que da solución a una necesidad de justicia.

3.1. Antecedentes históricos de la conciliación

Remotos antecedentes muestran que siempre estuvo presente en el espíritu de los hombres sacrificar sus posiciones extremas para lograr un acuerdo perdurable que permitiera la convivencia sin esfuerzos en lógica armonía.

Precisamente por ello, la conciliación toma cuerpo en las sociedades reunidas bajo la autoridad de un patriarca o de un jefe de familia que resolvía en equidistancia.

La antigua sociedad ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir al juicio, a cuyo fin, encargaban a los Thesmotetas la disuasión y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales.

Del hecho romano llegan los llamados jueces de avenencia, y de la época de Cicerón los juicios de árbitros que acudían a la equidad para resolver las disputas.

El estudio de Hitters sobre la temática, agrega la Revolución Francesa.



Sobre la base de sus ideologías inspiradas por Voltaire, Rousseau y Montesquieu, partió la idea de que la nueva codificación basada en el racionalismo iluminista a diferencia de las leyes del antiguo régimen no necesitaba de grandes interpretaciones para ser aplicada ya que se trataba de normas de extrema claridad inspiradas en la razón; de tal modo que su aplicación al caso concreto no precisaba de jueces especialistas en derecho, sino de simples ciudadanos de buena fe y con cierta cultura.

La ley del enjuiciamiento civil española de 1855 estableció la justicia conciliatoria intraprocesal en una audiencia anterior a promover la demanda introductoria.

Regulaba el Artículo 201 que antes de promover un juicio debe intentarse la conciliación ante el juez competente, disposición que conserva el Artículo 406 de la ley reformada en 1881 exceptuando del acto a los juicios verbales, los declarativos que fueran propuestos como incidentes o provinieran de la jurisdicción voluntaria, los que tuviesen como parte al Estado y sus proyecciones institucionales, los que interesen a menores e incapacitados para la libre disposición de sus bienes, los que fuesen deducidos contra personas desconocidas o inciertas, o contra ausentes que no tengan residencia conocida, o que se domicilien fuera del territorio del juzgado en que debe entablarse la demanda, los procesos de responsabilidad civil contra jueces y magistrados y los juicios de árbitros y de amigables componedores, los universales, los ejecutivos, de desahucio, interdictos y alimentados provisionales.

En síntesis, la conciliación fue motivo de particular interés para los adjuntos posibles de transacción, pero es menester observar que viene pensada como un acto anterior al



proceso, y aun antes de él, como posible audiencia preventiva y saneadora de los intereses y derechos enfrentados.

3.2. Definición

Conciliar se deriva del vocablo latino conciliare, que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí.

Cabe señalar, que tradicionalmente el acto de conciliar se ha visto reflejado dentro de un proceso judicial, donde los sujetos que intervienen como partes tienen intereses opuestos.

Aquí está presente permanentemente un juez, el cual toma conocimiento de la causa para poder aclarar el conflicto. Para el efecto se basa en la demanda y en la contestación, buscando analizar los puntos controvertidos para poder arribar a una fórmula conciliatoria que resulte equitativa para ambas partes.

Esto es propio de la conciliación procesal que forma parte de los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos procesales, los mismos que se desarrollan dentro de un proceso judicial buscando evitar la sentencia.

Al respecto de la conciliación procesal, se define como: "La conciliación como forma especial de conclusión del proceso, y que el éxito de la conciliación depende del grado

de concientización que debe tener un Juez para aplicar en forma adecuada el principio de inmediatez procesal. Esta predisposición permitirá conocer a plenitud el contenido de la pretensión insatisfecha, cuyo reconocimiento y cumplimiento se exige por el demandante. De este modo, en caso de que las partes acepten dicha fórmula conciliatoria se dará por concluido el proceso con el cumplimiento de su objeto”.²³

De otro lado, la Conciliación como Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos, busca de manera pacífica solucionar los conflictos sin acudir al Poder Judicial. Podemos decir también que “la Conciliación es un sistema para la solución directa y amistosa de las diferencias que puedan surgir de una relación contractual o extracontractual, mediante la cual las partes en conflicto con la colaboración activa de un tercero o conciliador, ponen fin al mismo, celebrando un contrato de transacción”.

La conciliación constituye: “Un proceso consensual y confidencial de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales conciliador o conciliadores asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de una variedad de objetivos”.²⁴

En el fondo, la conciliación es una negociación asistida, donde las partes buscan dar una solución satisfactoria permitiendo, en forma concertada, la intervención de un tercero, que tenga la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias, fomentado en todo el momento del proceso la comunicación entre las partes, valiéndose del lenguaje, tanto

²³ Azula, Jaime. **La audiencia preliminar y de conciliación**, pág. 46.

²⁴ **Ibid**, pág. 47.

verbal como no verbal, y del manejo racional de la información, tratando de llegar a sus verdaderos intereses, verdad real.

En este caso la conciliación extrajudicial está comprendida: “Como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos extrajudicial porque, en suma, lo que se busca es evitar el proceso judicial”.²⁵

La conciliación, en derecho, es un medio alternativo de resolución de conflictos legales, a través del cual las partes resuelven directamente un litigio con la intervención o colaboración de un tercero.

“La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.²⁶

“La conciliación es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o determinado como conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes”.²⁷

“Es el acto e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un

²⁵ **Ibid.**

²⁶ **Ibid.**

²⁷ **Ibid**, pág. 47.



convenio de todo aquellos susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo consentimiento del caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosas juzgada”.²⁸

“La conciliación debe entenderse como la actividad desplegada ante un tercero por las partes en un litigio, dirigida a lograr una composición justa que ponga fin al conflicto de intereses, la cual puede desarrollarse tanto ante un particular como ante un organismo público”.²⁹

Además de las personas en conflicto, esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial llamado conciliador que actúa, siempre habilitado por las partes, facilitando el dialogo entre ellas y promoviendo formulas de acuerdo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para ambas partes.

Desde una perspectiva diferente además de ser un procedimiento, la conciliación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes.

²⁸ Folber, Jay. **Mediación, resolución de conflictos sin litigio**, pág. 12.

²⁹ Crisancho Moyano, Juan Pablo. **La conciliación y los métodos alternativos**, pág. 74.



De esta manera, la visión de la conciliación como institución jurídica la enmarca dentro de una nueva forma de terminación de procesos judiciales que actúa con independencia y autonomía de este trámite y que consiste en intentar ante un tercero neutral un acuerdo amigable que puede dar por terminadas las diferencias que se presentan.

Se constituye así esta figura en un acto jurídico, por medio del cual las partes en conflicto se someten antes de un proceso o en el transcurso de él, a un trámite conciliatorio con la ayuda de un tercero neutral y calificado que puede ser el juez, otro funcionario público o un particular a fin de que se llegue a un acuerdo que tendrá los efectos de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo.

Los efectos del acuerdo conciliatorio son con el fin de hacer claridad sobre sus alcances:

- En primer lugar, el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, es decir que los acuerdos adelantados ante los respectivos conciliadores habilitados por ley, aseguran que lo consignado en ellos no sea de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

El efecto mencionado busca darle certidumbre al derecho y proteger a ambas partes de una nueva acción o una nueva sentencia, es la renovación de la autoridad del acuerdo conciliatorio que al tener la facultad de no volver a ser

objeto de discusión, anula todos los medios de impugnación que puedan modificar lo establecido en él.

3.3. Principios generales y procesales que informan a la institución de la conciliación

- **Equidad:** El conciliador debe asegurar que el acuerdo que se obtenga sea aceptado por ambas partes. Sin embargo, esto no lo exime que vele por la legalidad de los acuerdos. No puede admitir negociación de mala fe, si la hay puede comunicar a las partes sobre lo que ha venido percibiendo, inclusive podría retirarse del proceso.
- **Neutralidad:** Es decir, que no existe vínculo con alguna de las partes. Es más para evitar la aparición de un nuevo conflicto de intereses cuando se cumple con las funciones conciliatorias. Si se rompe con dicha neutralidad, pueden suceder dos situaciones: que se desista el mismo conciliador. Que lo soliciten las mismas partes.
- **Imparcialidad:** Constituye un estado mental que debe conservar el conciliador durante el desarrollo de sus servicios. En es si el compromiso que el propio conciliador asume para ayudar a las partes.
- **Confidencialidad:** Guarda relación con la información que se reciba por el conciliador, la cual es confidencial, es decir que no puede ser relevada a nadie.



Este principio presente también excepciones, es decir que el conciliador puede romper ese deber de confidencialidad cuando advierte que hay de por medio un delito o que se va a producir un atentado contra la integridad de una persona.

- Empoderamiento o simetría de poder: Se busca que exista un aceptable equilibrio de poder entre las partes, porque de lo contrario generaría un proceso conciliatorio plagado de medidas coercitivas, provocando un acuerdo injusto.

- Buena fe y veracidad: Es una obligación de las partes de conducirse con buena fe y veracidad durante la audiencia conciliatoria. La buena fe se vincula con la información que maneja el conciliador. El conciliador debe formular las alternativas suficientes para poder resolver el conflicto. En relación a la veracidad se está haciendo referencia a que la información que se maneje sea fidedigna.

- Celeridad procesal: Consiste en la continuidad de los procesos para la solución de las controversias. Se busca una solución rápida y satisfactoria, implantando así la eficacia de la conciliación.

- Economía procesal: Es uno de los principios característicos de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, consiste en resolver las controversias de manera que las partes inviertan la menor cantidad de recursos económicos posibles.



- Principio de igualdad: Consiste en dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer vales sus derechos.
- Principio de contradicción: Consiste en la oportunidad de contradicción entre las partes, mediante actos provenientes de la relación procesal. Siendo el principal acto constitutivo de relación procesal la demanda y la contestación.
- Principio de audiencia: Consiste en la oralidad de los procedimientos alternativos, concurriendo a este fin, la simplificación de las normas del debate.
- Voluntariedad: Las partes son las únicas para tomar una decisión para solucionar el conflicto.

3.4. Naturaleza jurídica

La conciliación es un medio alternativo de resolución de conflictos y tienen la misma naturaleza jurídica la negociación y el arbitraje.

En general la conciliación se presenta como una oportunidad que la ley otorga a las partes para que reestablezcan sus ánimos a través de una figura que puede ser de carácter judicial o extrajudicial y a la que voluntariamente se someten a raíz de un conflicto con el fin de darle existencia a un acto siempre que los derechos sean susceptible de transacción, desistimiento o conciliación.



“La conciliación es una manera de resolver de manera directa y amistosa los conflictos que surgen de una relación contractual o que involucre la voluntad de las partes, con la colaboración de un tercero llamado conciliador, de esta manera se da por terminadas sus diferencias, suscribiendo lo acordado en un acta conciliatoria”.³⁰

La conciliación es un acto del proceso o bien procesal o se trata de un avenimiento entre partes donde puede haber renunciaciones bilaterales y en su caso, transacción propiamente dicha.

La naturaleza del acto conciliatorio debe diferenciarse del acto resultante que puede tener respuestas diferentes según lo hayan dispuesto las partes verbi gratia transacción, desistimiento sin costas, reconocimientos mutuos y parciales, conciliación estricta, etc.

Igual diferencia debe trazarse allí donde la conciliación se encuentre establecida como etapa del proceso o anterior al mismo; de aquellos sistemas, como el nuestro, que la reglamentan como una mera facultad del órgano judicial.

De estas distancias cifradas de la misma organización surge que cuando la conciliación se impone como etapa previa a la introducción al proceso, su naturaleza preventiva tiene a señalarla como proceso autónomo cuando logra alcanzar el objetivo de avenimiento.

³⁰ Crispancho. **Ob. Cit.**, pág. 77.



De este modo, sería posible confirmar que existe un proceso de conciliación independiente porque tiene partes, tiene un órgano que intermedia y pacifica verbi gratia por ejemplo juez de paz y consigue un resultado útil y efectivo al interés de los comparecientes.

“Se designa con el nombre de proceso de conciliación a los procesos de cognición especiales por razones jurídico procesales, por los que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de conocimiento, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes”.³¹

Sería un proceso particular porque existe un reclamo jurisdiccional que provoca un auténtica intervención judicial. El hecho de no resolver el fondo del problema, no le priva de singularidad procesal porque justamente el destino de la conciliación es la concertación pacífica.

La autonomía procesal de la conciliación sería obtenida desde la especialidad de su objeto. Es decir que no interesa el objeto material que discute la litis sino el acuerdo logrado desde el acto de avenencia. Sería un caso típico de especialidad pro razón, no de derecho material sino de derecho procesal.

La conciliación responde a una manifestación de la jurisdicción voluntaria. No sería propiamente un proceso, porque la ausencia de una demanda unida a la inexistencia de postulación y sustanciación que provoquen la sentencia o una resolución judicial,

³¹ *Ibid*, pág. 78.



derivaría en asumirla como un acto del procedimiento por el cual se intenta que las partes entre las que existe discrepancia, lleguen a una avenencia o convenio que precisamente evite el litigio.

Los efectos de esta concertación sería similares a los que se obtienen transaccionalmente, circunstancia que hace pensar a cierta doctrina que el acto sería puramente convencional, pero sin menospreciar la actividad jurisdiccional por cuanto el juez tiene activa participación y el arreglo se concreta en sede del proceso. Estas características permiten sostener que la conciliación es fruto de de la actividad jurisdiccional contenciosa.

La justicia se consigue resolviendo conflictos exclusivamente, o bien, se permite conseguir también ese objetivo, cuando la institución es útil y eficaz logrando soluciones pacíficas en los conflictos intersubjetivos.

Evidentemente, la conciliación preprocesal tiene sustento procesal porque se instala como un presupuesto de admisibilidad de la demanda cuando aquel se dispone como obligatorio.

3.5. Clases

Existen diversas clasificaciones de la conciliación, por lo cual, se desarrollan las siguientes:



1. La primera: de acuerdo a la materia sobre la que versa la conciliación. Estas clasificaciones de la conciliación han sido escasamente desarrolladas por la doctrina.

a. De acuerdo ante quien se realiza: De acuerdo ante quien se realiza, la conciliación es de dos tipos o clases que son las siguientes: conciliación judicial y conciliación extrajudicial.

- Conciliación judicial: La conciliación judicial es la que se realiza al interior de un proceso judicial y puede existir en los procesos establecidos en la ley, por ejemplo puede conciliarse en un cobro de arrendamientos, desalojo, cobro ejecutivo, ejecución de garantía, retracto, cobro de beneficios económicos laborales, retracto, indemnizaciones incluso en procesos penales, entre otros. Puede ocurrir en dos escenarios, antes de iniciado un proceso y después de iniciado el mismo. La conciliación judicial no sólo puede realizarse ante jueces civiles, sino ante también ante otros jueces como por ejemplo ante jueces penales, laborales, jueces de paz, entre otros.

La conciliación judicial: es un medio alternativo a la resolución del conflicto mediante una sentencia; en este sentido es una forma especial de conclusión del proceso judicial. El tercero que dirige esta clase conciliación es naturalmente el juez de la causa, que además de proponer bases de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada, dentro del marco de la legalidad.

- **Conciliación extrajudicial:** La conciliación extrajudicial es la que se realiza fuera de un proceso judicial y es de dos formas, antes de iniciado un proceso y después de iniciado un proceso.

La conciliación extrajudicial es un medio alternativo al proceso judicial, es decir, mediante ésta las partes resuelven sus problemas sin tener que acudir a un juicio. Resulta un mecanismo flexible, donde el tercero que actúa o interviene puede ser cualquier persona y el acuerdo al que llegan las partes suele ser un acuerdo de tipo transaccional. Es decir, es homologable a una transacción.

- b. De acuerdo al momento en que señala: De acuerdo al momento en que se realiza la conciliación las clases o tipos de conciliación son los siguientes, conciliación antes de iniciado un proceso y conciliación después de iniciado un proceso.
 1. **Conciliación antes de iniciado un proceso:** La conciliación antes de iniciado un proceso es la que se realiza o intenta como acto previo al proceso. En tal sentido debe ocurrir ante los conciliadores extrajudiciales de los centros de conciliación y puede ser realizada también por algunas autoridades. En tal sentido no tiene validez en todos los casos, sino solo cuando se celebra en la forma establecida en las leyes de la materia.
 2. **Conciliación después de iniciado un proceso:** Las conciliaciones después de iniciado un proceso son las que se realizan luego de presentada la demanda ante



el juzgado correspondiente, y puede ser judicial o extrajudicial, siendo las primeras las que se realizan ante el poder judicial, mientras que las segundas son las que se realizan en los centros de conciliación. Por ejemplo puede conciliarse luego de iniciado un proceso de alimentos, entre otros supuestos dejando constancia que los alimentos no pueden ser materia de transacción.

3.6. Los elementos

Son elementos de la conciliación:

- **Alternativa:** Constituye un instrumento de libre escogencia para las partes al que pueden acudir para la solución de sus conflictos.
- **Eficiencia:** Se ofrece a las personas que tienen conflictos, la opción de arreglo efectivo, rápido y bajo costo.
- **Flexibilidad procedimental:** Por que permite desarrollos que no tienen que estar ajustados a un procedimiento previo, como lo exige el judicial.
- **Confidencialidad:** Todas las determinaciones que se tomen dentro de la conciliación y las formulas propuestas tienen carácter reservado.
- **Voluntariedad de acuerdo:** El mecanismo de conciliación puede conducir o no al logro de acuerdos los cuales resultan claramente facultativos de las partes.

- Cosa juzgada: La solución que pone a fin al proceso de conciliación una vez consignada en acta y estado firme e inscrita, y tiene la ética de cosa juzgada.

3.7. El arbitraje

El arbitraje se ha constituido como una forma civilizada de justicia privada, siendo un procedimiento para resolver un conflicto o controversia mediante la fórmula de encomendar la solución a un tercero, persona individual o comisión de personas, escogido por acuerdo de los interesados y ajeno a los intereses de las partes en conflicto.

Es un medio alternativo de suma importancia para la solución de los conflictos utilizado frecuentemente en el derecho internacional para resolver las controversias territoriales o limítrofes entre los estados, pero que en el campo del derecho en general ha adquirido marcada importancia para la solución de los conflictos, de allí que en nuestro, el arbitraje es el último medio de solución pacífica de que disponen las partes.

Lo dictaminado por lo árbitros en sus actuaciones se materializa en un Laudo Arbitral que tiene fuerza equivalente a la de una sentencia ya que su aplicación es obligatoria.

Tiene la eficacia de cosa juzgada, inapelable, pudiendo ser ejecutable de manera forzosa por los Tribunales, de forma que los árbitros, personas totalmente ajenas al conflicto planteado, decide el conflicto, mientras que en la conciliación, el conciliador



sólo es un facilitador, un procurador de una solución transversal la cual depende de la voluntad de las partes y no del conciliador:

a. Naturaleza jurídica

El arbitraje es un modo de solución del conflicto que surge de acuerdo entre las partes por el cual un tercero ajeno a ellas y desprovisto de la condición de órgano judicial y que además actúa con arreglo al mandato recibido, resuelve la controversia. Por ello puede afirmarse que el arbitraje voluntario en una forma de composición escogida autónomamente por las partes, aun cuando el laudo arbitraje propiamente dicho represente una heterocomposición del conflicto.

b. Características del arbitraje

- Es una institución jurídica destinada a resolver conflictos sean individuales, colectivos, jurídicos o de intereses.
- Su peculiaridad reside en la intervención de un tercero, por acuerdo de las partes, cuya decisión se impone.
- En virtud de un conjunto arbitral previo a la constitución de la junta arbitral o del arbitro único las partes adhieren de antemano al resultado de la actuación del o los árbitros, esto es, al laudo arbitral.



El arbitraje debe ser precedido del compromiso arbitral. En efecto, cuando de la junta de conciliación surge éste como recomendación unánime, deberá ella contener o adjuntar necesariamente los términos del compromiso, todo lo cual no obsta para que la propia acta de recomendación de la junta de conciliación haga sus veces.

El compromiso arbitral, con independencia de la forma que tome, debe contener al menos:

- El mandato a los árbitros para actuar como tales.
- La delimitación competencial, esto es, sobre qué materias podrán decidir y
- La adhesión al laudo que recaiga.

"Comprometer en arbitro es la facultad que tienen las partes de nombrar a particulares jueces legítimos de sus asuntos. Esa facultad de nombrar jueces legítimos de sus asuntos, no se extiende, sin embargo, hasta poder nombrar los ejecutores de fallos dictados por ellos, porque tal cosa iría contra el orden social. En efecto, los árbitros sentencian, pero, son únicamente los jueces quienes, conforme el poder ejercen por ministerio de la ley, pueden ejecutar las sentencias arbitrales".³²

³² Parodi Ramón, Carlos. **El arbitraje en el Perú**, pág. 45.

3.8. La mediación

Lo bueno o lo malo no es el conflicto sin la forma como se lo encara y el proceso que deviene a partir de él, que lleva a agudizarlo y producir verdaderas guerras o a manejarlo o conducirlo para buscar solucionarlo.

La palabra conflicto es frecuentemente utilizada dentro del discurso de la psicología para referirse a una realidad intrapsíquica.

Formas de conducción de conflictos.

La humanidad ha generado a lo largo y a lo ancho de su historia, diferente forma de conducción de conflictos. Estas diferentes modalidades constituyen una continuación que va desde lo más informal a lo más formal.

En el extremo informal están las siguientes características:

- Generalmente se dan entre familiares, grupos de amigos, grupos de trabajos equipos deportivos etc. O sea, entre personas que tienen gran conocimiento entre sí.

- No hay reglas establecidas para las formas de conducción de conflictos y generalmente estas son idiosincrásicas de los contextos en los cuales se desarrollan.

- No hay terceros a quienes se involucre para ayudar en el proceso.
- No es onerosa.

Comúnmente, a esta forma de conducción de conflictos se la conoce con el nombre de negociación.

En el extremo formal de las modalidades para la conducción de conflictos está otras características:

- Es una serie de organizaciones de complejidad creciente, que van desde los juicios sumarios, el ombudsman, algunas instituciones tales como alquiler de jueces hasta el arbitraje y la judicacion en el proceso judicial.

Todo tipo de conflictos pueden necesitar ser dirimidos en estos ámbitos. Algunos de ellos incluyen relaciones interpersonales con cargas emotivas.

Pero también llegan a la justicia formal conflictos en los cuales no hay relaciones afectivas intensas entre las partes.

- Se caracterizan por un proceso bien definido, que ha dado lugar a una de las ramas del derecho que es el derecho procesal.



- Hay terceros que cumplen una función bien definida. Según los casos la inclusión de terceros es a pedido de las partes en el arbitraje, en tanto que en otros casos basta que una parte la solicite para que la otra parte se vea obligada comparecer.

Lo característico de los procesos más formales dentro de este extremo es que la decisión tomada por este tercero son vinculantes, es decir, absolutamente obligatorias para las partes. En muchas ocasiones las partes pueden decidir abandonar los procesos formales y para procesos más informales, gran parte de los juicios se arreglan de forma extrajudicial.

- Es onerosa.

Comúnmente se llama a esta forma de conducción: Juicio.

Entre los dos extremos, en la actualidad, se encuentra un campo intermedio, que es el campo de la mediación. Se caracteriza por:

Los procesos de conducción de conflictos son más formales que los informales pero más informales que los formales.

Existe un proceso definido, aunque este no es establecido por leyes ni códigos sino que se determina entre las mismas personas que se enfrentan en el conflicto, mas una tercera persona que es llamada de ayuda.



La mayoría de las veces es el mediador quien va a decidir cual será el proceso a seguir y las partes lo aceptan.

Pero los diferentes centros de mediación y aun los diferentes mediadores de un mismo centro, establecen procesos distintos. Recientemente se ha sancionado la ley que establece la mediación judicial para casos patrimoniales. Si bien se fijan distintas reglas formales, el proceso es conducido de diferentes formas de acuerdo al mediador que lo siga.

Es voluntaria la iniciación del proceso. Nadie puede obligar a otro a elegir esta vía de conducción: las dos partes deben acordar este camino.

Aún en los países en los cuales se establece la mediación como proceso obligatorio previo al juicio, no es ineludible llegar hasta el final del proceso, es decir, que no es obligatorio llegar a un acuerdo, ni si quiera en los casos derivados por los tribunales.

Las partes pues, pueden abandonarlo en cualquier momento para dirigirse a uno de los otros dos extremos, o sea, que pueden pasar a realizar la negociación entre ellos sin necesidad de terceros o pueden transformarlo en un juicio.

Es más barata que un juicio pero más cara que la negociación entre ellas porque hay que abonar a un tercero que cobra honorarios por el trabajo que realiza.



Este tercero no tiene poder para obligar a cumplir sus apreciaciones sobre la situación, o sea, que las partes no tienen por que acatar lo que el mediador piense.

Esta es una de las diferencias fundamentales con el arbitraje, en el cual las partes eligen a un tercero para que actúe de arbitro con el compromiso de acatar sus decisiones.

a. Características del sistema de mediación

El sistema de mediación se caracteriza por crear un contexto más flexible para la conducción de disputas.

Este sistema tiene generalmente formalizada en varias etapas que varia según las escuelas de mediación, las cuales adscriben a diferentes fundamentaciones teóricas y crean sus propios modelos.

Lo característico del sistema de mediación es la inclusión de un tercera parte, el mediador, que actúa para ayudar a las otras dos partes disputantes a alcanzar un acuerdo, pero cuyas intervenciones no tienen la obligatoriedad de ser aceptadas por los disputantes.

La decisión de entrar en este tipo de procesos es voluntaria, así como también es voluntaria la decisión de continuar en él.



La mediación ha crecido rápidamente en los países en los cuales se ha establecido como forma de conducción de conflictos, y esto se debe a varias razones.

En la mediación se tienen en cuenta dos aspectos del conflicto.

- El tema en si por el que se discute

- La relación entre las partes

Si bien estos aspectos están íntimamente ligados, el hecho de tomar en cuenta el aspecto relacional del conflicto y las consecuencias que puede tener para el mantenimiento de la relación la forma como se solucione, han sido una eficaz ayuda para preservar las relaciones, al sacarlas del campo de la confrontación que puede llegar a ser destructiva.

Esto no solo tiene aplicación en el caso de las relaciones familiares, sino que rinde también importantes frutos en el campo de las relaciones comerciales, porque permite que las partes, después de terminada la mediación, puedan continuar teniendo interacciones productivas entre ellas.

En el campo de las empresas, o sea, en los conflictos que se generan en el campo laboral, el lograr una distensión en las relaciones conflictivas va en beneficio de las partes, que podrán continuar su relación en forma distendida sin necesidad de

abandonar el campo de su trabajo, y también en beneficio de la empresa al no tener que perder a alguno de sus integrantes.

Estos beneficios que se han observado en el campo de las relaciones pueden deberse en gran medida al hecho de que en el sistema de mediación no hay ganadores ni perdedores, a diferencia de lo que ocurre en el sistema formal judicial, en el cual una de las partes pierde el juicio y carga con todas las costas de este en la mayoría de los casos en tanto que la otra parte gana.

b. Ventajas y desventajas del sistema de mediación

Las ventajas y/o beneficios más importantes del sistema de mediación son los siguientes:

Produce un sensible alivio a los tribunales, pues muchos casos se solucionan sin haber siquiera entrado dentro del sistema judicial.

Si bien es cierto que gran cantidad de casos, aun antes de la mediación, se resolvían extrajudicialmente, el solo hecho de iniciar un expediente producía todo un papeleo y el sistema debía ponerse en funcionamiento.

Esto también ocasiona gastos al estado, y lleva a los tribunales a un estado máximo de saturación, que perjudica a las otras causas que deben continuar con el proceso.



Ahorro de tiempo para lograr la conducción del conflicto, ya que resulta una ironía que, cuando en el mundo todo se ha acelerado, en el caso de la justicia se ha producido un proceso inverso, ya que, prácticamente, en todo el mundo, cada vez es más lenta.

La cantidad de causas que todos los años ingresan a los tribunales es cada vez mayor, y a menudo pasan varios años antes de que alguna se resuelva.

Hay casos en que, por la necesidad de tomar una decisión urgente, no se puede esperar los tiempos de la justicia. En estos casos la mediación brinda una gran ayuda, al permitir que se comience a mediar en el momento en que las partes lo acuerden, que puede ser en pocos días o en pocas horas.

Ahorro de dinero: por resultar mucho más económico que los procesos formales, porque generalmente los honorarios se abonan por consulta y no en relación con los capitales en juego. Además, produce un ahorro del casi 100% en lo que a tasas judiciales se refiere. Este tema ha sido muy importante en el área de los negocios y del comercio, para adoptar la mediación.

En la mediación se trata de evitar que haya ganadores y perdedores, lo cual redundaría en beneficios en cuanto al mantenimiento de las relaciones futuras entre las partes. Si alguna de las partes se siente perdedora y considera que no es equitativo, el acuerdo alcanzado puede retirarse y alcanzar un juicio.



Aumenta la creatividad en la medida que no hay ningún límite externo, salvo lo que se establezca en la mediación para crear el acuerdo. Al ser más flexible, utiliza capacidades alternativas que no están previstas dentro del sistema judicial formal.

No debe basarse en leyes previas y en precedentes, al mismo tiempo tampoco puede presentar precedentes para otros caso. Sólo tendrá este valor para las partes involucradas y para el mediador, para sus futuras intervenciones, en la medida en que produce un aprendizaje.

La mayor ventaja individual que produce la mediación es un aumento sensible del protagonismo de las partes, lo que aumenta la responsabilidad de estas.

Se produce un deuterio aprendizaje. Al solucionar un conflicto, como subproducto de esto uno puede adquirir la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de transferencia de aprendizaje o conocimiento tácito.

“A veces las partes no son coincidentes de este aprendizaje en el momento en que lo adquieren, aunque se ven las consecuencias a posteriori, cuando enfrentan otro conflicto, Este deuterio aprendizaje es el motivo por el cual se han hecho experiencias de mediación en colegios secundarios de EEUU y se han investigado los beneficios que han obtenido los estudiantes que han estado involucrados en estas experiencias”.³³

Desventajas.

³³ Álvarez, Gladys. **Mediación para resolver conflictos**, pág. 5.

Se han realizado investigaciones que muestran que no todo es color de rosa en la mediación.

“Una de las investigaciones importantes ha sido realizada por pensadoras feministas. Que sostienen que las mujeres logran peores acuerdos cuando concurren al sistema de mediación que cuando solucionan sus conflictos en el sistema judicial formal.

En materia de dinero, las cuotas que obtienen las mujeres son menores, además dice que no se ventilan casos de violencia. Ella piensa que esto se debe a que en los encuentros de mediación se mantiene la misma pauta interaccional que existía en la pareja, y por lo tanto, si lo que predomina era el temor de las mujeres hacia sus maridos, este temor se va a manifestar en la mediación, y probablemente es lo que lleva a que eviten hablar del tema violencia, así como antes evitaban realizar las denuncias policiales correspondientes. Los hombres no traen el tema de la violencia, porque saben que los posicionará negativamente para el acuerdo”.³⁴

Otro punto que consideran desventajoso en la mediación es el acceso reducido a la justicia que tienen las partes, porque al ser obligatoria, y en muchos casos llegarse a un acuerdo, las personas se alejan el sistema judicial, lo cual a su vez trae otro problema a la justicia y es que no se encuentra retroalimentada por la cotidianidad, y esto lleva a que no se sienten precedentes, jurisprudencia y que no se dicten leyes mas acordes con lo que pasa en este momento en la comunidad.

³⁴ *Ibid.*



Otra crítica realizada es que en determinadas mediaciones se negocian derechos civiles que deberían ser inalienables.

Uno de los temas conflictivos es el tema de la neutralidad de los de los mediadores; cual es el significado de ser neutro; cuáles son los alcances de esto dentro del proceso de mediación, y si la neutralidad es algo dado como características inherentes a determinadas personalidades o puede ser aprendida.

Son interesantes las conceptualizaciones sobre las contradicciones que se establecen entre neutralidad – imparcialidad – equidistancia.

c. Beneficios de la mediación

Todas las personas, grupos y/o organizaciones que se encuentran empantanados en un proceso conflictivo pueden ser los beneficiarios de esta nueva institución.

Suele confundirse a la mediación con una de sus subclases: la mediación judicial. Esta última es la que se realiza a pedido o por derivación de los tribunales.

Pero dado que el sistema de mediación puede también funcionar separado de los tribunales, en el ámbito privado, los mediadores pueden ser llamados por la comunidad o directamente por las partes. Cualquier persona, grupo y/o organización puede beneficiarse con su aplicación.

d. El Mediador

Si bien se habla en singular del mediador, no existe un solo tipo de mediador. En el mito de la mediación, hay un mediador genérico, aunque con diferentes características y estilos. En realidad, la comunidad de mediadores esta formada por diversidades, pues los mediadores no constituyen un grupo homogéneo.

No obstante se ha llegado a la conclusión que existen tres tipos básicos de mediadores:

- Quienes actúan como promotores públicos y constructores de área: Se trata de quienes son públicamente conocidos por la promoción de la mediación como sistemas para resolver conflictos. Estos mediadores hablan y escriben sobre la mediación, con llegada a grandes auditorios, por lo que son voceros del método.

Promueven a la mediación como alternativa legítima y creíble, por ser menos costosa, más eficiente, equilibradora de poder, transformadora de las relaciones personales y solucionadora de problemas.

Sus puntos de vista y su ubicación en las primeras filas ante los terceros justifican el trabajo de los demás mediadores, por lo que contribuyen en forma significativa a la expansión del área.

Su función principal es vender la mediación a los potenciales usuarios que originalmente puedan ser escépticos y hasta hostiles.

Quienes practican y ejercen la mediación como forma de vida de tiempo completo: Se trata de profesionales que se ganan la vida como mediadores, sea en una práctica pública o privada.

Su preocupación se centra en cuestiones relativas al campo laboral, conseguir clientes o su imagen en el mercado. Los que ejercen en privado deben legitimarse y ser creíbles, venderse a sí mismos, al mismo tiempo que a sus servicios; al contrario, los que ejercen en contextos institucionales tienen mas casos de los que pueden manejar y su preocupación muchas veces ronda por interrogarse sobre si a alguien le importa realmente lo que hacen.

Todos enfrentan el desafío propio de la práctica, especialmente el de llevar a las partes recalcitrantes a un difícil acuerdo y hay gran debate sobre como debe hacerse la tarea.

Quienes ofician de mediadores pero sin considerarse no ser profesionales de la mediación: Existen quienes median desde afuera de la profesión. Son abogados, funcionarios políticos o diplomáticos que utilizan y practican nuevas formas de facilitación.



Utilizan ciertas técnicas y dan cierto lustre a la profesión, al servir propósitos nobles como la paz mundial y la armonía social.

Si estos facilitadores fracasan, puede producirse un impacto negativo sobre la profesión; si tienen éxitos rotundos, esto se refleja con energía favorable y da a todos un sentido de trascendencia

Características de un mediador eficiente.

El mediador perfecto debería poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.

Las principales cualidades que se predicen del mediador son:

- **Neutralidad:** La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia.
- **Capacidad para abstenerse de proyectar su propio juicio:** El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador este en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.
- **Flexibilidad:** Debe estimularse la fluidez en las comunicaciones.

- **Inteligencia:** Las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.

- **Paciencia:** Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.

- **Empatía:** El mediador debe ser capaz de valorar percepciones, medios e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.

- **Sensibilidad y respeto:** El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.

- **Oyente activo:** Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos.

- **Imaginativo y hábil en recursos:** Es importante que el mediador tenga capacidad de generar y aportar ideas nuevas.



- **Enérgico y persuasivo:** A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr la flexibilidad entre las partes aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.

- **Objetivo:** El mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.

- **Digno de confianza para guardar confidencias:** Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así.

- **Tener sentido del humor:** Es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable.

- **Perseverante:** Cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.

d. Clasificación de los estilos del mediador

Hay diferentes estilos de mediación. El mediador puede tender a definir los problemas en forma amplia o restringida, adoptando un rol evaluativo o facilitador del conflicto.

La intervención del mediador puede ser evaluativa - limitada, facilitativa - amplia o evaluativa - amplia.



Si el mediador adopta una aproximación amplia puede examinar intereses personales de las partes en conflicto y hasta puede llegar a usar la mediación para modificar a las partes de un conflicto.

Los mediadores pueden llegar a usar técnicas evaluativas y facilitativas; algunos especialistas aconsejan empezar con técnicas limitativas y luego ampliar.

Para elegir un mediador el solicitante de la mediación deberá expresar cuales son sus objetivos. El mediador no debe tener carácter muy fuerte pues, esta modalidad puede desnaturalizar la mediación y hacerla fracasar.

e. Roles del mediador

Durante el curso de la mediación, el mediador desempeña varios roles, en los que debe:

- Facilitar la discusión;
- Abrir los canales de comunicación;
- Traducir y transmitir información;
- Distinguir posiciones de intereses;
- Crear opciones;

- Ser agente de realidad.

f. El rol de los abogados en el proceso de mediación

- La función del abogado en la mediación.

La función que cumplen los letrados en el proceso de la mediación es de vital importancia para la seguridad y funcionamiento del instituto de la mediación, debido a que los mismos deberían informar y asesorar a sus clientes acerca de las ventajas y desventajas de participar en un proceso de mediación.

Como primer paso, el abogado deberá informar de manera detallada a su cliente, en que consiste el proceso de mediación, ya que en nuestro país es un método alternativo de conflictos relativamente nuevo y son muchas las personas que hasta el día de hoy conocen poco y nada acerca de este novedoso sistema de resolución de disputas.

Con relación a la mediación es esencial que las partes tomen conocimiento que el mediador en ninguna oportunidad podrá suplir el rol del abogado de parte, asesorando a las mismas, ya que uno de los pilares básicos del instituto de la mediación es que el mediador tenga durante todo el procedimiento una conducta de imparcialidad como así mismo de neutralidad hacia las partes.

Luego de que las parte hayan tomado conocimiento acerca de qué es y cómo funciona el proceso de mediación, sus letrados tendrán que analizar el caso en particular para



saber realmente si es aconsejable o no que sus clientes participen de la mediación o si bien resulta más apropiado recurrir a otros métodos para resolver definitivamente el conflicto existente. Lo importante es que el cliente este siempre informado y por sobre todo sea él, quien decida qué camino desea elegir para resolver la controversia existente. Asimismo, cuando los abogados comprendan adecuadamente el instituto de la mediación podrán facilitar el proceso y en consecuencia aumentar la probabilidad de lograr un acuerdo beneficioso para todas las partes intervinientes; evitando que las partes acudan al servicio del sistema judicial que como ya bien sabemos hoy en día es demasiado lento, costoso y por sobre todo, desgastante para las personas involucradas.





CAPÍTULO IV

4. Alternativas no jurisdiccionales para resolver conflictos

La crisis que padece el proceso como vía pacífica de resolución de controversias entre los hombres. Concurren para ello experiencias notariales como la lentitud intrínseca en el sistema y la generosidad que a diario aumenta la dificultad en el acceso. Además, se hace evidente cierta desconfianza a los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone.

Es verdad la constatación no es una realidad presente. Sino producto de una evolución en los desatino que persiguiendo afianzar el sistema, lo llevaron. En este sentido, el aumento geométrico de las causas, la pobreza presupuestaria que particulariza la asignación de recursos, la plétora profesional cada vez más inquietante por su número y calidad resultante, entre distintos registros de variada preocupación, seguridad y eficacia que la vía jurisdiccional propicia.

Surgen así institutos como el arbitraje, la mediación y los conciliadores. Sin olvidar otras instancias como son los incentivos económicos arreglos que se propician entre las partes con el riesgo de asumir grandes costos causídicos si fuesen rechazados para obtener un resultado similar en sede judicial o las quejas planteadas ante organismos institucionalizados que asumen la defensa del interés.



Lo común es que estas alternativas jueguen indiferentes al proceso judicial, es decir, son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales.

Este fenómeno se da en que de alguna manera significa una regresión a la justicia primitiva. Al no trascender la sustentación del derecho en el mandato provisto de jurisdiccionalidad, intereses solamente solucionar el conflicto.

Las sentencias judiciales son una manera más de orientar la conducta de los hombres, por ende, lo manifiesto es la justa composición más que la solución a toda cosa.

Fue por ello que el curso de la historia demuestra que cuando el hombre reposó su confianza en el Estado dio origen a la justicia misma, como función social. Aquella que proviene de la voluntad del hombre confiado que deposita su fe en el Estado para que lo organice en su vida de relación.

El ejercicio de la jurisdicción proyectó a través del causalismo, posibilidades alternas que excedieron del marco de la composición del litigio. El juez fue intérprete de la ley y de la norma constitucional, cubrió los vacíos legislativos denominados lagunas de la ley, dio sentido y dirección al derecho consuetudinario y políticamente, sirvió de contrapeso de los restantes poderes del Estado a través del control constitucional de constitucionalidad de las leyes emitidas por el Congreso y de la fiscalización de la legalidad y legitimidad de los actos administrativos.



La evolución mostró el papel principal del juez en todo este activismo y fue lógico esperar el desplazamiento del tercero imparcial hacia el juez director del proceso, facultado a instruir de oficio y a buscar en las entrañas del litigio la verdad jurídica objetiva.

De todos modos la evolución sucintamente expuesta no refleja más que una visión parcializada del acceso, bien cierto es que especialmente a partir de las grandes codificaciones se ha llegado a acceder que el derecho exija gracias a un acto de soberanía del poder público.

Además y aunque ello esté medio por el diario acontecer, se piensa que este cuerpo cerrado de normas y concepto constituye un oráculo suficiente para extraer de allí, cuando no los preceptos jurídicos que resuelven expresamente la cuestión, al menos los principios de razonamientos que conducirán a una solución que podrá ser igualmente imputada al sistema de normas puesto y mantenido en vigor por el poder público.

“Se estima que el juez no crea el derecho sino que lo aplica, y que la interpretación no hace más que determinar el sentido de una norma legal para aplicarlo a un caso particular, por más que en verdad prueba tratarse de la solución adecuada de este caso según un criterio que, sin la ayuda de razonamientos contados a media, sería difícilmente imputable a la regla general”.³⁵

³⁵ Rossatti, Horacio. **El derecho a la jurisdicción antes del proceso**, pág. 148.



En uno u otro caso, lo que interesa subrayar es que la fuerza de los hechos demuestra que el andar de la justicia siempre depende de los hombres, tanto de los que la compone como de quienes la activan y que no importa tener el código más perfecto igualmente siempre lleno de lagunas ni la mejor estructura edilicia. Lo importante es que se mantenga el espíritu de la justicia, que la confianza otorga depositada no se evada por los intersticios de la suposición, de la inmoralidad, del caos o e la inseguridad.

4.1. La conciliación y sus posibilidades

Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín conciliatio, que significa composición de ánimos en diferencia.

En cada una de estas precisiones está presente la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas; arreglo que puede lograrse dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de haberse promovido.

El interrogante que plantea la conciliación se cifra en la utilidad que presta a la función jurisdiccional respeto a la eficacia que de ella se espera.

En efecto, si conciliar es pacificación rápida, podría colegirse que en ese acto estaría ausente la justicia del acaso. La decisión concertada obraría sobre la base de regateos y conveniencias particulares ajenas absolutamente a la protección del derecho que la jurisdicción tiene en espíritu principal.



La renuncia bilateral voluntaria, debe ser desalentada porque el Estado le interesa que la justicia se cumpla en toda su extensión, y la conciliación esconde, en realidad, un mercado en donde gana el que más regatea.

La posición desalienta el valor de la figura, pero la réplica histórica es concisa y demuestra la conveniencia de su instauración con ciertas adaptaciones necesarias que será oportuno establecer.

4.2. Modalidades de la conciliación

Es menester clasificar las modalidades que admite la conciliación una vez establecido el objeto que contabiliza institucionalmente.

La conciliación puede ser procesal e instaurarse en el curso de un proceso en trámite o en vías hacia ello, o ser preprocesal, y en su caso, estar fuera de la noción jurisdiccional para meditarse como mecanismo alternativo de composición a través de personas o instituciones debidamente respaldadas:

- a. La conciliación preprocesal: suele denominarse también conciliación extrajudicial porque tiende a resolver el conflicto antes de llegar a la esfera litigiosa.

Se trata aquí de observar la actuación de fórmulas compositivas a través de gestión que encaminada mediadores conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalitos.



La tercería en el conflicto no otorga carácter jurisdiccional al procedimiento encaminado, porque el conciliador toma intervención por lo voluntad directa de las partes y no de la voluntad del Estado que lo predetermina como juez natural.

De igual manera, el conciliador que obra fuera del proceso no ejercita heterocomposición alguna, en el caso de ausencia de acuerdo entre las partes respecto de la persona del tercero que habrá de resolver el conflicto: ello ocurre en el proceso judicial, el cual puede incoar el pretendiente aun en contra de la voluntad del resistente, quien no obstante quedará ligado a aquél por la simple voluntad de la ley.

Los buenos oficios que ponga el conciliador para solucionar equitativamente el conflicto no toma lo actuado en proceso, sino que es un mero procedimiento voluntario que persigue atenuar temperamentos extremados procurando limar sus asperezas favoreciendo proposiciones de autocomposición. En definitiva, la solución depende siempre de los que las partes resultan, y no de la fórmula que el mediador propicie.

Sin embargo, el fenómeno no registra esta única característica en tanto siendo un derecho transigible las partes pueden acordar que el tercer tenga incidencia y facultad resolutive, la cual podrán acatar sin derecho a recurso alguno, o admitiendo que su proposición sea de simple acercamiento a los intereses enfrentados generando una alternativa más de solución pacífica.

De acuerdo con ello, la conciliación extrajudicial presente estas modalidades:

- Como actividad de buenos oficios de un tercero que se limita a intentar el acercamiento entre las partes, en base a la prudente actitud de los hombres sabios, cuya actitud no se expone en recomendaciones de obligatorio seguimiento.
- Como mediador, la conciliación se manifieste en la actividad y diligencia que realiza el tercer ofertando proposiciones de arreglo que las partes pueden o no seguir. A diferencia del anterior, éste dirige la disputa y persigue el acuerdo, por cuanto la solución de la controversia permanece en lo disponible de las partes.
- No deben confundirse estas actitudes disuasorias con la actividad que ejercitan árbitros y amigables componedores, porque ellos tienen un ámbito diferente basado desde las formas del juicio. De alguna manera son jueces de conciencia que resulten por su saber, entender, prudencia y técnica dispuesta, siendo sus pronuncios, justamente, enjuiciamiento que los contradictorios deben respetar por el sometimiento voluntario oportunamente realizado.

La conciliación extrajudicial analizada en el concierto jurídico que ofrece el derecho comparado muestra posibilidades de distinta gestación. A veces se impone como condición prejudicial y es obligatoria en cierto tipo de cuestiones y procesos en otras previene en la disposición de los interesados, en facultativa, pero efectiva y útil para resolver sin la crisis y fatiga jurisdiccional, problemas de singular relieve y presencia.



En España, el acto de conciliación se impuso como verdadero presupuesto de admisibilidad de la demanda cuyo cumplimiento tenía que examinar el juez antes de dar curso a la pretensión.

Este acto preventivo es un medio autocompositivo que se ofrece a las partes. Si logra el objetivo de acercamiento y avenencia, la solución se trasunta en el desistimiento, el allanamiento o la transacción.

Caracterizada doctrina menciona que el carácter facultativo al que torna actualmente la conciliación preprocesal, obedece a que el acto se había convertido en una mera formalidad, en una auténtica cortapisa que era preciso salvar dentro de la carrera de obstáculos en que se había convertido el proceso civil.

La obligatoriedad de la conciliación antes del proceso motiva fervorosas opiniones en contrario. Sosteniendo que se constituyen en obstáculos verdaderos al acceso a la justicia sin limitaciones de tipo alguno y que su ineficacia queda demostrada por las numerosas legislaciones de tipo alguno y que su ineficacia queda demostrada por las numerosas legislaciones que abandonaron su curso, preventivo o preprocesal, para instarlo dentro del trámite litigioso.

La conciliación voluntaria, anterior al proceso, ha germinado en instituciones de múltiples finalidades en la mira de acercar soluciones a conflictos planteados por interpretaciones de los derechos del consumidor, intereses difusos, asuntos de familia, laborales, etc.



4.3. La conciliación procesal

La conciliación inserta en el ámbito del proceso desenvuelve una modalidad específica de los fines que inspira el derecho procesal: conciliar sin sacrificio de intereses.

La pacificación provocada por el activismo judicial en base a la audiencia fue y es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva.

Posicionar la conciliación como acto del proceso, oportuno y eficaz, persigue justamente acertar ese destino de solucionar controversias sin anudar las diferencias que llevan a proseguir el estado litigioso.

Por otro parte, la presencial del juez en la audiencia contrae sensibilidades distintas en el ánimo de los partícipes, no es ya puro voluntarismo el que decide la composición, sino un elemento de prudencia y consejo, que, sin generar prejuizgamiento, permite conocer ciertas posturas ante los hechos que afronta.

Asimismo, instalada en el proceso el juez puede ordenar o no la comparecencia al avenimiento, porque si las partes no pueden obligarse con relación al objeto de la controversia, dando como si fuese prohibida la disposición por no ser materia inútil e inoficioso propiciar la vía.



Este es el justo camino para la conciliación, un acto poder para el juzgador, y un derecho absolutamente dispositivo para las partes.

4.4. La conciliación en el ordenamiento legal

La norma transcrita reconoce la llamada conciliación interprocesal, es decir que ya iniciado el proceso, por medio de esta se le pone fin. La misma solo es obligatoria en el juicio oral, pues la conciliación es obligatoria antes de la contestación de la demanda; el Artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil prescribe:

- En la primera audiencia, al iniciarse la diligencia, el juez procura avenir a las partes, proponiéndoles formulas ecuanimes de conciliación y probara cualquier forma de arreglo en que convinieron siempre que no contrarié a la ley. Si la conciliación fuere parcial el juicio continuará en cuanto a las pretensiones no comprendidas en el acuerdo.

a. La conciliación en el derecho de familia

El Decreto Ley número 206, Ley de Tribunales de Familia, crea en Guatemala la jurisdicción privada de familia y para tal efecto, corresponde conocer a estos juzgados los asuntos y controversias todos los asuntos enumerados en el Artículo 2 de esta ley.

Esta ley establece la obligatoriedad de la conciliación para todos los juicios de familia y la intermediación judicial. El Artículo 11 describe:



“La diligencia de conciliación de las partes, previstas en el Artículo 203 del Código procesal Civil y Mercantil, no podrá dejar de celebrarse en juicios de familia, debiendo los jueces plenamente emplean los medios de convencimiento y persuasión que estimen adecuados para lograr el avenimiento de las partes, de todo lo cual dejarse constancia de las actuaciones”.

4.5. La conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en el derecho de familia

Con la aplicación de la conciliación como mecanismo alternativo para resolver conflictos en el derecho de familia, se permite que las partes en conflicto eviten someterse a un proceso posterior que en muchos casos resulta ser largo y oneroso, además descongestiona la acumulación de proceso en los juzgados de familia brindando celeridad procesal, y lo más importante, otorga a las partes un acuerdo, el cual contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada. Por lo que para que la conciliación tenga un verdadero carácter de pre-procesal y con ello evitar un proceso posterior, son necesarias las reformas al Artículo 203 del Código Procesal Civil y Mercantil y al Artículo 11 de la Ley de Tribunales de Familia, pues el carácter intra-procesal que actualmente posee la conciliación no permite desarrollar plenamente todas las ventajas que la misma ofrece como mecanismo alterno para resolver conflictos.

Es determinante la conciliación en el derecho de familia, ya que la familia es la base de un buen vivir, es el núcleo que organiza el rol de la personalidad de los hijos, inculcando valores, educación y cultura; entre otros y eso se logra con una buena unión





CONCLUSIONES

1. En el derecho civil se puede estipular todas y cada una de las conductas del ser humano para la realización y convivencia buscando el bien común, pero el Código Civil guatemalteco no regula ningún tipo de conciliación ni mediación dentro de los procesos de separación.
2. El derecho de familia es una rama tan importante dentro del derecho civil, que regula los factores esenciales de la familia, pero actualmente no existen mecanismos de preparación para la conciliación o mediación en los procesos que se establecen en dicho derecho.
3. En el derecho de familia es muy importante la conciliación, pero lamentablemente no se utilizan los parámetros necesarios para poder resolver conflictos; situación que forma el congestionamiento de procesos fáciles de resolver generando un costo innecesario.
4. La conciliación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, pero en Guatemala no es empleada esta técnica debido a que no existe un personal capacitado para resolver jurídica y psicológicamente un proceso donde se maneje la forma de llegar a un resultado favorable, rápido y lo menos oneroso posible.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe reformar el Código Civil donde estipule la conciliación como mecanismo para la resolución de conflictos en cada una de las figuras que estipula dicho código, para buscar la convivencia del bien común ya que en nuestra legislación no se regula ningún tipo de conciliación, ni mediación dentro de los procesos de separación.
2. Los juzgados de familia deben realizar un análisis legal y doctrinaria sobre la necesidad e importancia de la conciliación y mediación en cada uno de los procesos de derecho de familia, que se presenten en los juzgados con el objeto de descongestionar el servicio y se llegue a una pronta y efectiva justicia en donde las partes en conflicto puedan solventar sus controversias de la mejor forma y evitar así engorrosos procesos.
3. El Gobierno de la República de Guatemala debe implementar la conciliación para la resolución de conflictos en el derecho de familia, con programas de capacitación impartidas por especialistas en el tema donde enfoquen las ventajas de llevar la conciliación en los procesos del derecho de familia.
4. El Organismo Judicial, deberá de capacitar y especializar a los jueces de Primera instancia de familia para que implementen la conciliación como mecanismo alternativo en los conflictos en el derecho de familia, para que oriente ha una



solución favorable de forma jurídica y psicológicamente y así no generar costas judiciales innecesarias.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho civil**. Editorial Vile, Edición 1995. Guatemala.
- ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil español**. Barcelona: Ed. Bosch, 1997.
- ÁLVAREZ, Gladys. **Mediación para resolver conflictos**. México: Ed. Porrúa, 2005.
- AZULA, Jaime. **La audiencia preliminar y de conciliación**. España: Ed. Temis, 1999.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. USAC, 1990.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico del derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2005.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil**. España: (s.e.), 1980.
- CRISTANCHO MOYANO, Juan Pablo. **La conciliación y los métodos alternativos de solución de conflictos**. Colombia: Ed. Profesional, 2002.
- FOLBER, Jay. **Mediación, resolución de conflictos sin litigio**. Noriega: Ed. Kris, 1997.
- FRUGONI REY, Guillermo. **Manual básico de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: (s.e.): Ed. 1974.
- FRUGONI REY, Guillermo. **Derecho privado**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Coloquio, 1980.
- NEGRI, Héctor. **La obligación**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo – Perrot, 1970 .
- NIENDEZ COSTA, Mari Josefa. **Derecho de familia**. México: Ed. Porrúa, 2008.



PÉREZ DE CASTRO, Ramona. Las capitulaciones matrimoniales. España: (s.e.), 2003.

PUIG PEÑA, Federico. Tratado de derecho civil. Barcelona: Ed. Labor, 1976.

ROSSATTI, Horacio. El derecho a la jurisdicción antes del proceso. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma, 1984.

URQUIZU CÓRDOVA. Oscar Eduardo. Principios del derecho civil. Buenos Aires, Argentina: Ed. Kapeluz, 1998.

VALVERDE, Calixto. Tratado de derecho civil español. España: Ed. Labor, (s.f.).

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala.

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206 del Congreso de la República de Guatemala.