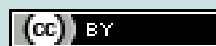




ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 4, n.º 6, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2022.v4n6.03



La función conciliadora del fiscal en materia de familia

The conciliatory role of the prosecutor in family matters

Gilber Cabanillas Hernández *

Distrito Fiscal de Ica
(Cajamarca, Perú)
gcabanillasdj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-0468-6436>

Resumen: La falta de una política institucional por el Ministerio Público en la promoción, difusión y exigencia en el cumplimiento y control de la Ley n.º 28494 y la Directiva n.º 005-2005-MP-FN ha hecho que no se logre los resultados esperados en el tema de conciliación fiscal. A ello se suma la situación de pandemia que estamos viviendo, reduciendo cada vez más la oportunidad a las familias a solucionar su conflicto de intereses mediante conciliación. Esta problemática ha incrementado la violencia intrafamiliar a consecuencia del ejercicio de los atributos de la patria potestad (alimentos, tenencia y régimen de visitas) entre los progenitores y sus familiares. Por eso,

* Fiscal provincial civil y de familia de Celendín. Abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de la ciudad de Cajamarca. Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca.

el objetivo primordial es analizar por qué la función conciliadora del fiscal de familia o mixto no ha tenido resultados esperados, como es el propósito de la ley. En la actualidad, dicha función es nula, así se evidencia con el registro de solicitudes de conciliación en el despacho de la Fiscalía de Familia de Celendín durante el 2021.

Palabras clave: conciliación fiscal, alimentos, tenencia, régimen de visitas

Abstract: The lack of an institutional policy by the Public Ministry in the promotion, dissemination and demand in compliance with and control of Law No. 28494 and Directive No. 005-2005-MP-FN, coupled with the pandemic situation that we are experiencing, has prevented the expected results from being achieved on the issue of tax conciliation, increasingly reducing the opportunity for families to solve their conflict of interest through conciliation, increasing intra-family violence as a result of the exercise of the attributes of parental authority (maintenance, custody and visitation) between the parents and their family members; Therefore, the main objective is to analyze why the conciliatory function of the family or mixed prosecutor has not had expected results, as is the purpose of the law, at present said function is null, as evidenced by the registry of requests for conciliation in the office of the Celendín family prosecutor's office during the year 2021.

Key words: fiscal conciliation, food, possession, visitation

RECIBIDO: 17/05/2022

REVISADO: 10/06/2022

APROBADO: 30/06/2022

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

A propósito de la función conciliadora del fiscal en materia de familia, el 13 de mayo del 2019, la exfiscal de la Nación, Dra. Zoraida Avalos Rivera, en su mensaje por el Trigésimo Octavo Aniversario del Ministerio Público, señaló que como titular de dicha institución responsable de dirigir, orientar y reformular la política institucional en pro de la descarga procesal fiscal, su despacho ha creado el subsistema especializado como modelo piloto de cuatro fiscalías provinciales de Familia Especializadas en Prevención de Violencia de Género y Personas en Condición de Vulnerabilidad para Lima Centro. Se da esta creación a fin de darle un abordaje especializado al problema de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, teniendo como objetivos estratégicos las funciones en conciliaciones extrajudiciales en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas, cuya finalidad es la de prevenir conflictos intrafamiliares que deriven de dichas materias. Sustentaba que, en el tema de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, la realidad del país mostraba cifras alarmantes, existiendo distritos fiscales

donde la carga procesal desbordaba la capacidad de respuesta del Sistema Fiscal. Así, al 8 de abril del 2019, el distrito fiscal de Arequipa ostentaba 30 432 denuncias; el de Lima Norte, 21 569 denuncias; y el de Lima Este, 20 830 denuncias.

El presente trabajo está orientado a un análisis del cumplimiento de la función conciliadora del fiscal de familia o mixto en materia del derecho de familia (alimentos, tenencia y régimen de visitas). Responde a la pregunta, por qué la conciliación fiscal no ha tenido resultados esperados, incrementando cada vez más la incidencia de la violencia intrafamiliar a consecuencia del ejercicio de los atributos de la patria potestad, respecto de sus hijos entre los progenitores y sus familiares.

La temática de la conciliación fiscal en el derecho de familia es de gran interés en la sociedad, pues busca una convivencia de paz en las familias. Seguimos viviendo hechos de violencia intrafamiliar y somos testigos presenciales de los medios de comunicación que exponen actos de violencia terminando muchos casos en feminicidios.

En cuanto a los antecedentes desarrollados en esta temática, no se registran muchos trabajos; sin embargo, se han identificado los siguientes:

- a) «La conciliación fiscal en asuntos de derecho de familia: análisis de la operatividad de la Ley 28494»: el artículo de Hernández (2005) en el que se hace un desarrollo doctrinario de la conciliación fiscal en Perú. Se presentan las diferencias de dicha competencia con los centros de conciliación y defensorías, la conciliación en alimentos, tenencia y régimen de visitas, procedimiento de la conciliación fiscal, requisitos, plazos, actas de conciliación, entre otros.
- b) *La institución de la conciliación y su incidencia en la solución de conflictos que son competencia del Ministerio Público: una propuesta de cambio*: Casma (2009) concluye en su tesis doctoral que en el periodo comprendido entre el 2006 y el 2008 se observa un ligero incremento en el porcentaje de expedientes en los que las fiscalías penales, mixtas, civiles y de familia del Distrito Judicial de Ica aplicaron la conciliación, 43 % correspondieron a alimentos, tenencia de menores y régimen de visitas. Se evidencia que los alimentos constituyen la materia más conciliable más resuelta a través de procesos conciliatorios en las fiscalías civiles y de familia y mixtas del distrito judicial de Ica. Entre las limitaciones señala que los fiscales no tienen facultad coercitiva, la carencia de una cultura de paz en abogados y partes intervinientes en los conflictos jurídicos.

- c) «Conciliación y solución de conflictos en familia en la Cuarta Fiscalía Provincial Civil de Cajamarca»: el artículo de Gonzales et al. (2019) concluye que el 48 % de casos que solicitaron la conciliación y llegaron a un acuerdo total o parcial en la solución de conflictos en materia de pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia durante los años 2014-2015, con un impacto negativo del 52 % de solicitudes conciliatorias, no terminaron con un acuerdo conciliatorio.

La institución jurídica de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos judiciales y extrajudiciales en Perú no es nueva. En la actualidad se encuentra vigente la Ley de conciliación n.º 26872 del 13 de noviembre de 1997 y su reglamento Decreto Supremo n.º 014-JUS de fecha 30 de agosto del 2008. En dicha ley se declara de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de la solución de conflictos, propiciando una cultura de paz, siguiendo los principios éticos de veracidad, equidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad y economía. La norma tiene por finalidad terminar un conflicto de intereses antes de llegar a un proceso judicial o estando en proceso judicial terminarlo mediante la conciliación, tal como lo regula el artículo 323 del Código Procesal Civil (CPC), el cual prescribe: «Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia».

Además de la función de conciliación facultada al Poder Judicial y a los Centros de Conciliación, por su parte, la Defensoría Municipal del Niño, Niña y Adolescente - DEMUNA tiene, entre otras funciones, facultad para efectuar conciliación extrajudicial especializada sin necesidad de constituirse en centros de conciliación, emitiendo actas que constituyen título ejecutivo en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre que las mismas materias no hayan sido resueltas por instancia judicial. Según Pinedo et al. (2015):

Cuando las partes en disputa resuelven su controversia a través de la suscripción de un acta de conciliación extrajudicial se hace innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional en la decisión de dicha controversia, y se aspira al cumplimiento voluntario de estos acuerdos toda vez que poseen una mayor *vocación de cumplimiento*. Pero en caso de un eventual incumplimiento, la parte perjudicada por aquel se apoyará en el mérito ejecutivo del acta de conciliación y tendrá que recurrir a la jurisdicción vía el proceso de ejecución de resoluciones judiciales para que a través del proceso coercitivo del Estado – representado por el Poder Judicial – se haga efectivo lo libremente acordado en el acta. (p. 153)

En esta oportunidad nuestro objeto de estudio está delimitado expresamente a las atribuciones conciliatorias del fiscal de familia o mixto, conforme a la normativa que la faculta.

2. Normatividad y doctrina

La facultad conciliadora del fiscal de familia o mixto no es una novedad en el quehacer de su labor fiscal, existe una normatividad de larga data que la sustenta, a saber:

2.1. Ley n.º 28494 - Ley de Conciliación Fiscal en asuntos de Derecho de Familia

Esta ley fue publicada el 13 de abril del 2005 y está vigente desde mayo del mismo año. Mediante esta ley se modificaba el artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo n.º 52, y el artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes (CNA) - Ley n.º 27337, respecto a las atribuciones y competencias del fiscal de familia y mixto. De este modo, se incrementan las atribuciones y competencias, a fin de intervenir a solicitud de parte como conciliador en asuntos de familia para propiciar acuerdos entre las partes y lograr una solución consensuada al conflicto, siempre que no se haya iniciado proceso judicial en asuntos de alimentos, tenencia de menores, régimen de visitas y del régimen de la patria potestad, con la advertencia de que no se podrá llevar adelante una conciliación cuando se trate de derechos no disponibles, irrenunciables o sobre materias que tengan connotación penal.

El documento o acta, en el cual se materializa la conciliación fiscal que contenga el acuerdo conciliatorio, tiene mérito ejecutivo conforme al inciso 3 del artículo 688 de Código Procesal Civil, que prescribe que solo se pueden promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso: las actas de conciliación de acuerdo a ley¹.

Esta ley a todas luces mostraba una contradicción al indicar que el fiscal provincial de familia tiene facultades para intervenir como conciliador en la patria potestad, estableciendo la prohibición cuando se trate de derechos no disponibles e irrenunciables. Sabido es que el artículo 419 del Código Civil regula el ejercicio de la patria potestad que se ejerce conjuntamente con el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación del hijo y, en caso de disenso de los padres, resuelve el juez del niño y adolescente. Además, la patria potestad vía judicial puede ser suspendida, extinguida y restituida en su ejercicio conforme a los artículos 75, 77 y 78 del Código de los Niños y Adolescentes, artículo modificado por el Decreto Legislativo n.º 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos; y la Ley n.º 30819 del 13 de julio del año 2018.

1 Cabe precisar que la Ley 28494 indica que constituye título de ejecución; no obstante, el artículo 713 del Código Procesal Civil ha sido derogado por la única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo n.º 1069 publicado el 26/06/2008.

2.2. Directiva General n.º 5-2005-MP-FN

Aprobada por Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1133-2005-MP-FN, de fecha 13 de mayo del 2005, publicada el día 17 del mismo mes y año, que además de regular el procedimiento y requisitos del proceso extrajudicial de conciliación fiscal en asuntos de derecho de familia a nivel nacional, superó la antinomia jurídica respecto a la conciliación de la patria potestad, que había regulado la Ley n.º 28494, señalando expresamente en el numeral 5.1. Contenido:

Los asuntos en los que se podrán conciliar son única y exclusivamente en derecho de tenencia y custodia, régimen de visitas y alimentos no solicitados anteriormente ante el órgano jurisdiccional, a favor de los niños, niñas y adolescentes. Con relación al régimen de la patria potestad, se excluye la conciliación en los casos de suspensión, extinción y restitución.

Otra de las falencias que subsana la Directiva General n.º 5-2005-MP-FN, respecto a la Ley n.º 28494, es el tema del alcance y competencia fiscal que faculta llevar a cabo la conciliación en asuntos de derecho de familia no solo al fiscal provincial de familia, sino también al fiscal provincial mixto a nivel nacional; así lo regula el numeral 5.1. Competencia: «Tienen facultad para conciliar el fiscal provincial a cargo de una fiscalía provincial de familia o mixta (...) quien asumirá competencia por el domicilio del solicitante» (p. ¿?).

La directiva también regula el procedimiento, formalidades y requisitos para llevar adelante la conciliación fiscal. La solicitud de conciliación podrá realizarse por escrito o verbalmente por una o ambas partes. El fiscal tiene el plazo de cinco días hábiles para calificar la solicitud de conciliación y podrá solicitar la documentación a las entidades o autoridades públicas o privadas para una mejor propuesta conciliatoria. Puede solicitar la concurrencia de los niños y adolescentes, a fin de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente (art. 85 del CNA). La citación es una invitación a conciliar que es notificada por personal policial o cualquier otro medio (en la práctica lo realiza por personal administrativo del despacho fiscal). La solicitud de conciliación es denegada cuando no cumple los requisitos o la materia no sea conciliable (la improcedencia es inimpugnable). La audiencia fiscal es única, se puede llevar en sesiones que no excedan los siete días hábiles y las partes podrán ser asistidas por sus abogados o representantes legales. Si por motivo injustificado se frustrara la audiencia de conciliación, se da por concluido el trámite. Lo no previsto en la directiva de aplicación de la Ley de Conciliación n.º 26872 y su Reglamento D. S. n.º 014- 2008-JUS, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. No se exige pago de tributo desde el 10 de julio del 2019 que se emitió la Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1689-2019-MP-FN, eliminando todo concepto de tasa por solicitud

de conciliación y copias, garantizando la gratuidad en las solicitudes de conciliación extrajudicial.

2.3. Manual de Procedimiento de las Fiscalías de Familia

En el año 2016, se publicó el Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia, por parte del Ministerio Público como resultado del «Plan Estratégico de Infancia y Adolescencia del Ministerio Público 2004-2010». Se tiene como una de sus prioridades la elaboración de manuales operativos orientados a facilitar el trabajo de los fiscales especializados de familia, civiles y mixtos, con la finalidad de lograr una correcta aplicación del Código de los Niños y Adolescentes, el Libro I del Código Civil, Derecho de las Personas, Libro III Derecho de Familia, así como la temática de violencia familiar y abuso sexual. El manual tiene por finalidad uniformizar y optimizar el trabajo fiscal en todo el país, otorgando a los señores fiscales un instrumento operativo que les permita tener una actuación proactiva y eficaz en la protección de los derechos de los niños y adolescentes en materia civil, tutelar, infracción a la ley penal y de prevención del delito.

Este manual regula detalladamente la actuación del fiscal de familia y mixto para todas las acciones extrajudiciales en cuatro ámbitos:

- a) control y vigilancia;
- b) procedimiento de investigación en resguardo y protección del niño y adolescente;
- c) inscripción de nacimientos; y
- d) contravenciones.

En ámbito extrajudicial tutelar le otorgaba competencia para desarrollar investigaciones por causas de estado de abandono reguladas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes (hoy derogado por el Decreto Legislativo 1297) y realizar investigaciones por infracción a la ley penal y las salidas alternativas al finalizar la investigación. En materia civil, el manual ilustra la participación del fiscal como parte, dictaminador y tercero con interés en el proceso civil.

Especial atención merece la función conciliadora de la Fiscalía desarrollada en el manual al haber delimitado el concepto, la participación del Ministerio Público, los requisitos de la audiencia de conciliación y el acta.

En cuanto a su concepto, prescribe que la conciliación fiscal es una atribución del fiscal provincial de familia o mixto para intervenir, a solicitud de parte, como conciliador en asuntos de derecho de familia. Tiene como función primordial propiciar acuerdos entre las partes y lograr la solución

consensual al conflicto en asuntos de tenencia y custodia, régimen de visitas y alimentos, no solicitados anteriormente ante el órgano jurisdiccional. El régimen de la patria potestad se excluye de la conciliación en los casos de suspensión, extinción y restitución.

En cuanto a la audiencia de conciliación, establece que debe ser dirigida personalmente por el fiscal provincial y debe desarrollarse en las siguientes etapas o fases: presentación del fiscal y de las partes, fijación de la controversia según la materia propuesta, información legal de sus derechos y obligaciones de las partes, propuesta de negociación las partes, propuesta del fiscal: opcional en caso las partes no coincidan en sus propuestas o, en su defecto, si coinciden, esta vaya en contra de la ley, en contra de los derechos de las mismas partes o en contra de los derechos de los niños y adolescentes.

En cuanto a la participación del Ministerio Público, el manual establece que de acuerdo a las facultades establecidas en la Ley n.º 28494, el fiscal provincial o mixto intervendrá como conciliador en asuntos de derecho de familia, independientemente de las atribuciones conferidas en sede judicial para el proceso civil (como parte, tercero con interés y como dictaminador).

Finalmente, respecto al acta de conciliación remite a las formalidades de la Ley de Conciliación n.º 26872 y su reglamento D. S. n.º 14-2008-JUS. El artículo 16 de ley establece que el acta debe contener lo siguiente: número correlativo, número de expediente, lugar y fecha en la que se suscribe, nombres, número del documento de identidad, domicilio de las partes o sus representantes, nombre y número del documento de identidad del conciliador, los hechos expuestos por el solicitante y el invitado, el acuerdo conciliatorio total, parcial en caso de falta de acuerdo, y firma del conciliador, las partes o sus representantes legales.

Así, la importancia del presente trabajo radica en estudiar y desarrollar la institución jurídica de la conciliación fiscal en materia de familia. Su utilidad es práctica para los operadores jurídicos y usuarios en general. Su objetivo primordial es analizar por qué la función conciliadora del fiscal de familia o mixto no ha tenido resultados esperados como es el propósito de la ley.

3. Materiales y métodos

Al tratarse de un artículo de redacción no experimental, los métodos, materiales y técnicas empleados son netamente de tipo descriptivo – explicativo, y los que se ha empleado en la redacción del artículo, son los siguientes:

- a) Analítico-sintético. El análisis y la síntesis se empleó al hacer razonamientos e interpretación de las normas jurídicas.

- b) Deductivo. Permitió hacer conclusiones lógicas mediante razonamientos validos del análisis del texto de la ley, partiendo del texto de la ley y llegando a situaciones particulares.
- c) Dogmático jurídico. Método particular del derecho que permitió estudiar la institución jurídica de la conciliación fiscal, en asuntos de alimentos, tenencia y régimen de vivitas.
- d) Hermenéutico jurídico. Para realizar una interpretación jurídica de las normas referidas a conciliación fiscal en asuntos de familia.
- e) Lógico. Al redactar el ensayo, el empleo del método lógico posibilitó diferenciar entre la simple explicación gramatical del texto normativo y la interpretación de la norma, evitando un razonamiento especulativo.
- f) Como técnicas, se empleó el análisis documental y de contenido, referido al objeto de estudio, documentos impresos libros, artículos, reportes estadísticos de carga laboral y el acceso al sistema virtual. Berelson (como se citó en Romero et al., 2018) plantea que «el análisis de contenido es una técnica de investigación que pretende ser objetiva, sistemática y cuantitativa en el estudio del estudio manifiesto de la comunicación» (p. 319).

4. Resultados

Dentro de los resultados, como ilustración se presenta la siguiente tabla:

Tabla 1
Conciliación en alimentos, tenencia y régimen de visitas en Celendín durante los años 2018, 2019, 2020 y 2021

	Año			
	2018	2019	2020	2021 ²
Conciliación total	05	08	03	00
Conciliación Parcial	00	02	00	00
No conciliaron	01	03	01	00
Archivo	12	13	03	00
Total de casos	18	25	07	00

Nota: Datos tomados del sistema de apoyo al trabajo fiscal- SIATF del Despacho de la Fiscalía Provincial de Familia de Celendín - Distrito Fiscal Cajamarca (2021).

De la tabla se evidencia que en el año 2018 se registraron 18 solicitudes de conciliación por tenencia, alimentos y régimen de visitas, ante el despacho

2 Hasta el 28 de setiembre del 2021.

fiscal. De las cuales 5, llegaron a una conciliación total, 0 conciliaciones parciales, 1 solicitud no se llegó a conciliar, 12 solicitudes se archivaron, ya sea porque no concurrieron ninguna de las partes o concurrió solamente una parte a la audiencia de conciliación. En año 2019, ingresaron 25 solicitudes de conciliación al despacho fiscal, de las cuales 8 solicitudes concluyeron en conciliación total, es decir, que las partes arribaron a un acuerdo en todas las pretensiones solicitadas; 2 concluyeron por conciliación parcial, implica que las parte no llegaron a un acuerdo en todas las pretensiones requeridas por el solicitante, en muchos casos se peticiona alimentos, tenencia y régimen de visitas. Sin embargo, se llega a conciliar solo en alimentos y régimen de visitas, debido a que la tenencia como atributo de la patria potestad es de mayor conflicto entre los progenitores, ya que ambos se disputan ostentar la tenencia física de sus hijos. En 3 solicitudes no se llegó a un acuerdo conciliatorio y 13 solicitudes de conciliación se archivaron por incomparecencia de las partes o porque una de ellas no se presentó. En el año 2020, se registraron 7 solicitudes de conciliación, de las cuales 3 concluyeron con conciliación total, en 1 solicitud no conciliaron las partes, 0 conciliación parcial y 3 solicitudes archivadas.

Finalmente, hasta septiembre del 2021 no se registraron solicitudes de conciliación, como se puede evidenciar de la tabla. Hasta el año 2019 se iba en crecimiento las solicitudes de conciliación. Sin embargo, a consecuencia de la pandemia COVID-19 que llevó a un estado de emergencia sanitaria desde marzo del 2020 a la actualidad, las estadísticas se han venido a cero por evitar el contagio, en tanto la conciliación requiere de un trato directo de las partes lo que no se puede lograr mediante los medios virtuales.

Los datos presentados constituyen los hallazgos en la investigación. Estos guardan relación con el objetivo descrito, corroborándose así que la falta de una política institucional por el Ministerio Público en la promoción, difusión y exigencia en el cumplimiento y control de la Ley n.º 28494 y la Directiva n.º 5-2005-MP-FN, no ha tenido resultados esperados, como es el propósito de la ley.

5. Discusión

La conciliación, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es una institución jurídica más del derecho. Propicia una cultura de paz sustentada en principios éticos de buena fe, equidad, imparcialidad, confidencialidad, economía, que obedece única y exclusivamente a la autonomía y voluntad de las partes, como acto extra al proceso judicial en las diferentes materias dentro del sistema jurídico peruano. De ahí que tenemos conciliación en derecho de familia, laboral, civil y en contrataciones públicas de acuerdo a la Ley n.º 30225 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-

EF. También la conciliación en salud que regula el Decreto Legislativo n.º 1158 y, especialmente, del Decreto Supremo n.º 008-2014-SA, que habilita a los centros de conciliación con especialidad en salud, entre otros.

Ahora bien, corresponde reflexionar respecto a la facultad conciliadora del fiscal (familia- mixto) conforme a los alcances de la ley n.º 28494 y la Directiva General n.º 5-2005-MP-FN. Con tal motivo, debemos responder a las siguientes interrogantes, que en concreto deben responder a la problemática planteada: ¿Por qué la Ley n.º 28494 y la Directiva General n.º 5-2005-MP-FN no han tenido los resultados esperados en cuanto a la conciliación fiscal en alimentos, tenencia y régimen de visitas?

Como se indicaba precedentemente, tanto la ley como la directiva fueron dadas en el año 2005, y en la actualidad tienen una vigencia de catorce años sin mayor trascendencia en la función fiscal y reducción de carga judicial en cuanto a las materias de alimentos, tenencia y régimen de visitas. Somos conscientes que los juzgados de familia³ cada vez incrementan su carga laboral en estas materias.

El Ministerio Público dentro de su política institucional, a través de su titular, no le ha dado el impulso y la promoción que exige tal normatividad. Por lo tanto, ni los operadores jurídicos (fiscales y abogados) ni la sociedad en general están familiarizados con la existencia de tal normatividad, y que pueden solucionar un conflicto de intereses de manera rápida en el que se benefician ambas partes y sobre todo prevaleciendo el principio universal de interés superior del niño y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Esto está implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que «el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 9).

Asimismo, en el Expediente n.º 02892-2010-PHC/TC. (F.J. 6) se establece que:

El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad integridad y salud. En este sentido el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselos sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel,

3 Caso de Celendín: Juzgado Civil asume competencia en procesos de infracción a la ley penal, civil, contencioso, constitucional y violencia familiar.

entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

Los fiscales de familia y mixtos, en su labor cotidiana, promueven y aplican la norma (ley-directiva), con finalidad de prevenir conflictos intrafamiliares de alimentos, tenencia, régimen de visitas y violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

La respuesta a todas luces es no, ello no solo porque en algunas ocasiones se desconoce la norma, sino porque no se tiene la vocación de servicio e identidad con una problemática tan sensible que lleva a quebrantar el vínculo familiar entre los padres e hijos. Se prefiere mejor ignorar el tema y derivar el caso a un proceso judicial, donde los padres enfrentarán sus intereses, en latos procesos judiciales, estando de por medio sus hijos que en muchos casos son utilizados⁴ como escudo de sus intereses, en los procesos de alimentos, tenencia, régimen de visitas y violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

No se puede negar que la violencia generada contra la mujer y los integrantes del grupo familiar que regula la ley n.º 30364, tiene como origen en gran medida al tema de la familia, específicamente al conflicto de intereses que surge de los procesos de alimentos, tenencia o régimen de visitas. Generalmente, en estos procesos el obligado (que en su mayoría es el padre) prefiere de cualquier forma rehusarse a prestar alimentos, prefiriendo en muchos casos asumir la tenencia y custodia de hecho de sus hijos (a veces la sustrae a la fuerza) que prestar alimentos, no porque sus hijos estén en mejores condiciones, sino por negarle a la madre de estos a darle el dinero, pensando que está lo empleará con otra persona.

Así pues, el fiscal de familia o mixto no tiene un mandato imperativo (no están obligados) para realizar conciliaciones, y al ser una facultad potestativa y no imperativa prefiere no ejecutarlo. La ley debe ser modificada en este extremo, a que el fiscal como operador jurídico sea obligado a llevar adelante la conciliación.

La producción fiscal en materia de conciliación del fiscal de familia o mixto debe ser objeto de supervisión y control por la Oficina Desconcentrada de Control Interno, de tal forma que se convierta en un tema de interés social

4 Alienación parental. Fue propuesta por Richard Gardner en 1985 como un problema que se manifiesta en los procesos judiciales en que se disputa la custodia de los hijos después de una separación o un divorcio. Este fenómeno está relacionado con un trastorno psicológico conocido como el síndrome de alienación parental (SAP), que se genera en los niños, las niñas y los adolescentes que participan en estos procesos, como consecuencia de la influencia ejercida por uno de sus progenitores. (Profesor clínico de psiquiatría en la División Psiquiátrica Infantil de la Universidad de Columbia. En 1985 propone la definición de la alienación parental en su libro *The Boys as Girls Book about Divorce*.).

y obligación para los señores fiscales, debiendo ser supervisado por personal fiscal especializado en la materia con un plus a su productividad fiscal, como sucede con el principio de oportunidad en materia penal.

Los resultados obtenidos en el presente trabajo guardan similitud con los trabajos citados en los antecedentes, pero contienen resultados diferentes. Esta investigación por su naturaleza queda en una descripción y análisis de la función conciliadora del fiscal en materia de familia. Queda como tarea pendiente la aplicación y puesta en práctica por todos los operadores jurídicos, a fin de promover la aplicación de la conciliación para solucionar conflictos de intereses en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas.

6. Conclusiones

- ▶ La conciliación fiscal como institución jurídica del derecho, atribuida al fiscal de familia o mixto, es de gran importancia, específicamente en la solución de un conflicto de intereses entre los progenitores, en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas, sustanciada bajo el Principio Universal de Interés Superior del Niño y el Derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
- ▶ La falta de promoción, difusión y desarrollo por el propio Estado y el Ministerio Público hace que la conciliación fiscal no tenga la trascendencia y los logros esperados en los despachos fiscales, aunado a ello que no es una obligación del fiscal llevar adelante la conciliación, sino una facultad. Además, el fiscal no ostenta la facultad coercitiva para traer y disponer la conducción compulsiva de las partes a la audiencia de conciliación, es una limitante.
- ▶ Los fiscales de familia o mixtos no han sido capacitados en la solución de conflictos mediante los medios alternativos de solución de conflictos, específicamente, en materia de conciliación; incluso, en algunos casos, se desconoce la Ley n.º 28494, la Directiva General n.º 5-2005-MP-FN, y el Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia.
- ▶ También se advierte que la conciliación fiscal no ha tenido resultados esperados, debido a que los usuarios de la región de la sierra y los abogados tienen la cultura del litigio, y prefieren una litis mal llevada, antes que solucionar su conflicto de intereses por la vía de la conciliación.
- ▶ Finalmente, no hay duda que la situación de pandemia covid-19 afectó gravemente la conciliación fiscal. Debido al contagio, las partes no han solicitado ante los despachos fiscales solucionar sus conflictos por la vía de la conciliación. Además, los propios fiscales han evitado el contacto directo con los usuarios, así se demuestra con los datos de la tabla del 2018 al 2021.

Referencias

- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico- práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Sello Editorial Grijley.
- Ariano, E., Carrión, J., Juárez, E., Lama, H., Mesinas, F., Pinedo F., y Sumaria O., (2015). *Ejecución de sentencia*. Sello Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Casma, J.C. (2009). *La institución de la conciliación y su incidencia en la solución de conflictos que son competencia del Ministerio Público: una propuesta de cambio* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/1485>
- Código de los Niños y Adolescentes - Ley n.º 27337
- Fiscalía de la Nación-Ministerio Público (2006). *Manual de procedimientos de las fiscalías de familia*. Sello Editorial y Grafica EBRA EIRL.
- Gonzáles, J., Saldaña, C., y Aliaga, G. (2019). *Conciliación y solución de conflictos en familia en la cuarta fiscalía provincial Civil de Cajamarca*. *Revista Perspectiva UPAGU* 20 (3), 291-298. <https://n9.cl/8t9hs>
- Ley de conciliación n.º 26872
- Ley n.º 28494 - Ley de Conciliación Fiscal en asuntos de Derecho de Familia
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo n.º 52
- Hernández, C. (2005). La conciliación fiscal en asuntos de Derecho de Familia, análisis de la operatividad de la ley 28494. *Jus: doctrina & práctica*. Volumen:4, 263-276 PUCP. <https://n9.cl/dkiyq>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2013). *Compendio Normativo del Sistema de Justicia Juvenil. Instrumento Normativo N° 1*.
- Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1689-2019-MP-FN
- Romero, H., Palacios, J., y Ñaupes, H. (2018). *Metodología de la investigación jurídica: Una brújula para investigar y redactar la tesis*. Sello Editorial Grijley.