

¿Los conflictos familiares pueden solucionarse a través del arbitraje?

Family conflicts can be solved through arbitration?

Benjamín Aguilar Llanos

Las relaciones familiares reguladas por nuestro sistema legal positivo, cada vez se van tornando más complejas, lo que da lugar a conflictos que requieren una solución lo más pronta posible, sobre todo porque en estos temas subyacen problemas humanos.

La Constitución Peruana reconoce, dentro de los poderes que gobiernan la Nación, el Poder Judicial, como el encargado de solucionar los conflictos y la declaración de los derechos; sin embargo, no solo existe esta vía jurisdiccional, sino que, igualmente, se contempla en la Constitución Peruana una forma expeditiva de resolver las diferencias, denominada Arbitraje.

En cuanto a los temas de familia se debe tener en cuenta que, surgido el conflicto familiar, lo ideal sería que este problema no trascienda al ámbito familiar, sino que dentro de su entorno se encuentre una vía de solución, papel que debería ser cumplido por el denominado Consejo de familia; sin embargo, esta institución ha venido a menos, al punto de que su desaparición es inminente, como ya ha ocurrido en otras legislaciones.

El conflicto familiar puede ser atendido por un centro de conciliación familiar especializado, en donde el papel del conciliador es el de acercar a las partes, para que de ellos mismos surja la solución, y si ello se consigue, el acta conciliatoria se homologa a una sentencia judicial.

Sin embargo no siempre los conflictos familiares terminan en un acuerdo conciliatorio, entonces a las partes no les quedaría otro camino que judicializar el problema, con todos los perjuicios que ello entraña, en cuanto a tiempo y costo.

Entonces, el arbitraje surge como una forma de solución de conflictos en la idea de evitar llegar al órgano jurisdiccional, y aquí las partes deciden nombrar árbitros, para que dentro de un proceso más expeditivo se dé solución al problema.

Pero, surge la pregunta de si todos los temas del derecho de familia pueden llegar a esta vía, o solo algunos de ellos, o a lo mejor ninguno, en tanto que en su mayoría los derechos familiares son indisponibles, requisito fundamental para ir al arbitraje.

El presente trabajo pretende absolver todas estas inquietudes.

Recibido: 15-05--2014

Aprobado: 20-08-2014

Palabras clave: conflictos, conflictos familiares y arbitraje.

Keywords: conflicts, family conflicts, arbitration.

Benjamín Aguilar Llanos
Profesor Universitario
baguill@terra.com.pe/
baguila@pucp.edu.pe

ABSTRACT. Family relationships governed by our positive legal system are increasingly becoming more complex, giving rise to conflicts that require an early solution as possible, especially because in these issues human problems underlies.

The Peruvian Constitution recognizes, within the powers that govern the nation, the judiciary, as the manager to resolve conflicts and declaration of rights; however, there is not only the judicial process but, equally, it is contemplated in the Peruvian Constitution expeditious way to resolve differences which is called Arbitration.

For family issues, you should keep in mind that family conflict emerged, this problem does not extend beyond the family, but in their environment a solution can be found, a role that should be fulfilled by the Family Council; however, this institution has been reduced at the point that its demise is imminent, as in other legislation.

Family conflict can be seen by a specialist family conciliation center, where the role of the mediator is to join the parties in order to find the solution themselves, and if this is achieved, the compromise is approved to act judgment.

However, family conflicts not always end in a settlement, so the parties would have no way to prosecute the problem, with all the damage that entails in terms of time and cost.

Then, arbitration emerges as a form of dispute resolution in the idea of avoiding reach court, and here the parties agree to appoint arbitrators, so that in a more expeditious process of solution to the problem. But, the question arises whether all family law issues can become this way, or only some, or maybe none, while mostly unavailable family rights are fundamental to go to arbitration requirement.

This work aims to absolve all these concerns.

Introducción

El arbitraje implica el sometimiento de dos partes a un tercero, para que este dilucide el conflicto que los mantiene enfrentados; en esta vía alterna de solución de conflictos, se dan casi espontáneamente dos elementos: el sometimiento voluntario de las partes y la capacidad decisoria del tercero. Ahora bien, esta vía debemos entenderla como una forma de auxilio o ayuda al Estado, en su función de administrar justicia, y ello es aceptado unánimemente; sin embargo, problema a plantearse es si el arbitraje se puede aceptar en todos los ámbitos de la vida, tanto en los asuntos de orden personal como patrimoniales, lo que deriva el problema a las ramas del derecho, surgiendo la pregunta de si todas las disciplinas jurídicas pueden avenirse a resolver los litigios por la vía arbitral, o es que existen algunas disciplinas, en las que no hay la mínima posibilidad del arbitraje como solución de problemas; sobre el particular, se dice, por ejemplo, que en el Derecho de Familia, en vista de comprender normas mayoritariamente imperativas, no podría aceptarse el arbitraje.

Por lo general, se acepta que los derechos patrimoniales disciplinados en las distintas ramas del Derecho privado son pasibles de someterse a arbitraje; bajo esta premisa, podemos plantearnos el tema de si el Derecho de Familia se encuentra dentro del ámbito de lo privado, si así fuera, vamos dando una respuesta a la posibilidad de que temas de familia puedan caer dentro del campo del arbitraje, empero la discusión no resuelta aún, de si el Derecho de Familia cae dentro del ámbito del Derecho privado o del Derecho público, y ello porque los intereses que se encuentran en las relaciones familiares tienen un componente netamente público. Señalan algunos que el derecho de familia, no debería estar ubicado en el derecho privado ni en el público; mas; sí debería estar integrando un nuevo derecho al que llamaremos social, como lo es por ejemplo, el derecho laboral; sobre el particular, creemos que sigue el debate respecto de si el Derecho de Familia se ubica dentro de las disciplinas jurídicas privadas, o dentro de lo público, por ser de interés para el Estado, y este debate no solo demuestra una inquietud académica, sino también de contenido

práctico, pues, como estamos viendo, la vía arbitral es aceptada fácilmente en el ámbito privado.

Se ha definido el Derecho de Familia como el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares. El tratadista italiano Cicu señalaba que al Derecho de Familia no pueden aplicársele los principios generales del derecho privado, pues el pilar de los mismos, la autonomía de la voluntad, es inoperante en la normativa de las relaciones familiares; que en estas relaciones no predomina el simple interés particular de los individuos, sino el interés superior del grupo familiar; por ello, termina diciendo que las normas son de carácter imperativo o prohibitivo, pues no se deja al libre juego de la voluntad de los individuos el regir las relaciones más importantes que estructuran y organizan la familia; estas afirmaciones del distinguido jurista no pueden ser absolutas, cierto es que tienen real presencia cuando se trata de los deberes entre cónyuges o entre padres e hijos, en donde las instituciones del matrimonio y patria potestad contienen disposiciones mandatorias, empero, como vamos a ver luego, dentro de esas relaciones entre cónyuges, habría que separarlas entre las disposiciones de contenido personal, en donde Cicu sí tiene la razón, y las otras con contenido económico, en donde cabe el juego de la voluntad de las partes.

Sin embargo, el hecho que las normas que regulan las relaciones familiares tengan interés público no significa que el derecho familiar pertenezca al derecho público, pues, como sabemos, este regula la organización y funcionamiento del Estado y demás organismos públicos, por otro lado, la familia no es un ente público, aunque como dice Cicu, la estructura de la misma, su organización y finalidades sean de interés público.

Entonces, si el Derecho de Familia no es privado ni público, debemos, como ya hemos señalado, asignarle un nuevo espacio, que podría ser una disciplina social, en tanto que interesa a la sociedad y al Estado el mantenimiento de la institución familiar, a la par de considerar que el Derecho de Familia descansa en principios de orden ético, moral, religioso, que no

los encontramos en los derechos netamente privados y, en particular, los de contenido patrimonial; por otro lado, las reglas básicas de organización familiar promulgadas por el Estado tienen como propósito preservar esta entidad, y por ello existen normas constitucionales, señalando el deber del Estado de proteger a la familia (artículo cuarto de la Constitución del Perú) reconociéndola como instituto natural y fundamental de la sociedad, e incluso consignéndose como política de Estado el fortalecimiento de la familia, tal como lo encontramos en la decimosexta política de Estado del Acuerdo Nacional, a la par de haberse creado una política pública dirigida exclusivamente a la familia, como lo fue el decreto supremo 005-04 Mímdes, referido al plan nacional de apoyo a la familia que comprendió el período del 2004 al 2011.

El Derecho de Familia, desde nuestro punto de vista, termina insertándose en el campo del derecho social, como lo son el derecho laboral, el de la seguridad social, entre otros; derecho social porque interesa a la sociedad lo que ocurre con las familias, y por ello dicta normas protectoras dirigidas a preservar su existencia.

Habiendo llegado a la conclusión de que el Derecho de Familia no es privado ni tampoco público, y que en sus normas encontramos un marcado tinte social, entonces diríamos que el arbitraje, cuyo campo de acción se da fundamentalmente en el derecho privado, no debería estar presente en el Derecho de Familia; sin embargo, esa conclusión podría ser apresurada.

Las familias generan relaciones personales y económicas

La Familia, derivada del matrimonio, o del concubinato regular, en tanto que la familia no tiene como única fuente el matrimonio, si no como fácilmente puede comprobarse, también las uniones de hecho generan familias, uniones de hecho reconocidas por nuestra constitución y desarrollada por el código civil en el artículo 326, e incluso recientemente se ha dado la ley 30007 que otorga derechos hereditarios entre las uniones de hecho; estas familias matrimoniales y extramatrimoniales generan relaciones personales

como las derivadas de las sociedades paterno y materno filiales, esto es, las relaciones jurídicas que nacen entre los padres e hijos, y, por cierto, las relaciones entre los cónyuges o concubinos en donde los deberes de asistencia, fidelidad y cohabitación tienen una presencia sumamente importante. Pero estas familias igualmente generan relaciones con contenido patrimonial.

En cuanto a las relaciones que se derivan de la sociedad conyugal o convivencial, la regulación del Derecho de Familia ha cambiado ostensiblemente, en tanto que las familias también lo han hecho, debido a que como fenómeno social, han tenido que adaptarse a los cambios que han ocurrido dentro de la sociedad. De la familia con una marcada autoridad patriarcal, en donde primaba la potestad marital, las medidas que el Estado dictaba eran principalmente proteccionistas a favor de los integrantes del núcleo familiar; pues bien, de este modelo de familia de autoridad vertical se ha pasado a una familia más democrática, en la que existe responsabilidades compartidas, y en donde la autoridad es mucho más horizontal; en este caso, el Derecho tiene frente a sí a una familia democrática en donde la libertad de las personas que la conforman debe respetarse, y la obligación de ellos sea compartir y asumir responsabilidades tanto en el plano de los derechos como deberes en igualdad de condiciones, esto rige para las relaciones personales, siempre respetándose los parámetros que la ley impone en aras de defender la institución de la familia y, en particular, a su población infantil, pero también rige para las relaciones económicas, en donde a partir del código de 1984 se han establecido dos regímenes económicos para que los contrayentes puedan elegir, e incluso los cónyuges, ya dentro del matrimonio, puedan pasarse libremente de un régimen a otro; claro está que esta opción de elección entre dos regímenes, el de sociedad de gananciales o separación de patrimonios solo se da en el matrimonio, mas no alcanza a la unión de hecho que, por ahora, sólo tienen un régimen: el de sociedad de bienes que se equipara a la sociedad de gananciales.

Esta relación matrimonial comprende dos momentos, la primera de ella, el momento de su inicio, en el que la autonomía de la voluntad de las partes es plena, así la libertad y voluntad propia para casarse

debe ser total, de lo contrario, podrá ser atacado ese matrimonio, y la segunda, en el estado de vida de casados, en el que esa voluntad termina minimizándose casi al punto de desaparecer, pues todas las reglas de conducta del estado matrimonial son impuestas, reglas en las que no han participado los cónyuges, a quienes no les queda alternativa, sino que están obligados a acatarlas.

En el estado matrimonial, se dan relaciones de orden personal y patrimonial; ahora bien, en cuanto a las personales, como ya ha quedado escrito aquí, las normas de conducta son impuestas, aquí los cónyuges no intervienen para nada, ni para crear esas normas, ni para modificar, entonces la autonomía de la voluntad de las partes no tiene real presencia, y, por ende, podría decirse que no es posible el arbitraje para solucionar los conflictos familiares que pudieran presentarse, quedando en exclusividad del Estado, a través del Poder judicial o recurriendo, en contados casos, a la vía de la conciliación; pero, en las relaciones de orden económico, el Derecho si da un margen de acción, en tanto que se permite a los cónyuges libertad para escoger régimen económico, e incluso libertad para variar el régimen, por lo tanto, la voluntad, de las partes está presente, entonces quizás podamos pensar que en este campo si podría aceptarse el arbitraje; sin embargo, debemos tener presente que aun en este campo el interés familiar debe protegerse por sobre el interés de los consortes, de allí la existencia del artículo 300 del código civil, por ejemplo, en un régimen de sociedad de gananciales, los frutos de un bien propio de uno de los cónyuges termina siendo un bien social, así mismo, en el caso del inmueble que es un bien propio de uno de los cónyuges, pero que está destinado a casa habitación de la familia, en esa circunstancia no debería ser de libre disposición del cónyuge titular del bien propio, pues con ello podría terminar afectando a la familia, a lo que debemos agregar que cualquiera que fuere el régimen elegido, ambos cónyuges quedan obligados atender las necesidades de la familia; en consecuencia, en estas relaciones de orden económico, se estaría dejando un margen a la autonomía de la voluntad de las personas, empero debemos tener presente que si bien es cierto ello, la autonomía de la voluntad en su

máxima amplitud implicaría arbitrio para recurrir al medio de resolución de conflictos más conveniente para cada persona; sin embargo, en el Derecho de Familia, la autonomía privada tiene unos límites, que son recogidos en el Código civil, la ley imperativa y el orden público.

En el caso de las relaciones derivadas de la sociedad paterno y materno filial, la autonomía de la voluntad de las partes no está presente, y por ello se dice que no hay la mínima posibilidad de aceptar el arbitraje, en tanto que todas las normas que gobiernan estas relaciones son de orden público y de obligatorio cumplimiento, en razón de que al Estado le interesa lo que pase con su población infantil y, además, por que se trata de proteger a personas que por razón de edad son incapaces de defender sus propios intereses; sobre el particular, la ley 26582 señalaba que no eran susceptibles de arbitraje, las que versaban sobre el estado o la capacidad de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial. Estas relaciones que se dan entre padres e hijos se insertan en la institución familiar por excelencia llamada patria potestad, institución principalmente de deberes de los padres para con sus hijos, y por ello se deja exclusivamente al Estado para que resuelva los asuntos derivados de esa relación, porque se considera que es lo más conveniente y, además, porque el Estado estaría cumpliendo su rol protector para con los menores; cierto es que, en su intervención, el Estado debe tener en cuenta el principio del interés superior del niño y del adolescente.

Entonces, planteados así los temas, una primera conclusión sería que en el ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges no es posible someter a arbitraje, mas sí podría ser en las relaciones económicas que se dan entre ellos; y en cuanto a las relaciones derivadas de las sociedades paterno y materno filial no sería posible someterlo a arbitraje, dejándose en exclusividad al Estado la solución de los conflictos que se presenten; sin embargo, más adelante veremos cómo algunos de los conflictos familiares pueden ser atendidos no necesariamente por el Poder Judicial, sino que se someten a otra vía alterna de solución de conflictos, como es en este caso, la conciliación.

El arbitraje

Veamos algunas consideraciones de la ley de arbitraje y luego pasaremos a analizar por separado algunos temas del Derecho de Familia que, desde nuestro punto de vista, podrían ser considerados para aceptar el arbitraje.

En la Constitución Política de la República, en el capítulo VIII artículo 138, a propósito de la regulación del Poder Judicial, se señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder judicial, y a continuación en el artículo 139 de la Constitución, se establece que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral; entonces nuestra Constitución termina reconociendo al arbitraje, como una excepción a la jurisdicción unitaria y exclusiva del Estado; en consecuencia, creemos que para nuestro sistema legal vigente, el arbitraje es una forma oficial de administrar justicia, pero siempre como vía excepcional, en tanto que se reconoce al Estado prioritariamente su potestad de administrar justicia.

Se suele definir al árbitro como el juez nombrado por las partes para decidir una diferencia o un asunto litigioso entre las mismas (Cabanellas); sobre el particular, téngase presente que la nueva ley de arbitraje, el Decreto Legislativo 1071, en la cuarta disposición complementaria, señala que todas las referencias legales a los jueces, a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje, con ello se refuerza que la figura del árbitro se ubica dentro de la función jurisdiccional.

El arbitraje ha sido regulado por la Ley General de Arbitraje que rigió en el Perú, con el Decreto Ley 25935, luego la ley 26572, y ahora el decreto Legislativo 1071. Esta fórmula extrajudicial de solución de conflictos se caracteriza porque las partes en conflicto se someten voluntariamente a la decisión vinculante de un tercero, y lo que encargan a este son derechos disponibles que están en conflicto.

El arbitraje y las demás vías alternas de solución de conflictos, como la conciliación

En la conciliación, el tercer interviniente (conciliador) tiene como función establecer un puente entre las partes, invitándolos a dialogar sobre el conflicto de intereses, sugiriendo que a través de la conversación y compulsa de intereses, sean ellas mismas las que encuentren la solución; por lo tanto, la fórmula de acuerdo no nace de él, ni mucho menos la impone, todo nace de la misma voluntad de las partes, ayudadas por el conciliador que juega un papel de enlace entre ellas. Ahora bien, en lo que se refiere al papel del árbitro, este no actúa como un alegre componedor, sino que su papel es idéntica a la de un juez, en tanto que al final del proceso arbitral va a dictar su sentencia (laudo), que tiene que ser cumplida por las partes; entonces, el tercero llamado árbitro termina imponiendo la solución, mientras, como hemos visto en la conciliación, la solución emerge de las partes, limitándose el conciliador a ser un facilitador entre las partes para que de ellas surja un acuerdo conversado, sin embargo este acuerdo no puede ser impuesto por el conciliador, este no es su papel, como sí lo es el del árbitro.

Existe mayor resistencia a someter temas de familia al arbitraje, como no ocurre, por ejemplo, con la conciliación, en donde observamos, a la luz de la normatividad vigente, que pueden someterse a la conciliación temas como alimentos, tenencia y régimen de visitas, así como otros que se deriven de la relación familiar, y respecto de los cuales las partes tengan libre disposición, aun cuando la ley no mencione qué otros casos puntuales pueden ser sometidos a conciliación; esta vía alterna de solución de conflictos es aceptada, en tanto que, como ya lo hemos referido, en última instancia, la decisión a tomar sobre el conflicto familiar surge de las mismas partes, idea que también aparece presente en la normatividad legal especializada de niños y adolescentes; sobre el particular, el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, a propósito de la tenencia de los hijos cuyos padres se encuentran separados, establece los criterios para conceder la tenencia, siendo el primero y más importante de ellos,

el referido a que la tenencia de los niños se determina de común acuerdo entre los padres, tomando en cuenta el parecer del niño y del adolescente, y solo a falta de dicho acuerdo resolverá el juez de familia; infiérase de ello, que la ley pretende que la solución al conflicto sea conversada entre las partes, y puedan arribar a un acuerdo que satisfaga a ambos, pero en particular al niño o adolescente, y solo en defecto de ello puede intervenir el tercero (juez) para que imponga su solución.

Decreto Legislativo 1071 no alude a temas de familia

El decreto legislativo 1071, que regula el Arbitraje, no alude en forma clara y expresa el arbitraje sobre asuntos de familia, como sí lo hace, por ejemplo, con el derecho sucesorio, como es la séptima disposición complementaria, señalándose que, mediante estipulación testamentaria, puede disponerse el sometimiento a arbitraje las controversias que puedan surgir entre sucesores o de ellos con los albaceas, y si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral.

El referido decreto legislativo 1071 no se pronuncia por el arbitraje sobre asuntos de familia, tampoco encontramos normas prohibitivas sobre el particular, entonces, la interrogante es si existe la posibilidad de someter temas de familia al arbitraje.

El decreto legislativo 1071 dispone en su artículo 2 que pueden someterse a arbitraje los derechos disponibles, entendiéndose como tales, aquellos que mayoritariamente tienen un contenido patrimonial, y, por ende, son de libre disposición de las partes, no requiriendo intervención de terceros para autorizar la disposición, ya que esta queda al arbitrio del titular del derecho; ahora, la pregunta que surge inevitablemente es si todos los derechos contenidos en el libro de familia son indisponibles, o algunos de ellos lo son, con lo cual podríamos hablar de arbitraje de familia, pero solo para asuntos puntuales.

En general, los derechos indisponibles están referidos a los derechos personales, y se suele decir

que no son susceptibles de arbitraje las controversias relativas a la personalidad, los derechos de la persona contemplados, entre otros; el artículo 5 del Código Civil establece que el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor son irrenunciables y no se pueden ceder; también son indisponibles los derechos que en su mayoría se encuadran dentro del ámbito del Derecho de Familia, como son filiación, patria potestad y los demás relativos a los estados civiles (matrimonio); entonces, no son materia de libre disposición los derechos relativos al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, filiación, matrimonio, a los que deberían sumarse los derechos de los menores y todas aquellas en que por razón de la materia o en representación y defensa de estos menores, así como otros incapacitados o declarados ausentes intervenga el Ministerio Público, en defensa de estos incapacitados; estos derechos, por no ser de libre disposición, están fuera del ámbito del arbitraje, y creemos que aquí no hay discusión alguna.

Temas de familia que podrían incluirse en el arbitraje

Se dice que las cuestiones de Derecho de Familia, relacionadas con los aspectos personales de las partes quedan excluidas del arbitraje, mientras que las cuestiones patrimoniales, aquellas que pueden ser objeto de transacción, quedarían incluidas en el ámbito de las materias susceptibles de arbitraje; ahora bien, para saber de la exactitud de esta afirmación, analicemos los elementos del arbitraje.

Un elemento importante que ya hemos mencionado, y que nos dará pautas para saber las materias que pueden someterse a arbitraje, es que las personas tengan la libre disposición de sus derechos, si no los tiene quedarían excluidos del arbitraje; ahora bien, el tema de los derechos indisponibles cobra importancia sobre todo en asuntos de familia, en donde generalmente se dice que no los hay, empero este concepto está cambiando, en tanto que ahora se hace una separación de los derechos de familia, y así hemos señalado en la parte introductoria, cuando separamos los derechos personales de los derechos patrimoniales;

en los primeros no habría la posibilidad de arbitraje, mientras que en los segundos sí habría, pero aun en ese caso, tenemos que seguir haciendo distinciones, por cuanto en el ámbito patrimonial del Derecho de Familia, aparte de los que surgen entre cónyuges, también los hay en patria potestad, cuando el menor está sujeto a patria potestad y tiene patrimonio propio, y allí las relaciones que se dan entre padres e hijos tienen contenido económico; sin embargo, ante un eventual conflicto de intereses no es posible pensar en un arbitraje, pues las normas siguen siendo protectoras de los niños y adolescentes, en donde no cabe someter a tercero (que no sea el magistrado judicial) los conflictos que pudieran derivarse de ello, pues hay normas previsoras para regular estas situaciones, como por ejemplo, la del artículo 460 del código civil, que ante un conflicto de intereses entre padres e hijos, al padre, sin ser desplazado de la patria potestad, se le aparta de ese conflicto, y se llama a un curador especial que se encargue del interés económico del menor que se halla en conflicto.

En general, en el Derecho de Familia no cabe que existan pactos que directa o indirectamente terminen afectando el interés de los hijos, quienes están protegidos por normas de obligatorio cumplimiento, como es el caso de la patria potestad, la misma que se ejerce siempre en beneficio de los hijos, sin que tengan cabida renunciaciones, transacciones u otro tipo de negociación.

Hasta donde hemos avanzado en el análisis de la posibilidad de acudir a arbitraje sobre conflictos familiares, algunas conclusiones se han ido dando, como no es posible arbitrar las relaciones de orden personal que se dan en el ámbito familiar, pero sí las relaciones de orden económico que se dan entre los integrantes del núcleo familiar; sin embargo, en estas últimas relaciones, debemos separar las relaciones económicas que se dan entre los cónyuges, en donde cabría acudir a arbitraje, mas no es posible en las relaciones económicas que se dan entre padres e hijos, cuando estos tienen patrimonio propio.

Conviene analizar ahora por qué si los temas derivados de las relaciones personales entre padres e hijos, como son los casos de la tenencia, el régimen

de visitas e incluso la pensión de alimentos pueden someterse a conciliación por qué no podrían someterse a arbitraje.

¿Arbitraje sobre asuntos de tenencia?

Uno de los derechos, y quizás el más importante que contiene la patria potestad como atributo de los padres, es el derecho de tener al hijo consigo, lo que implica vivir con él, mantener esa relación fáctica entre padres e hijos, que permite el ejercicio de los otros atributos de la patria potestad; este derecho con el nombre de tenencia, en otros países es conocida como custodia. No debe confundirse en nuestra legislación la tenencia con la custodia, pues esta más que un derecho es un deber, en este caso el padre o madre que tiene al hijo consigo tiene el deber de custodiarlo, custodia que significa cuidado, protección, por lo tanto, si en otras legislaciones se emplea el término custodia como sinónimo del derecho de vivir con el hijo, en el Perú, ello no es así, la tenencia es el derecho, y la custodia el deber; este derecho de tenencia, en el caso de los hijos matrimoniales, es ejercido por ambos padres en igualdad de condiciones, y en el caso de los hijos extramatrimoniales, las reglas varían, dependiendo de si los padres viven juntos o no, si se ha producido el reconocimiento del hijo por ambos o sólo por uno de ellos, la edad del infante y el sexo.

Cuando los padres, por diversos motivos, se encuentran separados de hecho pero no legalmente, debe haber una decisión sobre quién ejerce la tenencia; en esa circunstancia, el código de los niños y adolescentes prefiere que la decisión salga de los propios padres, lo cual resulta más recomendable y, además, es una forma de posibilidad de diálogo entre ellos, muchas veces roto, por el distanciamiento; ahora bien, si el diálogo y un futuro acuerdo no fueran posibles, entonces será el juez de familia quien resuelva este tema, sobre la base de los criterios fijados por esa legislación especializada.

La nueva ley de conciliación, decreto legislativo 1070, en su artículo 7, refiere que en materia de familia es conciliable, entre otros, la tenencia, y que el conciliador en su actuación deberá aplicar el interés

superior del niño y adolescente; en líneas precedentes, se ha hecho la distinción entre la conciliación y el arbitraje, incidiendo principalmente en que en la primera, la solución emana de los mismos padres en disputa, y en la segunda, la solución sería impuesta por el árbitro, quien actuaría como si fuera, para este caso, el mismo juez de familia.

En la tenencia, se parte del supuesto de que ambos padres tienen el derecho de tener al hijo consigo; sin embargo, por una situación fáctica, la de no vivir juntos, entra en discusión el ejercicio de este derecho, por lo tanto, cualquier solución sobre el particular tiene que pasar por el ejercicio del derecho, en esa circunstancia, si se da la posibilidad de someter a arbitraje este tema, la intervención del árbitro debería evaluar los criterios para el ejercicio de la tenencia, y en su laudo reconocer el derecho de ambos, pero que concede el ejercicio a uno de los padres por razones que más convienen al niño o adolescente.

Se ha señalado que la tenencia es un tema conciliable, y que el conciliador en su actuación deberá observar el principio del interés del niño y adolescente; ahora bien, con este mismo criterio, no vemos objeción para que el tema de la tenencia, igualmente pueda ser conocido a través del arbitraje; obviamente, aquí el árbitro debe ser una persona entendida en asuntos de familia, y guiará su conducta procesal, igual que en la conciliación, por el principio del interés superior del niño y adolescente.

Desde nuestra perspectiva, pensamos que el tema de tenencia en manos del árbitro presenta una ventaja con respecto a la conciliación, en tanto que para que esta funcione en términos de equidad y justicia debe existir un correlato de fuerzas entre las partes, una paridad, situación que no siempre se presenta en las conciliaciones que se dan entre padres desavenidos, lo que podría dar lugar a que el acuerdo de las partes -que como ya se hizo mención, emerge de ellos mismos y no del conciliador- responda a una imposición de una de las partes sobre la otra, terminando con un acuerdo que podría no ser conveniente a los intereses de los menores, situación ésta que no debería presentarse en el arbitraje, si el árbitro, compulsando las pruebas aportadas, y siguiendo el principio ya enunciado del

interés superior, resuelve en equidad y justicia, por lo que más conviene al niño o adolescente.

Debe quedar claro que una discusión sobre el ejercicio de la tenencia no tiene mayor implicancia respecto al derecho del ejercicio de la patria potestad, pues partimos de la premisa de que ambos padres siguen en el ejercicio de esta institución, la misma que no podrá ser sometida a arbitraje, pues la patria potestad si responde a un derecho natural de los padres, cuyos normas son de obligatorio cumplimiento, y cuyas causales de suspensión para el ejercicio, están debidamente explicitadas en el código de los niños y adolescentes, cuerpo legal especializado que contiene normas imperativas, intransferibles e irrenunciables, y que en su concepción, miran el interés del niño o adolescente, entonces el arbitraje giraría sobre uno de los atributos de la patria potestad, en este caso la tenencia; así mismo debe tenerse en cuenta, que una discusión sobre la tenencia no afecta en nada el ejercicio de los otros atributos de la patria potestad, como son la representación legal, la administración de los bienes de los menores, el dirigir el proceso educativo, entre otros derechos que siguen perteneciéndoles a los padres, aun cuando uno de ellos no ejerza la tenencia.

Creemos que incluso los padres podrían establecer en el convenio arbitral la posibilidad de que el árbitro pueda fijar en su laudo la tenencia compartida, hoy recogida en el código de los niños y adolescentes en el artículo 83, y, en esa medida, el laudo debería recoger la tenencia compartida y su correspondiente régimen de visitas. Esta tenencia compartida busca no excluir al padre o madre de las relaciones personales que siempre deben darse, y que ambos puedan participar con la misma amplitud en la crianza, formación, protección y educación del niño, aun cuando uno de ellos no ejerza patria potestad o tenencia. Comprendería el régimen de visitas, pero más ambicioso que la simple visita de los padres a sus hijos, pues la tenencia compartida posibilita que la convivencia con el hijo tanto para el padre como para la madre sea por términos más prolongados, lo que no ocurre hoy cuando se establece la tenencia a favor de uno u otro, por cuanto a aquel a quien no se le ha dado la tenencia, solo tendrá que limitarse al régimen

de visitas, que a lo más son horas o algunos días de residencia con los hijos; así, en un régimen de tenencia compartida, los padres deberían respetar lo que podría fijar el árbitro, esto es, residencias más prolongadas con los hijos.

¿Arbitraje sobre régimen de visitas?

Otro de los temas conciliables según nuestra ley lo constituye el régimen de visitas a favor del padre o madre que no ejerce la tenencia del hijo. Veamos algunos conceptos de este derecho personal de los padres con respecto a sus hijos.

El código civil regula este derecho sagrado de los padres de conservar con los hijos que no estén bajo su tenencia, las relaciones personales que, entre otros, comprenden visitas, comunicación bajo sus diversas modalidades. Este derecho no solo debe verse como tal respecto de los padres, sino también como un derecho de los hijos, algo que muchas veces se pierde de vista; entonces, al conceder el derecho debe tenerse presente tanto a los padres como a los hijos, y en función de ello debe establecerse el régimen que más convenga.

Por mucho tiempo se ha considerado este derecho como simples visitas que hace el padre o la madre a los hijos; sin embargo, es mucho más que eso, pues, a las visitas se les debería sumar el derecho a mantener una comunicación fluida con los hijos (mantener correspondencia), la convivencia por lapsos mayores o períodos vacacionales, entre otros.

Es de considerar este derecho no solo y exclusivamente a favor de los padres, sino también a favor de parientes cercanos del menor que han demostrado interés directo en él, e incluso de terceros ajenos al menor pero que igualmente tienen un interés en él, y porque al menor también le resulta conveniente seguir manteniendo relaciones personales con estos.

En el caso de los padres, resulta obvio que si la tenencia puede ser sometida a conciliación, también debería serlo el del régimen de visitas, en tanto que esta debería entenderse como consecuencia de aquella, y es por eso que la ley de conciliación permite que se pueda conciliar entre padres el llamado régimen de visitas. El código de los niños y adolescentes, para el

ejercicio de este derecho, establece ciertas exigencias, como el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre o madre que solicita el régimen, o la imposibilidad material de poder cumplir con esta obligación, tal como claramente lo estipula el artículo 88 de este cuerpo de leyes.

Siguiendo la misma línea que hemos trazado con respecto a la tenencia como materia arbitral, diremos que no vemos inconveniente para que el régimen de visitas sea igualmente sometida a arbitraje; ahora bien, nuestro parecer es que tanto la tenencia como el régimen de visitas, debe verse como un todo, en tanto que si se discute tenencia, quien no resulte favorecido, tendrá el derecho de visitar a su hijo, entonces ambos temas deben verse integralmente, y así, por ejemplo, los padres podrían pactar un convenio arbitral, estableciendo las condiciones a ser sometidas a arbitraje, y cuando se trate de un tema de tenencia, también debería comprenderse su correlato, el régimen de visitas. En este caso, también deberá ser necesario que el árbitro conozca temas de familia, y sobre todo de patria potestad, que es de donde se derivan estos temas, y, por cierto, siempre guiándose por lo que más convenga al niño o adolescente, y en particular siendo exigente sobre la condición previa para ejercer el derecho, esto es, el cumplimiento fiel de las obligaciones alimentarias.

Entonces, el régimen de visitas terminaría siendo otro tema para el arbitraje, siempre y cuando quienes discutan el derecho son los padres del menor, mas no cuando quien solicita el régimen o es un pariente del menor o un tercero ajeno al mismo, casos excepcionales contemplados por el código, y solo en mérito de que ello, favorece al menor se concede este derecho; en consecuencia, debido a lo particular y especial, creemos que en estos casos no cabe someter a arbitraje estos supuestos, debiendo seguir siendo de conocimiento del juez de familia.

Reiteramos el concepto ya trabajado de que este derecho de visitar a los hijos, es una lógica consecuencia de una solución al problema de la tenencia; pues, resuelta esta, debería haber igualmente un pronunciamiento sobre el régimen de visitas, y así, por ejemplo, lo encontramos en el código de los

niños y adolescentes, cuando en su disposición 84, que está referida a fijar criterios para conceder la tenencia, termina facultando al Juez para que su resolución no solo se pronuncia por la tenencia, sino que también debe comprender la fijación del régimen de visitas, para el que no obtenga la tenencia del niño o adolescente.

¿Alimentos como materia arbitral?

De acuerdo con nuestra ley sobre conciliación, existe la posibilidad de someter a esta vía alterna de solución de conflictos, las pensiones alimenticias, y, por lo tanto, cabe preguntarse si los alimentos podrían igualmente ser pasibles de conocerse en la vía arbitral; sobre el particular, resulta necesario tener en cuenta algunas consideraciones que siempre están presentes en la pretensión alimentaria. Veamos.

Los alimentos como derecho necesario y urgente son reconocidos por todos, en tanto que sirven para la vida, y, por ende, la misma legislación se encarga de señalar que son irrenunciables, esto es, derechos no disponibles; sin embargo, hay que hacer la precisión respecto de lo que es el derecho y lo que implica la pensión de alimentos, pues esta última es la forma cómo se traduce el derecho, entonces una primera conclusión sería la de que el derecho de alimentos como tal no es posible someterlo a conciliación, ni mucho menos será posible someterlo a arbitraje, mas sí será posible someter a conciliación la pensión de alimentos, la misma que según ley puede ser fijada en una cantidad determinada o en un porcentaje de los ingresos del demandado, y siguiendo esta línea de razonamiento, quizás también podrían someterse a arbitraje esta prestación alimentaria.

En el Instituto Jurídico de los Alimentos, existen varias clases de acreedores alimentarios, así tenemos que los hay, aquellos que son incapaces; (los menores de edad, los mayores incapaces), y también los que son capaces, entonces, sobre los primeros, entendemos que la conciliación sobre la pensión (monto o porcentaje) de estos incapaces, será llevada a cabo a través de sus representantes legales, mientras que en los segundos, los capaces, por ejemplo, alimentos entre cónyuges, la conciliación es directa entre el acreedor y el deudor alimentario.

En el caso de los alimentos de los incapaces, cuesta pensar que sus representantes legales, puedan conciliar perjudicando los intereses de sus representados, y en todo caso, si ello fuera así, creemos que en salvaguarda de los intereses superiores de éstos, el Juez que podría conocer la ejecución del acuerdo conciliatorio, estaría facultado para declarar su ineficacia. En lo que se refiere a los capaces que concilian directamente, no habría mayor problema, en tanto que se trata de personas con discernimiento y libertad en su actuación.

Toca, ahora, preguntarnos sobre la posibilidad de someter a arbitraje las pensiones alimenticias, entonces diremos si la pensión alimenticia es discutida entre personas capaces, creemos que no habría inconveniente alguno en aceptarlo, mas no debería suceder lo mismo si se trata de acreedores alimentarios incapaces, que terminan fijando el quantum del derecho alimentario, a través de sus representantes legales.

La razón de ser del porqué no podría aceptarse como materia arbitral los alimentos de acreedores alimentarios incapaces, estaría en el riesgo de que ese representante legal, a través de su negligente actuación en el arbitraje, termine afectando los intereses de estos incapaces, actuación negligente que está regulado por la ley de arbitraje, cuando en su artículo 46 inciso c, alude a que si una de las partes no comparece a una audiencia, no presenta pruebas o deja de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición, entonces como el laudo equivale a una sentencia, no cabría la posibilidad de ser revisado por un juez, pues la resolución (laudo) proviene de un árbitro, que tiene la calidad de juez; sobre el particular, el artículo 3 del decreto legislativo que norma el arbitraje refiere que en los asuntos en que se rijan por esta ley no intervendrá la autoridad judicial, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo, que, en este caso, podría ser argumentándose que va contra derechos indisponibles; por ello, una conclusión a arribar, sería no aceptar el arbitraje

en caso de alimentos de incapaces, por el riesgo existente de comprometer los derechos sagrados de los incapaces, ante una actuación del representante legal desidiosa y negligente, que posteriormente no podría ser modificada por un juez, ello sin perjuicio de la nulidad del laudo, si fuera procedente.

Entonces, podría pensarse en la posibilidad de que si las partes son capaces, puedan someter a arbitraje una pensión de alimentos que debería ser fijada por el árbitro, sin embargo, este, en su actuación, debería tener bien presente los principios en que se basa el derecho alimentario, en particular su carácter de ser irrenunciable, así como que los alimentos sirven para la subsistencia del acreedor.

¿Otros derechos familiares sometidos a arbitraje?

En el presente trabajo, y para aproximarnos al arbitraje, hemos seguido a la conciliación en tanto vía alterna de solución de conflictos, y así hemos abordado temas familiares conciliables como son los de tenencia, régimen de visitas y alimentos; ahora bien, la ley de conciliación no alude específicamente a otros temas del derecho de familia, pasibles de ser sometidos a conciliación, sin embargo, deja abierto para otras relaciones familiares sobre derechos disponibles, sin mencionar a que otras relaciones se pudiera estar refiriendo; por lo tanto, diríamos que, en el campo del arbitraje, no podríamos estar pensando en otros temas, de las muchas relaciones familiares que se dan en el ámbito del Derecho de Familia, empero hemos visto dentro de las relaciones económicas que se dan entre los cónyuges, como la misma ley deja un espacio a la autonomía de la voluntad de las partes, como es el caso de la elección del régimen económico de la sociedad conyugal, así como su variación; por otro lado, si la misma ley prevé que los mismos cónyuges puedan liquidar la sociedad de gananciales según sus propios intereses, tal como la propuesta de separación convencional, que se da a propósito de las separaciones legales; entonces, quizás una primera aproximación al tema del arbitraje, en este campo, podría ser el de considerar el tema de la liquidación de las sociedades gananciales vía arbitral.

Repárese que una sociedad de gananciales implica la concurrencia de los cónyuges capaces, y por lo tanto con libertad de elección y acción; sin embargo, no podemos dejar de reconocer que existe un régimen legal de protección, en aras de defender el interés familiar sobre el interés particular de los integrantes del núcleo doméstico; ahora bien, si la ley les da a los cónyuges la posibilidad de arribar a un acuerdo de liquidación de la sociedad, tratándose de una separación convencional, como ya lo hemos mencionado, deberíamos pensar en por qué no aceptar que ellos, cuando no afrontan aún el conflicto, y actuando reflexivamente, acuerden un convenio arbitral para someter sus conflictos de intereses sobre asuntos económicos.

La ley posibilita a los futuros contrayentes a elegir el régimen económico que más le convenga en su futuro matrimonio, también permite que, si la sociedad conyugal está sometida a un régimen de sociedad de gananciales, puedan estos cónyuges libre y voluntariamente cambiar el régimen por el de separación de patrimonios, sin necesidad de explicar los motivos para ello; ahora bien, la separación de patrimonios supone que, en cuanto a las relaciones económicas que se dan entre los cónyuges, no debería existir conflicto alguno, en tanto que los intereses están separados, mas sí existirían los conflictos entre los cónyuges, cuando estamos ante el régimen de sociedad de gananciales, conflictos que pueden tener diversas causas, por ejemplo, se dan administraciones del patrimonio social inconveniente para uno de los consortes, por ello se permite al cónyuge afectado, ante ausencia de voluntad de ambos de cambiar de régimen, demandar judicialmente el cambio del régimen; en este campo, creemos que podrían las partes someterse a un arbitraje para dilucidar su conflicto de intereses.

Por otro lado, también sería posible someter a arbitraje las consecuencias económicas de una posible separación legal o divorcio, siempre bajo la premisa de que estas relaciones económicas se están dando entre personas capaces y por ello, con derecho de disposición claro está que al frente de esta propuesta, se puede argüir que conspira contra el interés familiar, por cuanto un tema netamente familiar termine siendo sometido a un árbitro, que no está formado

124 UNIFÉ - EPG

como un juez de familia, que por su propia función debe privilegiar los intereses de la familia, antes que los intereses particulares e individuales de los cónyuges.

En todo caso, sirva el presente artículo para plantear algunos temas de familia que podrían ser arbitrados, reconociendo que se trata de temas opinables.