



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

EL CONVENIO REGULADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL PROYECTO DE LEY DE  
MATRIMONIO CIVIL CHILENO

Ius et Praxis, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 445-478

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19780214>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# EL CONVENIO REGULADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL PROYECTO DE LEY DE MATRIMONIO CIVIL CHILENO

Rodrigo Barcia Lehmann (\*)

## RESUMEN

Este trabajo analiza el convenio regulador en el Derecho español con miras a confrontar algunos aspectos de éste con el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil chileno. El análisis del Derecho español presenta interesantes discusiones en torno a la naturaleza del convenio regulador previo a su homologación, naturaleza de la sentencia que lo homologa, los efectos del convenio regulador respecto de los terceros, y presenta una serie de matices con relación a los cónyuges y a los hijos. Con relación a aquéllos se restringe la intervención del Juez lo que no acontece respecto de los hijos. Después de concluir este trabajo se hace patente que el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil peca de un exceso paternalista y es muy poco respetuoso de las decisiones de los cónyuges, además de conceder un ámbito de aplicación al convenio mucho más restringido que el Derecho español.

## ABSTRACT

This paper analyzes the legalization agreement in the Spanish Law with the purpose of confronting some of its aspects with the Chilean Civil Marriage Law Project. The analysis of the Spanish Law presents interesting discussions dealing with the nature of the legalization agreement prior to its ratification, the nature of the verdict that ratifies it, the effects of the legalization agreement with respect to others, and a series of guidelines in relation with the married couple and the

---

\* Profesor de Derecho civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

children. The intervention of a judge is restricted concerning the couple but not in the case of the children. After concluding this paper it is clear that the Civil Marriage Law Project is too paternal and has little respect for the decisions of the couple, in addition it bestows an application limit to the agreement, which is much more restrictive than the Spanish Law.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende analizar la figura del convenio regulador en el Derecho comparado y especialmente en el español para finalizar estudiando brevemente la forma en que el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil, en actual tramitación en el Senado, aborda este tema.

## 2. ANÁLISIS DEL CONVENIO REGULADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Proyecto de Código civil español de 1851, siguiendo la doctrina preponderante en aquella época, negaba cualquier incidencia al consentimiento en la separación. Igual criterio siguió el artículo 84 de la Ley de Matrimonio Civil. La doctrina civil condenaba los pactos de separación por aplicación de los artículos 56, 1.255, 1.320 y 1.814 del C.c.<sup>1</sup>. Posteriormente, autores como Cámara Álvarez y Jiménez Arnau se inclinan por la validez de dichos pactos en la medida que no afecten la prohibición de exigir una comunidad de vida en el matrimonio y no entrañen la alteración del régimen económico. Además, la jurisprudencia comenzó a aceptar los pactos de separación amistosa en ciertas materias. La Ley de 24 de abril de 1958 modifica el artículo 71 del Código civil español, admitiendo el convenio regulador sólo respecto del cuidado de los hijos y una vez que la sentencia de nulidad esté ejecutoriada. Finalmente en España la Reforma de 1987 permitió regular a través de estos convenios, tanto los aspectos personales, como los patrimoniales del divorcio. Así J. Castro García señala que «la naturaleza del convenio regulador, según la nueva normativa como es la que corresponde a un negocio jurídico bilateral familiar, en el que, por consiguiente, el aspecto patrimoniales pasa a un segundo plano»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Al respecto J. Castro García cita las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1905, de 2 de diciembre de 1915, de 19 de diciembre de 1932, de 17 de junio de 1949 y de 30 de diciembre de 1959. En igual sentido se pronuncia la Dirección General de los Registros en sus resoluciones de fecha 30 de noviembre de 1917, 1 de julio de 1943 y 27 de marzo de 1954.

<sup>2</sup> Castro García, J., **La Intervención Judicial en la Aprobación, Modificación y Cesación del Convenio Regulador**, capítulo V denominado La Intervención Judicial y del Ministerio Fiscal en el Convenio Regulador, Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales, Instituto de Ciencias para la Familia, Line Grafics, 1989, p. 338.

En el Derecho español la impugnación del convenio se efectúa de acuerdo a la normativa general de los contratos, o sea conforme a los artículos 1.300 y siguientes del Código civil.

En cuanto al Derecho de las Comunidades Autónomas, los artículos 76 y 77 del Código de Familia de Cataluña se refieren al convenio regulador<sup>3</sup>. De esta forma, la primera de dichas normas trata del contenido del convenio regulador en caso de nulidad de matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la potestad del padre y de la madre. En dicho caso, el convenio debe tener los siguientes contenidos: (i) Aquel con quien han de convivir los hijos, así como, en su caso, el régimen de visitas, estancia y comunicación con el padre o la madre con quien no convivan. (ii) La forma como debe ser ejercida la potestad de los hijos, en los términos establecidos en el artículo 139. (iii) La cantidad que por el concepto de alimentos de los hijos, de acuerdo con el artículo 143, corresponda satisfacer al padre o la madre y la periodicidad y forma de pago. (iv) Las normas para la actualización de los alimentos y, en su caso, las garantías para asegurar su pago. Además el artículo 139 del Código de Familia de Cataluña se refiere a los padres que viven separados. Dicha norma señala que los padres pueden regular de común acuerdo la forma en que se ejerza el poder sobre los hijos<sup>4</sup>.

A su vez, conforme al artículo 79 del Código de Familia de Cataluña, en los casos de falta de convenio regulador, la autoridad judicial resuelve directamente sobre los aspectos objeto de regulación establecidos en el artículo 76.

---

<sup>3</sup> Así, las referidas disposiciones señalan, lo siguiente:

Artículo 76. Aspectos objeto de regulación.

1. En los casos de nulidad de matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la potestad del padre y de la madre, debe establecerse:

a) Aquel con quien han de convivir los hijos, así como, en su caso, el régimen de visitas, estancia y comunicación con el padre o la madre con quien no convivan.

b) La forma como debe ser ejercida la potestad de los hijos, en los términos establecidos en el artículo 139.

c) La cantidad que por el concepto de alimentos de los hijos, de acuerdo con el artículo 143, corresponda satisfacer al padre o la madre y la periodicidad y forma de pago.

d) Las normas para la actualización de los alimentos y, en su caso, las garantías para asegurar su pago.

Artículo 77. Convenio Regulador.

Cuando la nulidad de matrimonio, el divorcio o la separación legal sean instados por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, la demanda o escrito inicial debe acompañarse de una propuesta de convenio regulador, donde se determinen los aspectos indicados en el artículo 76.

<sup>4</sup> También existe una suerte de contradicción entre los artículos 139.2º y 139.3º del Código de Familia de Cataluña, ya que éste parece excluir de la decisión judicial que resuelve sobre el ejercicio de la potestad sobre los hijos las obligaciones de guarda. Y esta última disposición es aún más confusa que el artículo 156.5º del C.c. español. Dicha norma señala: “Artículo 139.3º. En todo caso, las obligaciones de guarda deben ser ejercidas por aquel de los dos, padre o madre, que en cada momento tenga el menor con él, bien porque tenga asignada de hecho o de derecho su residencia a consecuencia del régimen de comunicación y de relación que se haya establecido”. En consecuencia, esta norma estaría regulando la situación transitoria, previa a la intervención judicial. De esta forma, la guarda puede ser ejercida por uno u otro padre o ambos, conforme a la situación concreta que se esté dando en la realidad.

## 2.1. Capacidad para celebrar el convenio regulador

De acuerdo a J. J. López Burniol, la doctrina y jurisprudencia aceptan que los menores de edad puedan celebrar estos convenios. Dicha aseveración se funda en los siguientes argumentos:

- a) El Código civil no lo impide expresamente y como no es aplicable la analogía a una limitación de la capacidad, no existe razón para negarle dicha capacidad a los menores.
- b) Dicha convención requiere de una aprobación judicial, que garantice los derechos del menor.
- c) De acuerdo a una posición cada vez más preponderante en la doctrina, se debe considerar al menor como capaz y si ello es de esta forma, sólo mediante una norma expresa se podrá limitar su capacidad.
- d) El menor casado está facultado expresamente a realizar este tipo de actos, ya que conforme al artículo 314.1º del C.c. dichos menores están emancipados y por ello son plenamente capaces, excepto si existe alguna norma que establezca lo contrario.

El referido convenio es solemne, ya que debe celebrarse por escrito. Así lo entiende L. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga<sup>5</sup>.

## 2.2. Naturaleza jurídica del convenio regulador

Tradicionalmente los autores no se terminan de poner de acuerdo sobre la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, entonces se entenderá que es aún más difícil determinar la naturaleza jurídica del convenio regulador<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Op. cit. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, L., “El Convenio Regulador y su Aprobación Judicial”, *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Número 8, 3ª Época, noviembre 1997, p. 76. En todo caso, otros autores asimilan a los menores casados a los menores emancipados por vida independiente, del artículo 319 del C.c.. Vid. López Burniol, J. J., «Concepto, Naturaleza y Contenido del Convenio Regulador de las Relaciones Conyugales, Paterno - Filiales y Patrimoniales», **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, ediciones Universidad de Navarra S. A., Pamplona, 1989, p. 58.

<sup>6</sup> De esta forma para algunos el Derecho de Familia está dentro del Derecho Público, en cambio para otros se trata de Derecho Privado, incluso para algunos autores se trata de un Derecho mixto que participa de las características de ambos. Pero esta discusión es irrelevante, ya que la clasificación del Derecho en Público y Privado se encuentra lo suficientemente desprestigiada.

En realidad la esencia del convenio regulador se aprecia, en su etapa previa a la ratificación o en la determinación del valor del convenio que adolece de homologación. De acuerdo a la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 1997, se acepta la validez y eficacia del convenio regulador no homologado, como un negocio jurídico de familia. Pero en cuanto a su eficacia requiere de aprobación, como *condictio iuris*. En este sentido, la sentencia señala en sus fundamentos de derecho, lo siguiente: “Debe, por ello, distinguirse tres supuestos; en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del C.c.”<sup>7</sup>. Además, la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 de junio de 1987, declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los trámites posteriores a la separación matrimonial. La sentencia también del Tribunal Supremo, de fecha 26 de enero de 1993, agrega que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifiesta el acto regulatorio de las partes. Esta sentencia es relevante, ya que se pronuncia respecto de un pacto no presentado para ser homologado por el tribunal y la separación que se reguló por sentencia judicial. El fundamento de esta sentencia se encuentra en la doctrina que señala que el pacto entre los padres, no sometido a la aprobación del tribunal, es un negocio jurídico en la parte que no requiere de tal aprobación. El criterio de distinción para determinar su eficacia, de acuerdo a T. Marín García De Leonardo, es “la naturaleza personal o patrimonial de los pactos y el carácter de las normas que regulan estas situaciones tendrán o no eficacia sin la intervención judicial”<sup>8</sup>. Entonces, se debe analizar qué ocurre si el pacto contiene materias que deben ser objeto de aprobación judicial y otras que no lo son. Respecto de estas últimas se debe

<sup>7</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 1997 señala textualmente: “...válido y eficaz el convenio regulador no aprobado como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, pues no hay obstáculo para su validez en esa significación, en que ha concurrido el consentimiento, el objeto y la causa, y sin que contenga ningún motivo de invalidez, como no lo hay tampoco para su ineficacia, ya que, aunque carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al juicio y producir efectos procesales, pero no la pierde como tal convención”. Además, Román García Varela, citado por L. Zaraluqui Sánchez – Eznarriaga, distingue de la referida sentencia, las siguientes distinciones en relación al convenio regulador: (i) el convenio, en principio y en abstracto, constituye un negocio jurídico de derecho de familia; (ii) el regulador, aprobado judicialmente, queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva y (iii) el no ratificado por el Juez posee la eficacia correspondiente a toda convención, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo previsto en el artículo 90 C.c.. C. Lasarte Álvarez destaca que tras la reforma de la Ley 30/81, el convenio “puede o tiene que” haber sido presentado con anterioridad a la sentencia. De esta forma el referido autor destaca que el convenio regulador tiene un valor en sí. Lasarte Álvarez, C., Op. cit., **Principios de Derecho Civil**, tomo sexto, Edigrafos S. A., España, Madrid, 2000, p. 158.

<sup>8</sup> Op. cit. Marín García De Leonardo, T., “Comentario sobre Sentencia (del Tribunal Supremo)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre / diciembre de 1997, n.º 45, p. 955.

estudiar si dichas cláusulas tienen algún valor o son ineficaces. Posteriormente, se analizará, de ser positiva la respuesta a la interrogante anterior, cuál es el valor del resto de las cláusulas, si tienen alguno. En cuanto a la primera cuestión parece estar resuelta por la sentencia de la Audiencia de Guipúzcoa, de fecha 22 de febrero de 1995 (n.º 3450/1994). Dicha sentencia rechaza los efectos de un convenio regulador celebrado por los contratantes respecto de los alimentos de un hijo no matrimonial. Pero, a pesar que dicho acuerdo, no fue presentado para su aprobación judicial, ni sometido al control del Ministerio Fiscal, el tribunal le reconoció el valor de *prueba documental en juicio*. De esta manera, aunque la Sala no limitó los alimentos a la cantidad acordada en el convenio, decidió tomarla en consideración durante los meses de verano. El fundamento de la decisión de la Audiencia –que equivale a nuestra Corte de Apelaciones– fue que a la fecha de celebrarse el convenio la menor no iba al colegio; entonces si durante los meses de verano la menor tampoco iba al colegio, la suma acordada en el convenio parecería ser la adecuada de acuerdo a las circunstancias y a los antecedentes que de dicho acuerdo se desprenden<sup>9</sup>. Por otra parte, existe alguna jurisprudencia que reconoce plena validez al convenio regulador no homologado, que recae sobre aspectos patrimoniales y que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos. Además, la aprobación judicial se precisa exclusivamente respecto de los acuerdos relativos a los hijos. De acuerdo a L. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, la exigencia de ratificación se refiere a la petición de separación o divorcio y jamás al contenido del convenio regulador. El aludido autor critica la práctica judicial que ha transformado la ratificación de la separación o divorcio y del convenio regulador en un verdadero proyecto de convenio. La crítica es acertada, ya que el exceso de intervención judicial atenta contra el principio de la intervención mínima del Estado en la familia. Además no parece para nada razonable que una vez que las partes han logrado ponerse de acuerdo –en la mayoría de los casos después de un largo proceso de negociación–, el tribunal empantane o impida la solución del conflicto<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> También es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 24 de marzo de 1998 (n.º 115/1998) que señaló no compartir el criterio del Tribunal *a quo*. Dicho Tribunal sostiene que el convenio regulador es un negocio jurídico familiar de carácter mixto (al requerir la intervención de los particulares y de la autoridad pública), y por ello, no puede ser modificado a no ser que se alteren sustancialmente las circunstancias en virtud de las cuales se celebró el acuerdo. Pero el cambio de dichas nuevas circunstancias, conforme al tribunal de primera instancia, debe efectuarse por un nuevo convenio o por medio del procedimiento adecuado. Agrega la Audiencia que deben distinguirse tres supuestos respecto del convenio: “...en primer lugar. El convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del CC....”. En virtud de estas consideraciones, la sentencia agrega: “... Así, en virtud de lo dispuesto en el art. 1256 del CC. las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 y está reconocido en las sentencias de esta Sala antes citadas, SS. 25 junio 1987 y 26 enero 1993...”.

<sup>10</sup> Vid. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, L., “El Convenio Regulador y su Aprobación Judicial”, *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Número 8, 3ª Época, noviembre 1997, p. 78.

Para la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 22 de abril de 1997, se deben de hacer las siguientes distinciones en torno a la naturaleza del convenio regulador<sup>11</sup>: (a) el convenio, en principio y en abstracto, constituye un negocio jurídico de Derecho de Familia; (b) el convenio regulador, aprobado judicialmente, queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva y (c) el no ratificado por el Juez posee la eficacia correspondiente a toda convención, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo previsto en el artículo 90 C.c.<sup>12</sup>.

Finalmente existen autores que aseveran que la homologación es el acto que constituye la separación y el juez podrá modificar libremente el convenio regulador. También para parte de la doctrina española, como Jaime Castro García, conforme al artículo 90 del Código civil y disposición adicional sexta, la intervención judicial es un presupuesto de eficacia y no un elemento de validez del negocio. De esta manera J. Castro señala: «su particular poder normativo (se refiere al convenio no homologado) queda subordinado al cumplimiento de la exigencia de la aprobación judicial, que por preceptivo mandato del ordenamiento forma parte de la situación requerida para que el negocio sea operante»<sup>13</sup>.

En definitiva, la función de la homologación será la de velar por la defensa de la legalidad y de los intereses de los menores como ocurre respecto al deber del juez de velar por el establecimiento y cumplimiento del régimen de visitas.

### 2.3. Características del convenio regulador

#### a) *Es un negocio jurídico*

Se ha discutido suficientemente esta calidad del convenio regulador en la jurisprudencia española<sup>14</sup>. Así la mayoría de los autores, como Díez – Picazo y López

<sup>11</sup> La referida sentencia del Tribunal Supremo señala que “válido y eficaz el convenio regulador no aprobado como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, pues no hay obstáculo para su validez en esa significación, en que ha concurrido el consentimiento, el objeto y la causa, y sin que contenga ningún motivo de invalidez, como no lo hay tampoco para su ineficacia, ya que, aunque carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al juicio y producir efectos procesales, pero no la pierde como tal convención”.

<sup>12</sup> Vid. García Varela, Román, “Efectos del Convenio Regulador no Aprobado Judicialmente”, *La Ley*, 24 de noviembre de 1997, p. 15 y Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, L., “El Convenio Regulador y su Aprobación Judicial”, *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Número 8, 3ª Época, noviembre 1997, pp. 73 y 74.

<sup>13</sup> Op. cit. Castro García, Jaime, **La Intervención Judicial en la Aprobación, Modificación y Cesación del Convenio Regulador**, capítulo V denominado La Intervención Judicial y del Ministerio Fiscal en el Convenio Regulador, *Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales*, Instituto de Ciencias para la Familia, Line Graphics, 1989, p. 343.

<sup>14</sup> Este tema ha sido tratado por J. J. López Burniol y L. Díez – Picazo. Vid. López Burniol, J. J., “Concepto, Naturaleza y Contenido del Convenio Regulador de las Relaciones Conyugales, Paterno – Filiales y Patrimoniales”, **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, ediciones Universidad de Navarra S. A., Pamplona, 1989, pp. 49 y 50 y Díez – Picazo, L., “El Negocio Jurídico del Derecho de Familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XLIV, 1962, p. 777.



Burniol entre otros, son de la opinión que se trata de un negocio jurídico. En realidad la calidad de negocio jurídico del convenio regulador no es discutible, desde que se requiere un acuerdo de voluntades para que el acto nazca a la vida jurídica. Sin embargo, es un acto jurídico condicional, su nacimiento pende de dos condiciones suspensivas, como lo son el que se produzca efectivamente el divorcio o separación y que el juez autorice el acto<sup>15</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, este negocio jurídico presenta varias características que lo diferencian del negocio jurídico propiamente tal. Las diferencias más notables son las siguientes: (i) Algunos autores precisan que la aprobación judicial previa pondría en tela de juicio la calidad del convenio como negocio jurídico, pero ello no es de esta forma, ya que el convenio es un negocio jurídico procesal; o sea es una especie de negocio jurídico<sup>16</sup>. (ii) El principio de la fuerza obligatoria de los contratos en estos convenios no es débil, ya que si bien el convenio puede revocarse por la voluntad de una de las partes mediante autorización judicial lo cierto es que algunos negocios jurídicos netamente patrimoniales pueden revocarse al simple arbitrio de una parte como acontece con el mandato. Sin embargo, la modificación del convenio regulador es compleja, ya que requiere de aprobación judicial fundada. (iii) El negocio jurídico es *ex - voluntate* y no *ex - lege*, aunque parte de la doctrina española señala lo contrario. Así aunque las partes tienen importantes limitaciones, en cuanto al contenido de este acuerdo, es la voluntad de ellas la que da lugar a dicho acto, y el juez en principio debe respetar el principio de la autonomía de la voluntad. De esta forma, la ley no establece qué padre debe ejercer la guarda y custodia, pagar los alimentos o preocuparse de la educación del hijo; sino por el contrario, resguarda que dichos deberes y facultades se establezcan conforme al interés superior del menor. (iv) La homologación no sana el negocio jurídico de los posibles vicios del consentimiento que le afecten. La función de la homologación es velar por los intereses del menor y los derechos y deberes de las partes. En resumen, se trata de un requisito de eficacia y no de validez<sup>17</sup>. Por ello, si existe algún vicio del consentimiento, como la fuerza, el dolo

---

<sup>15</sup> Aunque, algunas sentencias le otorgan un poder probatorio limitado al convenio no homologado que recae sobre materias que, de acuerdo a la ley, deben ser objeto de un convenio regulador homologado. Por ello sólo puede sostenerse que el convenio regulador está sujeto a la condición suspensiva de hacerse efectivo el divorcio o separación.

<sup>16</sup> En apoyo de esta posición está F. De Castro y Bravo, que define al negocio jurídico como “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo en dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. En verdad parece relevante sólo la última parte de la definición, en la que se acepta que el negocio jurídico se pueda completar por otro acto o hecho, como en este caso es la aprobación judicial. *Vid.* De Castro y Bravo, F., **El Negocio Jurídico**, Civitas, Madrid, 1991.

<sup>17</sup> *Vid.* Rivero Hernández, F., “La Guarda y Custodia de los Hijos y Derechos de Visita tras las Crisis Matrimonial”, **IV Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos**, edición coordinada por Cevilla Grarazón, María Dolores, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1996, p. 76.

o el error deben aplicarse las reglas generales. Esta posición, además de estar de acuerdo con la naturaleza de la homologación, resuelve algunos aspectos prácticos planteados por la mayoría de la doctrina, como son los casos de chantajes de uno de los padres al otro y que no son advertidos por el juez<sup>18</sup>. Sin perjuicio de ello, a pesar que estos acuerdos son verdaderas transacciones entre las partes y dejarlas abiertas a la posibilidad de impugnar el acto por nulidad puede crear nuevos problemas en la familia, la impugnación se hace necesaria, toda vez que concurra un vicio del consentimiento. Lo que sí podría regularse *de lege ferenda* es el abuso del Derecho, que impida el mal uso de tal facultad<sup>19</sup>.

*b) No tiene un carácter transaccional*

Alguna doctrina como J. J. López Burniol señalan que el convenio regulador tiene un carácter transaccional. Pero si por ello se entiende que las partes deben hacerse prestaciones recíprocas, ello no es de tal forma. Es cierto que este negocio jurídico puede tener como objetivo al igual que la transacción, poner fin a un juicio pendiente, pero no es de la esencia el que las partes se hagan concesiones recíprocas. Tampoco es necesario que las cargas sean equivalentes, un padre podría, dentro de los límites de la ley, contraer cargas mucho más pesadas que el otro que contrae obligaciones más leves<sup>20</sup>.

*c) Es esencialmente precario*

Este negocio jurídico es esencialmente precario. De esta forma puede ser solicitada su modificación en cualquier momento, sobre todo si su actual ejecución pudiere perjudicar al menor.

*d) Tiene una causa específica*

Todos los negocios jurídicos tienen una causa, es decir un fin o motivo. Dicha causa puede ser mediata o inmediata, la causa mediata es variable y depende de los motivos que las partes tuvieron al tiempo de celebrar el contrato. En cambio, la causa

---

<sup>18</sup> Ídem, p. 74.

<sup>19</sup> Dicha modificación habría que plantearla en Chile, ya que el abuso del Derecho se consagra en el artículo 7.1º del C.c. español.

<sup>20</sup> Sin embargo no se puede sostener que una de las partes puede contraer todos los deberes y la otra todas las facultades. Dicha postura es insostenible no porque el negocio jurídico tenga un carácter transaccional, sino porque ello atenta contra la patria potestad. La patria potestad, como un todo, no puede ser transigida por las partes, ya que el ejercicio de la patria potestad es irrenunciable como un todo. Independientemente de ello, sí puede someterse a limitaciones temporales, como en la delegación.

inmediata es el fin único e invariable que las partes han perseguido al celebrar el contrato, por ejemplo el recibir en pago el precio por parte del vendedor. Pues bien en los casos que el negocio jurídico afecte las relaciones paterno – filiales, la causa debe ser el interés superior del menor. De esta forma, si el negocio jurídico no ha considerado la mejor posibilidad para el menor, el negocio jurídico no tendrá causa o ella será ilícita, dependiendo de la teoría de la causa que se adopte.

*e) Revocabilidad del acuerdo*

El convenio puede ser revocado por cualquiera de las partes, pero para ello se requiere de autorización judicial. Pero, ¿qué ocurre, antes de la homologación, ¿puede una parte revocar libremente el convenio?. Según M. Fuentes Noriega conforme a la doctrina italiana, el convenio regulador es un contrato que no puede modificarse unilateralmente. Pero, en España cierta jurisprudencia señala que la homologación difiere los efectos del acuerdo a la aprobación judicial y en ese lapso, las partes pueden retractarse. Para concluir, la referida autora señala que los convenios son revocables unilateralmente, cuando existe una causa para ello<sup>21</sup>. En igual sentido opina J. Castro García para el cual la ratificación forma parte del consentimiento necesario para que el negocio jurídico produzca efectos; en virtud de ello las partes pueden revocar el negocio jurídico en cualquier momento antes de la aprobación judicial<sup>22</sup>. J. Castro García desarrolla algunas de las doctrinas sobre el alcance de la autorización judicial en el convenio regulador. El referido autor señala que para algunos, la sentencia judicial debe limitarse a revisar si el consentimiento otorgado por las partes es libre y espontáneo, ya que el convenio requiere para su validez sólo del consentimiento de las partes. Para otros, tanto el consentimiento, como la homologación son requisitos necesarios para la separación; o sea ambos requisitos deben concurrir a la constitución de la separación<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Vid. Fuentes Noriega, Margarita, **La Patria Potestad Compartida en el Código Civil Español**, Editorial Montecorvo S. A., Madrid, 1.986, pp. 300 y 301.

<sup>22</sup> Vid. Castro García, J., **La Intervención Judicial en la Aprobación, Modificación y Cesación del Convenio Regulador**, Capítulo V, denominado La Intervención Judicial y del Ministerio Fiscal en el Convenio Regulador, Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales, Instituto de Ciencias para la Familia, Line Graphics, 1989, p. 344. De igual opinión es L. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga como se señaló al analizar la naturaleza jurídica del convenio regulador. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, L., Op. cit., “El Convenio Regulador y su Aprobación Judicial”, *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Número 8, 3ª Época, noviembre 1997, p. 78.

<sup>23</sup> Conforme al artículo 139 del Código de Cataluña, en cualquier momento, el padre o la madre, separadamente, pueden dejar sin efecto, mediante notificación notarial, tanto la delegación, como la distribución que del ejercicio de la patria potestad se efectúe.

#### 2.4. Etapas del convenio regulador

Antes de entrar a analizar las etapas del convenio se debe estudiar el momento de la presentación del convenio. El convenio podrá presentarse a la aprobación judicial, en cualquiera de los siguientes momentos:

- a) Con la petición de separación o divorcio, conforme a los artículos 81.1º, nº1, 86.2º y 90 del Código civil. En los casos de demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro deberá acompañarse obligatoriamente un convenio regulador. Dicho pacto debe contener los mínimos señalados en el artículo 90 del C.c.<sup>24</sup>.
- b) Convenio que se presente con posterioridad y que regulan aspectos específicos del proceso de nulidad, separación o divorcio. Al convenio descrito en el párrafo precedente algunos autores le denominan como “convenio regulador propiamente tal” y al tratado en este párrafo como “cualquiera otros convenios” o “convenios impropios”<sup>25</sup>. Estos acuerdos suelen presentarse frente a las medidas provisionales, por ejemplo<sup>26</sup>.

Por otro lado, algunas sentencias entienden que el contenido del convenio regulador puede ser afectado por una sentencia definitiva, sin petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 91 del C.c., las medidas contempladas en relación con los hijos se determinan en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, o en la ejecución de las mismas. Ello ha sido interpretado por alguna sentencia, como el establecimiento de

---

<sup>24</sup> Artículo 90. “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

B) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

E) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges. Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”.

<sup>25</sup> Vid. Lasarte Álvarez, C., **Principios de Derecho Civil**, tomo sexto, Edigrafos S. A., España, Madrid, 2000, p. 158.

<sup>26</sup> Ídem., p. 159.

una prerrogativa del juez que le permite obligar a las partes a presentar el convenio con relación a los hijos al momento de la ejecución de la sentencia<sup>27</sup>.

El convenio regulador debe cumplir con las siguientes etapas:

- 1º Acuerdo de las partes. Los tribunales suelen ordenar la ratificación judicial de estos acuerdos. En el caso que uno de los padres por cualquier motivo no pudiese concurrir a la audiencia de ratificación del convenio, el juez deberá volver a citarlos. El juez sólo podrá dar por no ratificado el convenio, si dadas las circunstancias de las no comparecencias de las partes, se puede desprender dicha consecuencia lógica<sup>28</sup>.
- 2º Sometimiento del acuerdo a autorización judicial. El juez conforme a lo señalado precedentemente puede aprobar o rechazar el acuerdo.
- 3º El juez debe dar audiencia por cinco días al Ministerio Fiscal y audiencia a los hijos, si ello corresponde de acuerdo con el artículo 92.2º del C.c.
- 4º Si el juez considera que el convenio no ampara suficientemente el interés de los hijos, otorgará a las partes un plazo improrrogable de cinco días para que propongan un nuevo acuerdo y para que propongan los medios de prueba para implementar su aprobación.
- 5º El juez también puede, en un plazo no superior a diez días, acordar cualquier medida que le ayude a un mejor resolver.

En la actualidad la doctrina acepta que las partes pueden conceder el ejercicio exclusivo de la patria potestad al otro padre<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Así lo resolvió la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 12 de febrero de 1998 (n.º 68/1998), que confirmó la sentencia del juez de primera instancia y rechazó la apelación. La referida sentencia señaló que la resolución del juez que rechaza un convenio y ordena su presentación en la fase de ejecución, no es contraria a Derecho. La aludida sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, señaló textualmente: "...no cabe achacar infracción legal al juez de primer grado que decidió que los acuerdos en el ámbito de referencia se tomaran en la fase de ejecución de la sentencia de separación, al no contar con material probatorio suficiente para declarar al respecto, como en la sentencia recurrida destaca, pues ni siquiera llegó a practicarse la prueba pericial psicológica acordada para mejor proveer".

<sup>28</sup> De esta forma lo ha entendido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 27 de marzo de 1998, que señaló: "...Por ello no basta, en orden a la procedencia del auto de inadmisión a trámite de la demanda consensual en el día y hora en que al efecto fue citado, debiendo por el contrario, y antes de adoptar tan drástica resolución, por realizarse por el órgano judicial unas mínimas indagaciones acerca de la causa de tal conducta...". Agrega la sentencia, que en el intervalo el procedimiento queda suspenso.

<sup>29</sup> Entre los referidos autores están R. García, P. González, M. López y I. Sierra. *Vid.* García, R., González, P., López, M. y Sierra, I., **La Ley del Divorcio**, Constitución y Leyes S. A., 1992, pp. 76 y 77.

## 2.5. Contenido, ámbito de aplicación y límites del convenio regulador

L. Díez – Picazo señala que la patria potestad puede ser objeto de acuerdo, tanto en lo referente a su co-titularidad, como a su ejercicio<sup>30</sup>. Pero exige las siguientes tres condiciones para ello: (i) homologación judicial; (ii) la duración del acuerdo no sea perpetua y (iii) el acuerdo siempre podrá ser modificado por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas<sup>31</sup>. Sin embargo, existen autores que no están de acuerdo con ello<sup>32</sup>. Así, F. A. Sancho Rebullida, indica lo siguiente: “Nótese que el precepto (alude a la Ley 63) se refiere a la posibilidad de convenio al “ejercicio” de las facultades inherentes a la patria potestad; el párrafo 1º, como norma imperativa, atribuye la titularidad conjuntamente a ambos progenitores. Sobre la titularidad no cabe pacto”<sup>33</sup>. De esta forma el convenio regulador podría recaer sobre el ejercicio de la patria potestad, pero no sobre su titularidad. La posición contraria supone que un padre podría ponerle fin a la patria potestad del otro, por ejemplo emancipando al menor.

El convenio regulador puede señalar cuál de los padres tendrá la guarda y custodia de los hijos, fijar el régimen de visitas y comunicación del padre no custodio, reglar la contribución a las cargas del matrimonio, los alimentos, la liquidación del matrimonio, etcétera. Pero estas materias obedecen a los mínimos sobre los que debe recaer el convenio. Ello es evidente desde que el legislador español señala en el artículo 90 del C.c. que “el convenio regulador... deberá referirse, *al menos*, a los siguientes extremos...”. Algunos autores como L. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga han criticado al artículo 90 del C.c. español señalando que adolece de las siguientes imprecisiones: (i)

<sup>30</sup> La patria potestad en el Derecho comparado –y en el español– tiene una esfera patrimonial y personal. En nuestro ordenamiento jurídico la patria potestad es un concepto eminentemente patrimonial y el aspecto personal de ésta se denomina autoridad de los padres o parental. Por otro lado, en España respecto de la patria potestad se distingue el ejercicio de su titularidad. Por ello, no debe extrañar al lector que cuando en este artículo se habla del Derecho español, la patria potestad tenga efectos personales o extrapatrimoniales, como patrimoniales.

<sup>31</sup> Vid. Díez – Picazo y Ponce de León, Luis, “La Reforma del Código Civil en Materia de Patria Potestad”, **La Reforma del Derecho de Familia, Matrimonio, Separación, Divorcio, Régimen Económico Matrimonial, Filiación y Patria Potestad, Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia**, Imprenta Sevilla S. A., 1982, p. 299 y “Notas sobre la Reforma del Código Civil en Materia de Patria Potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXV, Fascículo I, enero – marzo, 1.982, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, p. 10. De acuerdo a algunos autores, las partes pueden acordar otorgar el ejercicio exclusivo de la patria potestad a una de ellas, pero sólo en virtud del artículo 92 del C.c.. Son de esta opinión F. Rivero Hernández y J. J. López Burniol. Vid. Rivero Hernández, F., y López Burniol, J. J., ambos en **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1989, “Las Relaciones Paterno – Filiales (Título, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad, Guarda y Cuidados y Régimen de Visitas)” y “Concepto, Naturaleza y Contenido del Convenio Regulador de las Relaciones Conyugales, Paterno – Filiales y Patrimoniales”, pp. 75 a 76 y 60, respectivamente.

<sup>32</sup> Lo que señala dicho autor, aunque se refiere a la Compilación de Navarra, es aplicable al Código civil.

<sup>33</sup> Op. cit. Sancho Rebullida, Francisco de Asis, “Título V. De la Patria Potestad y De la Filiación” Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidas por M. Albaladejo García, Tomo XXXVI, Volumen 1º, Leyes 42 a 81, Compilación del Fuero de Navarra, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, p. 269.

La disposición en estudio se refiere al convenio regulador, como propuesta y otras veces como convenio. En consecuencia, esta terminología confunde una oferta de convenio con el convenio propiamente tal. Esta crítica tiene fundamento, ya que no se aclara si el convenio regulador es un negocio jurídico o una simple *propuesta* al tribunal. Al respecto debe tenerse presente que esta última posición –que entiende al convenio como una simple propuesta- reduce considerablemente la validez del convenio no homologado. (ii) Tampoco parece estar clara la sanción a la omisión del contenido mínimo al que se refiere el artículo 90 del C.c.. El tenor literal de la disposición, que utiliza la frase imperativa de *deberá referirse*, en principio puede llevar a señalar que la sanción a la falta de estos requisitos es la nulidad del convenio. Pero, dicha interpretación lleva al absurdo, ya que de celebrarse un nuevo acuerdo complementario, que subsane los defectos del primero, si se opta por la nulidad radical o absoluta, ambos continuarán siendo nulos porque el primero no contempla las materias mínimas que exige la ley. También, el referido autor agrega que la doctrina señala que la supuesta exigencia de liquidar, cuando proceda, el régimen económico del matrimonio contradice el criterio general seguido por el Derecho hereditario en esta materia. Ello se debe a que la liquidación del régimen económico en el Derecho sucesorio es una facultad y jamás un deber<sup>34</sup>.

En cuanto a los acuerdos sobre guarda y custodia, la mayoría de los autores sostienen que en ningún caso, dichos acuerdos pueden perjudicar al menor. Ello se desprende de toda la normativa del Derecho de Menores y especialmente del artículo 154.2º del C.c. Así una de las mayores ventajas que presenta el convenio regulador es la posibilidad que los padres regulen el alcance de la guarda. Un asunto de vital importancia en esta materia es determinar, si los padres pueden convenir una guarda conjunta o alternativa o determinar un régimen amplio de visitas. A lo anterior parece oponerse la redacción literal de la letra A) del artículo 90, que señala: “El convenio regulador (...) deberá referirse, a lo menos a los siguientes extremos: A) La determinación de *la persona* a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos...” . La norma en comento se refiere a “la persona”, o sea sólo a uno de los padres. Pero, un estudio más profundo respecto de esta disposición lleva a la conclusión contraria. Esto se debe a que la referida disposición sólo señala que se debe determinar la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos; dicha persona de acuerdo a la jurisprudencia, incluso puede ser un tercero. Entonces, si las partes pueden confiar la guarda a un tercero, con mayor razón podrán establecer una guarda conjunta o alternativa, lo que éstas no pueden hacer es no determinar a qué persona concretamente le corres-

---

<sup>34</sup> Vid. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, L., “El Convenio Regulador y su Aprobación Judicial”, *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Número 8, 3ª Época, noviembre 1997, páginas 72, 74 y 76. Tampoco, el referido autor se explica la frase *cundo proceda* a que se refiere la disposición en estudio. Ello se debe a que dicho supuesto no podrá acontecer en un régimen de gananciales no disuelto.

ponderará la guarda en cada momento<sup>35</sup>. Además la letra de la norma en estudio sólo señala que el ejercicio puede ser regulado por las partes, sin perjuicio que sus facultades pueden atribuirse libremente por las partes; así por ejemplo una de las partes puede ejercer el deber de educación y la otra la guarda y custodia.

F. Rivero Hernández se pregunta, si los padres en el convenio pueden regular la sucesión de la guarda, de fallecer el guardador designado por las partes. López da un poderoso argumento a favor de tal posibilidad al señalar que si los padres pueden nombrar tutor testamentario, conforme al artículo 206 del C.c., no existe razón alguna para impedir que de común acuerdo puedan precaver esta contingencia en el convenio regulador<sup>36</sup>. Por otro lado, también se debe analizar, si el o los padres (en caso que se designe un tercero como guardador) pueden oponerse a que el guardador designado por ellos sea nombrado como tal. En realidad esta interrogante da lugar a dos situaciones diferentes: si se acepta que las partes puedan modificar el convenio regulador cuando lo deseen, entonces ellas podrán dejar sin efecto el nombramiento del sucesor designado en el convenio regulador. Pero, si fallece una de ellas y el padre sobreviviente se opone al nombramiento efectuado por ambos padres; entonces, dicho progenitor sólo podrá recurrir judicialmente contra el convenio regulador. Para solicitar la modificación del nombramiento a su favor o de un tercero, puede invocar el interés superior del menor o la modificación de las circunstancias que llevaron a la celebración del convenio regulador.

Otro aspecto pendiente respecto del contenido del convenio regulador, es si éste puede alterar las reglas que regulan los desacuerdos en el artículo 156.4º del C.c. español. Unas reglas similares establecía el Proyecto de Ley chilena sobre Filiación, que en definitiva no se recogieron en promulgación de la Ley nº 19.585/98. Al respecto en el Derecho español los desacuerdos pueden ser simples o reiterados. En la solución de los desacuerdos reiterados se otorgan importantes facultades al juez que podrán consistir

---

<sup>35</sup> H. Rivero reconoce esta posibilidad al señalar: "...Caso distinto es aquel en que la distribución de los hijos entre los cónyuges sea repartiéndose éstos el tiempo y la guarda más que los hijos –medio año con uno, medio con el otro; a meses o trimestres alternos cada uno–...". Op. cit. Rivero Hernández, F., "Las Relaciones Paterno – Filiales (título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y régimen de visitas) como Contenido del Convenio Regulador", **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra S. A., Pamplona, 1989, p. 103. A favor de esta posición están A. Seisdedos Muño, Zanon Masdeau, De Los Mozos, De la Cámara y Roca Trías, entre otros. Vid. Seisdedos Muño, A., **La Patria Potestad Dual**, Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1988, p. 333. Por otra parte, la tendencia de la jurisprudencia española es a aceptar derechamente la guarda y custodia conjunta -cuando se solicita de esta forma- o a hacerla indirectamente estableciendo regímenes de visita tan amplios que en la práctica constituyen una verdadera guarda conjunta.

<sup>36</sup> Rivero Hernández, F., y López Burniol, J. J., ambos en **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1989, "Las Relaciones Paterno – Filiales (Título, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad, Guarda y Cuidados y Régimen de Visitas)" y "Concepto, Naturaleza y Contenido del Convenio Regulador de las Relaciones Conyugales, Paterno – Filiales y Patrimoniales", p. 96.



en atribuir la patria potestad parcial o totalmente o distribuir entre ellos sus funciones. Seisdedos Muño trata este tema en profundidad. A favor de que el convenio pueda regular los desacuerdos reiterados están en parte el referido autor y De Prada y en contra González Poveda<sup>37</sup>. El problema más complejo que se presenta en esta materia es la posibilidad que en el convenio regulador, los padres dejen la solución de los desacuerdos a un árbitro. Seisdedos Muño resuelve acertadamente este dilema. Al respecto la doctrina distingue si el convenio recae sobre meros desacuerdos o desacuerdos reiterados. En la primera situación, en la que el juez deja la decisión del desacuerdo a una de las partes, no existe inconveniente en que las propias partes dejen que un tercero dirima el conflicto. Pero, en el segundo supuesto, como las partes no pueden ejercer las facultades que la ley otorga al juez, sólo éste podrá resolver estos conflictos. De esta forma, habrá decisiones que definitivamente el árbitro no podrá adoptar. Desde otra perspectiva se debe analizar si el árbitro tendrá jurisdicción para conocer de estas materias. Así, el arbitro sólo puede determinar qué parte tiene la razón en cada caso concreto que se le someta a su consideración, pudiendo resolver cuantos conflictos se le presenten, aunque ellos se transformen en reiterados; es decir los podría resolver parcial y concretamente sin poder ejercer las facultades que la ley otorga al juez en los desacuerdos reiterados. Ello es perfectamente posible, ya que los supuestos de desacuerdos reiterados no regulan el incumplimiento de los deberes de la patria potestad, sino un ejercicio eficiente de ésta. Por ello, si las partes estiman que la forma de resolver estos problemas es recurrir a la decisión de un tercero, dicho acuerdo debe ser respetado. En definitiva la solución dependerá si se estima que las normas que regulan los desacuerdos son de *ius cogens* o no.

En cuanto a su ámbito de aplicación los convenios reguladores se diferencian entre sí, según si regulan la nulidad por una parte o al divorcio y la separación por la otra, –y ello es a pesar de estar regulados en unas mismas normas, como lo son los artículos 90, párrafo 2º y 91 del C.c español.-. De esta forma, J. J. López Burniol señala tres diferencias fundamentales respecto de estos convenios<sup>38</sup>. De acuerdo a L. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, la diferencia más relevante entre los convenios que recaen sobre la nulidad y los que recaen sobre la separación o el divorcio, es que el convenio regulador de la nulidad, no necesita cumplir con los mínimos exigidos para la

<sup>37</sup> Vid. Seisdedos Muño, A., **La Patria Potestad Dual**, Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1988, pp. 161 a 165.

<sup>38</sup> Dicho autor señala las siguientes diferencias: (i) por su naturaleza: el convenio regulador tiene el carácter de requisito procesal que no tiene el acuerdo que recae sobre la nulidad; (ii) por su contenido: el convenio regulador tiene un contenido mínimo del que carece el convenio que recae sobre la nulidad y (iii) por sus defectos: el convenio regula las consecuencias de la separación y el divorcio; en cambio el convenio regula los efectos de la nulidad. Vid. López Burniol, “Concepto, Naturaleza y Contenido del Convenio Regulador de las Relaciones Conyugales, Paterno – Filiales y Patrimoniales”, **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra S. A., Pamplona 1989, pp. 52 y 53.

separación y el divorcio, conforme a los artículos 81, 86 y 90 del C.c.<sup>39</sup>. Pero, también se señala una diferencia entre el convenio que regula los supuestos de separación de hecho de los artículos 156 del C.c., inciso final y 159 y los que se refieren a la separación judicial, divorcio o nulidad. Las referidas normas se refieren a una situación temporal, previa al divorcio, separación judicial o nulidad y por ello, se justifica la distinción. De esta manera, no es desacertada la redacción del artículo 159 del C.c., que parece limitar el convenio a la guarda y custodia del menor. Sin embargo comprendo que a aquellos, que ven a estos convenios como definitivos, les parezca que una limitación a la regulación de la guarda es excesiva<sup>40</sup>. Por otra parte si estos acuerdos son interpretados como temporales, se presenta el problema de determinar cuándo terminan. Dichos convenios por tener la calidad de negocios jurídicos temporales, se pueden ver afectados por cualquier proceso posterior de nulidad, separación, divorcio o cualquier otro. Pero, para su término requieren de una resolución judicial o un convenio definitivo, y podrán verse modificados, sin exigirse que se alteren sustancialmente las circunstancias que le dieron lugar. En consecuencia, por su carácter temporal no se les aplicará el artículo 90.3 ° del C.c..

El último aspecto a analizar son los límites de lo disponible o no disponible del convenio regulador. En dicho análisis debemos seguir el siguiente orden:

- a) Compatibilizar el principio de la autonomía de la voluntad con el *ius cogens* en el Derecho de Familia. La relación de estos principios contrapuestos no es otro que el dejar a la autonomía de la voluntad como principio general y limitar la aplicación del *ius cogens* a norma expresa. De esta forma, el Juez debe respetar la autonomía de la voluntad a pesar de las peculiaridades de este negocio jurídico<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Vid. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, L., “El Convenio Regulador y su Aprobación Judicial”, *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Número 8, 3ª Época, noviembre 1997, p. 70. La Reforma del 7 de julio de 1981 introduce una importante modificación respecto de la separación de hecho. Con anterioridad a dicha reforma, las partes no podían modificar las normas que regían la patria potestad por mutuo acuerdo. Ello se debía a que la separación de hecho no producía ningún cambio respecto del ejercicio de la patria potestad.

<sup>40</sup> M. Fuentes Noriega señala sus dudas sobre el alcance de la referida disposición. Vid. Fuentes Noriega, M., **La Patria Potestad Compartida en el Código Civil Español**, Editorial Montecorvo S. A., Madrid, 1986, p. 296. Aunque, no comparto la interpretación que se ha efectuado de los artículos 156, inciso final y 159 del C.c., estoy de acuerdo en que las referidas normas pueden aludir a otros aspectos del ejercicio de la patria potestad o a toda ella en su conjunto; pero siempre que dichas restricciones a la patria potestad de una parte estén sujetas a un límite temporal.

<sup>41</sup> Pero para algunos autores los límites no son sólo extrínsecos, sino también intrínsecos y el juez debe indagar las motivaciones que llevan al acuerdo. Así para J. Castro García las limitaciones a que está sujeto este convenio en el Derecho de Familia tienen un «ingrediente ético y de orden público que actúa no sólo en lo que significa delimitación para la autonomía privada, sino también en lo que atañe a la función, a la causa y a las motivaciones de la celebración del negocio”. Castro García, J., *La Intervención Judicial en la Aprobación, Modificación y Cesación del Convenio Regulador*, capítulo V denominado *La Intervención Judicial y del Ministerio Fiscal en el Convenio Regulador*, **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Line Grafics, 1989, p. 339.

- b) Los límites a la autonomía de la voluntad son los propios del Derecho de Familia presentando algunas particularidades en torno a los menores como las siguientes<sup>42</sup>: (i) Ningún padre puede renunciar a derechos que dada su naturaleza son irrenunciables, como la filiación, la patria potestad, etcétera. Tampoco podrán eludir los deberes que la patria potestad impone a los padres. Así un padre que no desea ver a sus hijos no puede renunciar a su facultad-deber de comunicación recíproco que existe entre ellos. Lo mismo ocurre respecto del deber de vigilancia y control, el padre que no posee la guarda no puede renunciar al deber de vigilancia y control. Ello es obvio, ya que no estamos frente a un derecho, sino frente a un “deber”. (ii) Tampoco se puede vaciar de contenido la patria potestad, así no podrá cargar una de las partes con todos los deberes y la otra con todas las facultades. (iii) Estos acuerdos no pueden violentar el interés superior del menor, que es el principio inspirador de todo el Derecho de Menores. A su vez, este principio explica la fragilidad de este tipo de negocios jurídicos. (iv) La doctrina ha discutido, si en el convenio regulador se puede tratar la privación de la patria potestad. La opinión contraria a ello parece ser la acertada, ya que no se pueden afectar derechos irrenunciables, como la titularidad de la patria potestad o la filiación. Por otra parte, en ningún caso las causales estipuladas pueden perjudicar al interés superior del menor. La razón de la negativa al establecimiento de causas que priven a uno de los progenitores de la patria potestad es que la naturaleza de derecho fundamental de la patria potestad se opone a semejantes cláusulas. Además no es posible afectar determinadas facultades derivadas de la patria potestad o de la filiación a través de causales de término del convenio. En contra de esta opinión para F. Rivero Hernández pueden establecerse causas de privación del régimen de visitas, cuando existen causas graves y suficientes. Pero también, como se propone en este trabajo, dicho autor rechaza el establecimiento de causales de privación o supresión definitiva de la patria potestad y se debe exigir sentencia judicial para la privación del régimen de visitas<sup>43</sup>. La solución a este problema puede radicar en que, en principio no se puede establecer criterio alguno que afecte a la titularidad de la patria potestad y a aquellas facultades que son irrenunciables por los padres. De esta forma, el régimen de visitas es un deber de los padres, pero tam-

---

<sup>42</sup> En cuanto a los límites del convenio regulador, éste tendrá un límite genérico en el *ius cogens*, pero ello no quiere decir que cualquier norma de Derecho de Familia o de Menores será un límite a dicho pacto, ya que no todas las normas que se refieren a estos derechos son tal. A su vez, también existen una serie de límites concretos como el no establecimiento de causas de exclusión de patria potestad, no se puede excluir exclusivamente la titularidad de la patria potestad y no se puede perjudicar al menor.

<sup>43</sup> Vid. Rivero Hernández, F., y López Burniol, J. J., ambos en **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1989, “Las Relaciones Paterno – Filiales (Título, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad, Guarda y Cuidados y Régimen de Visitas)” y “Concepto, Naturaleza y Contenido del Convenio Regulador de las Relaciones Conyugales, Paterno – Filiales y Patrimoniales”, p. 114.

bién es un deber del cual sólo pueden verse excluidos mediante una resolución judicial acorde a Derecho. Por otro lado, lo que sí se puede pactar son unas cláusulas de modificación de facultades y deberes, acorde con las situaciones que acontezcan. Por ejemplo, las partes podrán establecer que, si uno de los padres fuere despedido de su trabajo perderá la guarda exclusiva del menor y pasará a ejercer un régimen de visitas. Si las causas de modificación del convenio, conforme a un análisis del nuevo acuerdo, conducen a un convenio regulador que cumple con los límites señalados precedentemente; entonces, el juez deberá aprobar las modificaciones. Además, si ellas concurren en el futuro, deberá dictarse una resolución judicial acorde a ellas.

Aparte de los límites al convenio regulador, se debe determinar en qué casos se produce una violación al Derecho de Menores. Sin ánimo de hacer una enumeración taxativa, mencionaré algunos casos:

- a) El convenio regulador no puede contener causas de exclusión de la patria potestad. Este caso ha sido discutido por la doctrina, en el sentido de señalar que, en el convenio regulador, los padres no pueden atentar contra los artículos 154.1º y 156.1º del C.c. español<sup>44</sup>.
- b) Como consecuencia de lo señalado precedentemente es bastante discutible, si mediante el convenio se puede atribuir la totalidad del ejercicio de la patria potestad a uno de los padres. En todo caso, este acuerdo no podría eximir a los padres de los deberes que tienen con sus hijos por tratarse de normas de *ius cogens*. La mayoría de la doctrina está de acuerdo con la validez de estos acuerdos, pero alguna doctrina señala que no se puede otorgar la guarda a un padre y el resto del ejercicio de la patria potestad al otro. El fundamento a este rechazo es eminentemente práctico, en los tiempos en que la guarda se le concedía a la madre y la patria potestad al padre, se producían innumerables problemas en torno a su educación, autorizaciones que requería el menor, etcétera con relación al padre que no tenía la guarda. Así éste obstruía un adecuado ejercicio de la patria potestad. Por ello, se pensaba que no era positivo que estas funciones de la patria potestad se encontrasen separadas de la guarda. Incluso algunos autores sostenían que producida la separación, nulidad o divorcio de los padres automáticamente las restantes facultades que otorga la patria potestad debían ser concedidas al guardián. Pero esta posición en la actualidad es rechazada. Ello se debe a que el Derecho español, los incisos 2,

---

<sup>44</sup> En este sentido opinan Bercovitz y Sancho Rebullida. A pesar que estos autores no se refieren a esta limitación al convenio en los términos señalados, ella se desprende claramente de la negativa del primero a los convenios en que un cónyuge deba ejercer la patria potestad con el consentimiento del otro, y del segundo al no aceptar un consentimiento general e indefinido de uno de los padres para que el otro ejerza la patria potestad.

3 y 5 del artículo 156 del C.c. permiten expresamente, tanto al juez, como a los padres atribuir parcialmente la patria potestad. Y ello lleva aparejada necesariamente como consecuencia la separación de la guarda de otras facultades, salvo que se entienda que ella debe ejercerse de forma compartida.

- c) El convenio no podrá ser perjudicial para el menor -dañoso para los hijos en palabras de la ley,- ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges de acuerdo con el artículo 90.2º del C.c.

En resumen, el convenio regulador no vincula a las partes, en lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, en la mediada que atente contra el interés superior del hijo<sup>45</sup>.

L. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga llama la atención sobre un aspecto interesante, como lo es la contradicción entre el convenio regulador y la prohibición del artículo

---

<sup>45</sup> De esta manera lo entiende la doctrina y la jurisprudencia. En apoyo de esta posición puedo citar la siguiente jurisprudencia: (i) Tal vez una de las sentencias más importantes en esta materia es la de la antigua Sala 1ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, de fecha 24 de febrero de 1988. En dicha sentencia, no se acepta la fuerza vinculante de lo pactado extrajudicialmente por los padres. La sentencia reconoce la existencia de la tendencia a reconocer fuerza vinculante a dichos pactos, pero limitados al campo patrimonial. Los cuales además, deben ser aprobados judicialmente. La sentencia también señala que, de acuerdo al artículo 90 del C.c., deben rechazarse los pactos que sean “dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. El referido fallo se inclina por la revocación de la sentencia de primera instancia, que se basó en la obligatoriedad del fallo y prefiere la opinión del menor, que tenían quince años y se inclina por la apelante. (ii) La sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 8 de octubre de 1991 resolvió que un convenio suscrito por los ex cónyuges no forma parte del *ius dispositivum*, sino del *ius cogens*. El referido convenio entregaba la guarda del menor al padre, que sin embargo podía pasar a la madre, si el menor lo estimaba de esta manera. La madre demanda la modificación de la guarda y el menor señala que “le gustaría ir a vivir con su madre uno o dos años, pero ver a su padre frecuentemente”. En definitiva, se rechazó la solicitud de la madre teniendo en cuenta el interés superior del menor -la decisión se basó en que el hijo llevaba viviendo seis años con su padre, que sentía culpa al optar por uno de ellos, que el padre le daba mucha importancia a la vida en familia y que el cambio afectaría fuertemente al menor-. En igual sentido falló la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de julio de 1992, que modificó un convenio regulador, en razón del interés del menor y después de oírlo. (iii) Otra sentencia similar a la anterior es la de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de marzo de 1993 que modifica el convenio regulador suscrito entre los ex cónyuges. El convenio establecía que la hija menor de diecisiete meses de edad pasaría todos los fines de semana con su padre. Transcurrido los años, al llegar la hija a la edad de siete años, la madre solicitó la modificación del régimen de visitas, para que sea alternio entre los padres. La demanda de la madre se justifica, en que la hija sólo está con ella el tiempo en que debe cumplir los deberes escolares y que todo el tiempo de ocio y diversión, está con su padre. En definitiva el Tribunal estima el recurso de apelación de la madre y resuelve modificar la cláusula primera del convenio regulador, en el sentido de fijar el régimen de visitas del padre los fines de semana y en forma alternativa. En principio dicha sentencia parece ser justa, pero dado el interés del menor, veremos que ello no es así. Es verdad que está de acuerdo con el interés del menor que las visitas sean alternativas los fines de semana, ya que ello en definitiva lo beneficia al permitir una relación adecuada con su madre y no circunscribirla sólo a los días de colegio. Sin embargo, la modificación de la situación del menor es substancial, en el sentido que si el hijo veía a su padre cada dos días a la semana; después de la sentencia sólo lo verá cada catorce días. Entonces, se perjudica la relación entre el padre y el hijo, lo que es absolutamente incompatible con el interés superior del menor. El hecho que exista una norma amplia como la del interés superior, no autoriza al Tribunal a tomar cualquier decisión. En realidad el Tribunal debió acoger parcialmente a la demanda

1.814 del C.c.<sup>46</sup>. De acuerdo al referido autor, la contradicción es evidente, ya que el convenio regulador precisamente regula el tránsito desde el estado civil de casado al de soltero<sup>47</sup>. Sin embargo, dicho artículo en ningún caso constituiría un límite al convenio regulador. Lo que es relevante en éste, como con cualquier negocio jurídico, es que la voluntad de los contratantes-progenitores debe ser respetada. Los límites señalados anteriormente deben aplicarse en forma restrictiva, fundada y sólo si los hechos que llevan al rechazo del convenio son debidamente acreditados. El Juez no puede tan sólo invocar el interés superior del menor para no respetar la voluntad de los padres, ni siquiera la voluntad del hijo es concluyente en esta materia. Ello se debe a que los padres son los que están en mejor condición para evaluar su condición actual y determinar, cómo ejercerán sus deberes y facultades.

## 2.6. Modificación del convenio regulador

Respecto del convenio regulador no cabe duda la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. De esta forma, si varían las condiciones en virtud de las cuales se celebra el referido convenio, los padres no sólo tienen el derecho de solicitar la modificación del acuerdo, sino que tienen el deber de hacerlo. Ello sobre todo si el menor puede sufrir cualquier perjuicio. Así, el artículo 90.3 ° del C.c. señala que “las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio *cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*”<sup>48</sup>.

---

materna; accediendo a fijar las visitas alternativas en los fines de semana. Pero como, dicha solución no puede perjudicar las relaciones paterno – filiales, como por lo demás lo regularon las partes, debió otorgar al padre la guarda y custodia del menor en dos días a la semana todos los fines de semana que no le correspondía la guarda. Como he señalado, el Tribunal no puede so pretexto de aducir el interés del menor, perjudicarlo y como el Tribunal tiene las facultades suficientes para modificar el convenio regulador, no puede establecer en la modificación una situación perjudicial hacia el hijo.

<sup>46</sup> Dicho artículo prohíbe la transacción sobre el estado civil. Pero, aunque en un principio la jurisprudencia rechazó la posibilidad de regular los alimentos mediante transacción entre los cónyuges separados de hecho por atentar contra el artículo 1814 del C.c., desde una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de agosto de 1969 dicha posibilidad se acepta. En igual sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 25 de junio de 1987. La posición del referido tribunal se basaría en la dictación de la Ley 30/1981 de 7 de julio que reformó los artículos 81, nº1 y 90 del C.c.. Dicha modificación admitió que los convenios reguladores regulen la separación y permitió a los padres regular tanto los aspectos patrimoniales –y los alimentos son netamente patrimoniales–, como los personales de la separación. La última sentencia en acoger la posición contraria fue la del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 1957.

<sup>47</sup> Vid. Zarraluqui Sánchez – Eznarriaga, L., “El Convenio Regulador y su Aprobación Judicial”, *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Número 8, 3ª Época, noviembre 1997, pp. 66 y 67.

<sup>48</sup> Este inciso tiene su precedente en el artículo 18 de la Ley de 2 de marzo de 1932, que señalaba lo siguiente: «El régimen establecido podrá ser modificado en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos». También el Código de Familia de Cataluña, en su artículo 8.1º acepta la modificación del convenio regulador en atención a circunstancias sobrevenidas, mediante resolución judicial posterior. A su vez, de acuerdo al artículo 8.2º del Código de Familia de Cataluña, el convenio puede prever anticipadamente las modificaciones pertinentes.

Alguna jurisprudencia ha señalado que las modificaciones al convenio regulador deben cumplir las siguientes condiciones: (i) Han de regular hechos nuevos. Dichos hechos no comprenden aquellos existentes, pero ignorados o de los que se tenía un conocimiento erróneo; ya que en dicho caso se debe impugnar la validez del convenio de acuerdo por error (ver sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 21 de octubre de 1986 y de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de fecha 11 de junio de 1987). (ii) Los hechos no deben ser necesariamente insólitos, extraordinarios o imposibles. (iii) Los hechos han de ser de una entidad suficiente, como para que de ellos se derive un grave perjuicio para alguno de los interesados, con relación con la situación de equilibrio a la fecha de la celebración del convenio. (iv) No debe tratarse de circunstancias que las partes tuvieron en cuenta o razonablemente pudieron contemplar para emitir su consentimiento. (v) El cumplimiento de las nuevas cargas no puede perjudicar a las anteriores y las partes han de estar de buena fe. (vi) En cuanto a la rebaja de las cargas deben analizarse los elementos que influyen de igual forma, pero en sentido inverso, como por ejemplo las necesidades del beneficiario de alimentos<sup>49</sup>.

Este cúmulo de requisitos que exige la jurisprudencia española al convenio regulador pone en tela de juicio su calidad de negocio jurídico asimilándolo más bien a un acto administrativo o resolución de autoridad. En este sentido se aprecia cierto distanciamiento entre la doctrina española –proclive a otorgarle una mayor importancia a la autonomía de la voluntad en el convenio regulador- y la jurisprudencia que mediante la exigencia de muchos requisitos impide la homologación de dicho convenio y restringe dicha autonomía.

En cuanto a las solicitudes de modificación del convenio regulador, éstas sólo se acogen si se acredita el interés del menor en dicho cambio. Si las circunstancias por las que se acordó el acuerdo no han variado, el tribunal mantendrá el convenio. Así se desprende de una sentencia de la Sala 1ª de la Audiencia de Barcelona, de 30 de abril de 1984, por la que se atribuye la guarda y custodia de la hija al padre. Dicha sentencia decidió rechazar la solicitud de guarda y custodia de la madre, en virtud que las partes habían decidido en el convenio regulador que el menor quedara en poder del padre. Pero la razón de la desestimación de la demanda se debió a falta de pruebas, por parte de la solicitante, que acrediten que ello era conveniente para la menor<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 15 de mayo de 1995 (n.º 121/1994).

<sup>50</sup> También me parece interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 28 de abril de 1998 (n.º 291/1998) que no consideró que se altere substancialmente las circunstancias que llevaron a la celebración del convenio por el hecho que la madre cambió de domicilio a Antequera. Sin embargo, el convenio estableció que el padre pudiera visitar al hijo y estar con él, siempre y cuando no entorpezca su horario escolar y el régimen de visitas sea en el lugar en que la madre tenga su residencia y domicilio, debiendo el menor en todo caso pernoctar en casa

De acuerdo al artículo 78 del Código de Familia de Cataluña el convenio regulador debe ser aprobado judicialmente, salvo en aquello que sea perjudicial para los hijos. En tal caso, el juez debe indicar los puntos que deben ser objeto de modificación y fijar su plazo para ello. De acuerdo a la referida norma, si las partes no llevan a cabo la modificación ordenada mediante resolución judicial o si ésta no puede ser aprobada por los mismos motivos, que llevaron a solicitar la modificación, el Juez debe resolver. También el Código de Familia de Cataluña, en su artículo 8.1º, acepta la modificación del convenio regulador en atención a circunstancias sobrevenidas, mediante resolución judicial posterior. A su vez, de acuerdo al artículo 8.2º del Código de Familia de Cataluña, el convenio puede prever anticipadamente las modificaciones pertinentes.

## 2.7. Efectos del convenio regulador

En cuanto a los efectos del convenio regulador homologado se debe distinguir entre: (a) Efectos respecto de las partes y los hijos. (b) Efectos respecto de los terceros.

En cuanto a los efectos extrapatrimoniales, la mayoría de la doctrina acepta que en el convenio puedan regularse el régimen de visitas de parientes o allegados. Pero, aunque ello sea de esta forma, el verdadero *quid* del asunto es determinar si dicho convenio afecta o no a los terceros. Por ejemplo, si las partes acuerdan que los abuelos del padre que carece de la guarda, tendrán un régimen de visita de siete horas al mes, ¿este acuerdo obliga a dichos abuelos?. Aparentemente la respuesta es fácil, ya que el convenio regulador sólo vincula a las partes; pero si se considera que su fuerza vinculante emana de autorización judicial, entonces el análisis es diferente, ya que en materia de Derecho de Familia las sentencias producen por regla general efecto *erga omnes*<sup>51</sup>. Por otro lado, se puede considerar que las sentencias en Derecho de Familia no siempre generan efectos *erga omnes* y que en este caso, sólo generarían efectos relativos. Pero el adoptar una posición u otra no es indiferente como se aprecia de las siguientes hipótesis: los abuelos pueden aprovecharse del régimen de visitas en lo que les beneficia, pero si optan por solicitar su ampliación, el proceso será distinto si se adopta la primera

---

de la madre. La sentencia sólo basó el rechazo de la demanda de un nuevo régimen de visitas, dado la variación del domicilio de la madre, en la falta de certeza de la enervación del régimen de visitas respecto de la madre y en el interés del menor. Además la sentencia encuentra paradójico el interés del padre de tener consigo a su hijo con la solicitud de rebaja de alimentos solicitada por éste (el padre funda su pretensión en el nuevo matrimonio contraído por éste y en el nacimiento de nuevos hijos).

<sup>51</sup> F. Rivero Hernández parece ser de la opinión que el convenio vincula a los terceros. *Vid.* Rivero Hernández, F., y López Burniol, J. J., ambos en **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1989, “Las Relaciones Paterno – Filiales (Título, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad, Guarda y Cuidados y Régimen de Visitas)” y “Concepto, Naturaleza y Contenido del Convenio Regulador de las Relaciones Conyugales, Paterno – Filiales y Patrimoniales”, p. 109.



o la segunda posición. De acuerdo a la primera posición, ellos deberán probar que las circunstancias han variado y acreditar nuevos antecedentes que hagan plausible el aumento. En cambio, si se considera que el convenio regulador homologado produce efectos relativos, aquél no los vincula en lo absoluto y la ampliación del régimen de visitas será solicitado como una simple demanda de régimen de visitas que no tomará para nada en cuenta lo obrado en el convenio regulador de la nulidad, separación o divorcio.

## 2.8. Garantías de cumplimiento del convenio regulador

El artículo 90 del C.c. en su inciso final señala lo siguiente: “El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”. Esta disposición plantea varias interrogantes. Si el juez puede imponer garantías de esta forma, ¿dónde quedaría el más elemental de los derechos del individuo frente al Estado?. Una norma de esta ambigüedad merece meditarse un poco más para determinar si es posible afectar los bienes de una persona por el sólo hecho de celebrar un convenio regulador. Estas consideraciones iniciales llevan a limitar las facultades del juez en el establecimiento de estas garantías en los siguientes aspectos: (a) En la mayoría de los casos de garantías o fianzas judiciales estamos frente a medida precautorias que precaven el cumplimiento de un derecho o de una obligación. Pero las referidas medidas se justifican, sólo si existe algún indicio de incumplimiento. (b) Existe una gran indeterminación en las medidas que puede decretar el juez, ya que ellas van desde garantías reales a personales. En este sentido, ¿puede el juez representar legalmente a uno de los padres y establecer una fianza en garantía del cumplimiento, por ejemplo del régimen de visitas para ambos padres y fijar incluso el monto del incumplimiento?. El juez puede hacerlo, pero debe regular específicamente del incumplimiento de que se trate y el monto de la sanción, sin que ello evite la adopción de otras medidas. Ello se debe a que la prestación debe de ser determinada.

Para F. Rivero Hernández esta facultad del Juez no alcanza a la cláusula penal, ya que en ésta el acreedor tiene la opción de elegir entre el cumplimiento de la obligación o la pena. En tal sentido la adopción de la pena en lugar del cumplimiento sería inmoral –en nuestra terminología atentaría contra la moral, el orden público y las buenas costumbres- y afectaría los intereses del menor<sup>52</sup>. También se debe estudiar, si se pueden pactar extrajudicialmente garantías de cumplimiento de las obligaciones, al margen

---

<sup>52</sup> Vid. Rivero Hernández, F., y López Burniol, J. J., ambos en **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1989, “Las Relaciones Paterno – Filiales (Título, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad, Guarda y Cuidados y Régimen de Visitas)” y “Concepto, Naturaleza y Contenido del Convenio Regulador de las Relaciones Conyugales, Paterno – Filiales y Patrimoniales”, p. 111. Pero por otro lado, la pena puede ser un incentivo a cumplir con el régimen de visitas, sobre todo para el padre que lo enerva.

del convenio. Dichas cláusulas o convenios accesorios son válidos, pero no es del todo claro si su invalidez podrá afectar al convenio regulador<sup>53</sup>. Pero, en principio serán accesorios al convenio regulador. De esta forma, las ineficacias que pudieren alcanzarle no afectarán al convenio regulador, salvo que dicho convenio sea el motivo principal de la celebración del convenio regulador o se pueda aplicar alguna normativa específica que le afecte.

## 2.9. La prórroga de la patria potestad y el convenio regulador<sup>54</sup>

En lo que se refiere al incapacitado respecto del cual se haya prorrogado la patria potestad, o en su caso rehabilitado la patria potestad, conforme al artículo 171 del C.c., se presenta el problema de determinar, si la recuperación de la capacidad por sí sola produce la extinción de la patria potestad y consecuentemente, del convenio. F. Alamillo Canillas entiende que ella debe producirse a través de un procedimiento, de esta forma el convenio no se extingue respecto del incapacitado hasta que se obtenga la declaración judicial de reintegración de capacidad<sup>55</sup>.

## 2.10 Cesación del convenio regulador

El convenio regulador puede cesar por las siguientes causas:

a) Reconciliación de los cónyuges.

La reconciliación de los cónyuges, tanto en la separación, regulada en el artículo 84 del Código civil, como antes de la sentencia de divorcio, conforme al artículo 88 del Código civil, dejan sin efecto todo lo acordado<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Conforme a J. M. Martínez – Pardo no existe duda que estos pactos son perfectamente posibles, y agrega: «Podrá también ser introducidas por el juez al convenio, como se desprende de los artículos siguientes 90, 91, 93, 97, 99 y 102». Op. cit. Martínez Pardo, Jesús, «Las Facultades del Juez en Orden a Garantizar el Efectivo Cumplimiento de las Estipulaciones Contenidas en el Convenio Regulador», Capítulo V: La Intervención Judicial y del Ministerio Fiscal en el Convenio Regulador, **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Line Grafics, 1989, pp 435 y 436.

<sup>54</sup> La prórroga de la patria potestad no tiene precedentes en el Derecho Histórico español España, y tiene como origen la *minorité prolongée* reconocida por el artículo 487 y siguientes del Código civil belga. Las Leyes n° 11 / 1981 de 13 de mayo y n° 13/1984 de 24 de octubre, agregan esta figura en el reformado artículo 171 del C.c. español. Dicha figura consiste en que la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, subsistirá por el ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayoría de edad.

<sup>55</sup> Vid. Alamillo Canillas, Fernando, «La Intervención del Ministerio Fiscal en la Aprobación, Modificación y Cesación del Convenio Regulador», capítulo V: La Intervención Judicial y del Ministerio Fiscal en el Convenio Regulador, **Convenios Reguladores de las Crisis Matrimoniales**, Instituto de Ciencias para la Familia, Line Grafics, 1989, p. 391.

<sup>56</sup> El *onus probandi* sobre la reconciliación recae en el cónyuge que la alegue y puede ser probada por cualquier medio de prueba o por ratificación judicial, en el caso de producirse en la tramitación del expediente de divorcio.

F. Alamillo Canillas señala que el término del convenio regulador es automático, pero en caso que la causal de separación afecte a los hijos, la reconciliación deberá ponerse en conocimiento del juez que velará por el menor, pudiendo mantener o modificar el convenio regulador. A este respecto no cabe duda que el mantenimiento del convenio regulador requiere de resolución judicial.

La reconciliación en el divorcio puede producirse en los siguientes momentos: (i) Antes de la sentencia que declara el divorcio. No puede haber convenio regulador, ya que éste se debe aprobar por la sentencia de divorcio. Pero, cuando la reconciliación se produzca después de la demanda de divorcio debe ser expresa. (ii) Después de la sentencia, según F. Alamillo Canillas, la reconciliación no puede afectar al divorcio, ya que el vínculo matrimonial está disuelto; sin embargo puede afectar al convenio regulador.

- b) Por muerte de uno de ellos.
- c) Por declaración de nulidad del matrimonio o del convenio.
- d) Por resolución judicial que lo modifica o lo extingue.

El juez puede decretar de oficio la falta de eficacia del acto por la existencia de algún vicio del consentimiento.

### **2.11. Sanción al convenio *contra legem***

Otro aspecto a estudiar es lo que ocurre, si el convenio es aprobado judicialmente, obviando un defecto de nulidad. En dicho caso ¿se convalidan los vicios de que adolece el negocio jurídico?. Como se ha adelantado, y de acuerdo a Rivero H., en ningún caso ello es posible. La nulidad producirá sus efectos de pleno derecho o será anulable como ocurre en el Derecho chileno.

### **2.12. Algunas conclusiones**

La importancia que ha adquirido el convenio judicial, como un verdadero equivalente jurisdiccional es evidente. De esta forma, las legislaciones modernamente prefieren que los padres resuelvan los aspectos más delicados de su separación, divorcio o nulidad, e incluso se le concede cierta eficacia a los convenios matrimoniales no homologados. Pero, no sólo el consentimiento de los padres adquiere relevancia, sino que cada vez va tomando mayor importancia el oír al menor o aún más, el obtener su consentimiento. Así, el *Codi* catalán señala que la autorización judicial, en caso de

actos que pongan en peligro el patrimonio del representado, puede ser reemplazada por una autorización de éste, si tiene al menos dieciséis años o por los parientes más próximos, en conformidad al artículo 153.2° de dicho cuerpo normativo. En definitiva, los ordenamientos jurídicos actuales se ven en la necesidad urgente de regular los casos de conflicto entre el ejercicio progresivo de los derechos del menor y el principio de la protección del menor. Ahora bien, es verdad que los padres son los que están en mejor condición para regular los efectos de la patria potestad o autoridad parental; pero sería pecar de un excesivo grado de ingenuidad pretender que en estos acuerdos los padres no traten de hacerse daño u obtener el mayor beneficio posible. Sin embargo, tampoco se puede dejar de reconocer que la aceptación del divorcio unilateral y el establecimiento de unas causales más liberales de divorcio, ayudan a evitar que el padre que desea el divorcio, se vea obligado a soportar todas las desventajas del convenio regulador y la contraparte todo el beneficio. A su vez, los artículos 90.2° y 90.3° del C.c. español, otorgan facultades suficientes al juez para evitar esta situación. Pero, aunque el convenio regulador efectúe una asignación desproporcionada de las facultades de la patria potestad y dicha distribución no esté justificada, debe ser respetada, salvo que afecte la titularidad de la patria potestad. En todo caso, el convenio regulador puede ser rechazado, respecto del ejercicio de la patria potestad si existen motivos acreditados que dicho acuerdo es contrario al interés del menor. El juez más que controlar dicha desproporción debe fijarse en que las partes no dispongan de derechos irrenunciables. Así, el juez debe evitar la renuncia al régimen de visitas o establecer un régimen de visitas que no resarcirá al menor de la falta de uno de sus padres en el hogar, velar por el ejercicio de la guarda del otro padre, rechazar el establecimiento de causas de exclusión de la patria potestad, etcétera. Por otra parte la extensión del ámbito de aplicación de esta figura es creciente y obedece al principio de intervención mínima del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, la autonomía de la voluntad sigue teniendo importantes limitaciones, que afectan la eficacia del convenio regulador. Además, se pueden afectar los efectos normales del acto conforme al principio del interés superior del menor. Tal vez, uno de los puntos más discutidos, a lo menos en la doctrina española, es si el convenio regulador excluye la aplicación del artículo 103 del C.c. —dicha norma establece las medidas que puede adoptar el Juez una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio—<sup>57</sup>. La doctrina que excluye tal posibilidad se desprende del primer inciso de la referida norma que señala “a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente”, es decir estas medidas sólo son aplicables a falta de convenio

---

<sup>57</sup> A favor de la exclusión están Castro García y López Alarcón, para los cuales una de las finalidades de dicho convenio es excluir la adopción de medidas provisionales, como las señaladas en las reglas primera a quinta del artículo 103 del Código civil, que serían sustituida por el convenio.

regulador. También la ubicación de este artículo dentro de las medias provisionales es un argumento de peso a favor de la exclusión de la aplicación del artículo 103 del C.c. en los casos que exista convenio, ya que al ser el convenio regulador definitivo excluiría la aplicación de dicha norma<sup>58</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia española rechaza esta interpretación por estimarla contraria a los artículos 81.1º y 83 párrafo final y disposición adicional sexta del Código civil.

En el Derecho español esta importante tendencia a reconocer la importancia de la resolución de los problemas a través de estos pactos se ha topado con alguna jurisprudencia que ha establecido una serie de requisitos inexistentes que dificultan esta clase de pactos.

El derecho del menor a ser oído subsiste a pesar que los padres lleguen a algún acuerdo sobre el ejercicio del contenido de la patria potestad. Así se desprende de los artículos 92.2º y 154.3º del C.c. y del 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y especialmente del artículo 9 de la Ley sobre Protección Jurídica del Menor. El convenio regulador puede decidir en cuanto a la guarda y custodia de los menores y al ejercicio de la patria potestad, pero en caso que sea necesario interpretar la voluntad de las partes se debe recurrir al principio del interés del menor, como lo dispone el artículo 3.2º de la Ley sobre Protección Jurídica del Menor. De esta forma se preferirá aquella interpretación que de una mejor forma proteja los intereses del menor. A su vez, en España la regla general es el ejercicio conjunto de la patria potestad. En virtud de ello, no siempre será necesario interpretar, ya que si estamos ante un vacío en la regulación de las partes se debe recurrir a dicha regla general<sup>59</sup>.

La forma en que suele modificarse judicialmente el convenio es criticable, ya que parte sobre el supuesto que la sentencia que lo homologa le otorga una calidad similar a ésta. En este sentido el artículo 90.3º señala: “Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio *cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*”. La última parte de la norma transcrita entiende que la modificación del convenio regulador sólo procede *cuando se alteren sustancialmente las circuns-*

---

<sup>58</sup> El artículo 103 del C.c. español está ubicado en el capítulo X denominado “De las Medidas Provisionales por Demanda de Nulidad, Separación y Divorcio”.

<sup>59</sup> En este sentido la regulación española es muy superior a la chilena que discrimina respecto de los padres. En el caso de estar juntos los padres, la patria potestad le corresponde al padre (artículo 244.2º del C.c.), pero de estar separados le corresponde a la madre (artículos 225.1º y 245.1º del C.c.). Así por ejemplo si se excluyó a un padre del ejercicio de la patria potestad en cuanto a la educación del menor, pero no se señaló nada más, entonces debe entenderse que el ejercicio de los otros deberes y facultades se ejerce en forma conjunta.

*tancias*, pero ello es más que discutible porque el convenio regulador es un negocio jurídico que admite modificación por la sola voluntad de las partes previa homologación –que no se debe entender como una revisión o restricción de contenido salvo que exista algún límite legal expreso-. Por otro lado, la sentencia debería respetar la voluntad de los padres –contenida esta vez en la modificación del convenio regulador-, ya que, como se ha señalado, los padres son los que están en la mejor posición para regular esta materia.

### **3. EL CONVENIO REGULADOR EN EL PROYECTO DE LEY DE MATRIMONIO CIVIL CHILENO**

#### **Introducción**

Los cónyuges a través del convenio regulador, a lo menos en el Derecho comparado, pueden regular directamente el divorcio desvincular. Si bien en Chile no existe el divorcio desvincular, el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil aprobado en la Cámara de Diputados y en actual discusión en el Senado, sí lo considera. Dicho Proyecto ha sido objeto de tres Indicaciones en su tramitación todavía pendiente en el Senado<sup>60</sup>, pero sólo me centraré en la Indicación del Ejecutivo, ya que el convenio regulador en las Indicaciones presentadas por algunos senadores no obedece a la evolución que se observa en el Derecho comparado en esta materia.

#### **3.1. Ámbito de aplicación del convenio regulador**

En el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados se seguía la tendencia del Derecho comparado de permitir que las partes regulasen en el convenio regulador la separación, el divorcio o la nulidad, pero la Indicación del Ejecutivo lo limitó a la separación provisional. Así el convenio en el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados se regulaba en el capítulo VI: –que conforme a la Indicación del Ejecutivo pasó a ser el V- que se denominó: “De las Reglas Comunes a la Nulidad, la Separación y el Divorcio”. En cambio la Indicación del Ejecutivo regula el convenio en el capítulo V que se denomina: “De los Acuerdos de las Partes Relativos al Derecho de Alimentos, Cuidado Personal y de Relación Directa y Personal de los Padres con los Hijos”. A igual conclusión se llega mediante la proposición de modificación del artículo 59.1° del Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados por la Indicación del Ejecutivo en virtud de la cual se propone reemplazar la expresión “ruptura” por “separación”. En

---

<sup>60</sup> Las tres Indicaciones son de los senadores Zaldívar y Hamilton; Chadwick, Diez y Romero y del propio Ejecutivo. La Indicación de los senadores Chadwick, Diez y Romero establecen una especie de convenio que regula la separación, en el artículo 78 de su Indicación.

igual sentido la propuesta de enmienda de la Indicación del Ejecutivo al artículo 59.1º -que pasaría a ser el artículo 57.1º- propone reemplazar la frase: “para después que la nulidad se declare o el divorcio o la separación, en su caso, se decreten” –se refiere a los aspectos que regularía el convenio- por “cuando el acuerdo a que se refieren los artículos anteriores sea completo y suficiente, en los términos que a continuación se señalan, dará lugar a la declaración judicial inmediata *de separación provisoria de los cónyuges*”<sup>61</sup>. De ello se desprende que la Indicación del Ejecutivo restringe el convenio regulador a la separación provisoria y no existe la posibilidad que el convenio ni siquiera regule la nulidad, y menos el divorcio. También es del caso aclarar que el Proyecto en tramitación no contempla la posibilidad del divorcio bilateral, ya que sólo permite el divorcio culpable –que se declara judicialmente por la concurrencia de causales taxativamente establecidas- y el divorcio unilateral –por cese de la vida en común-.

### 3.2. El convenio regulador es un acto jurídico solemne

De acuerdo a la Indicación del Ejecutivo se intercala un artículo 58 al Proyecto que señala que el acuerdo deberá constar por escrito en alguno de los siguientes instrumentos: (a) escritura pública; (b) acta suscrita ante Oficial del Registro Civil o (c) acta de mediación a la que se refiere el artículo 82.

### 3.3. El convenio regulador debe ser homologado por resolución judicial

El Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados exige la homologación del convenio regulador para lo que exige que cumpla con tres condiciones:

- a) El acuerdo –conforme al artículo 59.1º- debe ser *completo*, y lo será “cuando regula el cuidado personal de los hijos comunes, la relación directa y personal de los padres con los mismos y las obligaciones alimentarias entre los cónyuges y respecto de dichos hijos”<sup>62</sup>.
- b) El convenio –conforme al artículo 59.2º- debe ser *suficiente*, y lo es si se refiere “a cada una de las materias antes señaladas, resguarda adecuadamente el interés

---

<sup>61</sup> De esta forma la Indicación no se refiere a la posibilidad de mantener el convenio regulador que regula la separación cuando el Juez declara el divorcio. En cambio, conforme al artículo 63 del Proyecto de Ley de Matrimonio Civil aprobado por la Cámara de Diputados, en la evaluación del convenio el Juez deberá considerar el grado de cumplimiento y respeto que entre los cónyuges suscitó el acuerdo o la resolución que reguló su vida separada.

<sup>62</sup> En la Indicación del Ejecutivo los incisos 1º y 2º del artículo 59 pasan a regularse en los términos señalados precedentemente en los incisos 2º y 3º del artículo 59.

de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges que se separan”<sup>63</sup>.

- c) El convenio debe ser –conforme al artículo 59.4º de la Indicación del Ejecutivo- equitativo para lo cual “*deberá* considerarse especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que se encuentre el cónyuge en que ha recaído el cuidado de los hijos y del hogar común”<sup>64</sup>. Es importante destacar que el carácter equitativo del convenio se diferencia de las condiciones anteriores, en que el Juez si bien puede rechazar un convenio por no cumplir con dicho carácter de equitativo no podrá ser resuelto de oficio por el juez en los términos del artículo 61.2º del Proyecto. Dicha disposición sólo permite actuar al Juez de Oficio en los casos en que el convenio fuere incompleto o insuficiente<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> En los casos que el convenio fuere insuficiente o incompleto se aplica el artículo 61 de la Indicación del Ejecutivo.

Artículo 61.- Si el acuerdo no fuere completo o suficiente, el juez deberá pronunciarse de oficio respecto a las materias omitidas, procediendo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 bis de la ley N° 16.618, con las siguientes excepciones:

- a) De la resolución que declare la omisión se dará traslado a ambas partes;
- b) Si la ratificación hubiere sido solicitada por uno de los cónyuges, el traslado se notificará a la otra parte de acuerdo a las reglas generales. En caso contrario, se notificará a ambas partes por el estado diario;
- c) La prueba será apreciada conforme a las reglas de la sana crítica. En el caso previsto en el artículo 42 de esta ley, se aplicarán las siguientes reglas:
  - a) No tendrá lugar lo previsto en las letras a), b) y en los incisos primero y segundo de la letra c), del artículo 48 bis de la Ley N° 16.618;
  - b) Presentada la demanda, se citará de inmediato a las partes a una audiencia de conciliación y prueba, que tendrá por objeto constatar la separación y regular las materias a que se refiere el número 1º del artículo 44 cuando hubiere hijos menores del matrimonio;
  - c) La audiencia se llevará a efecto en el término establecido en el inciso segundo, de la letra c), del artículo 48 de la Ley de Menores;
  - d) Se informará a las partes de la facultad de recurrir voluntariamente a la mediación;
  - e) La prueba será apreciada conforme a las reglas de la sana crítica.

La sentencia, en su caso, deberá incluir la ratificación del instrumento respectivo, la resolución de las materias omitidas y la declaración de separación judicial provisoria, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 42 o 43, según corresponda”.

<sup>64</sup> En cambio el artículo 59.3º del Proyecto aprobado en la Cámara de Diputados señala que “para determinar el carácter equitativo de dichas relaciones, el juez deberá considerar especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que se encuentre el cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y del hogar común. Sólo podrá considerarse como suficiente el acuerdo que compense estas desventajas”.

<sup>65</sup> Artículo 61.2º del Proyecto Aprobado por la Cámara de Diputados: “De no haber acuerdo el juez derivará a las partes a un proceso de mediación o **resolverá lo que, siendo suficiente y completo** y siendo compatible con el mérito del proceso, más se adecue a la solución a que, atendidas sus respectivas expectativas, las partes habrían espontáneamente arribado”. En tal sentido parece razonable entender que la condición de equidad se considere como parte de la suficiencia del convenio y de esta forma entender que el juez puede entrar a regular esta materia. De acuerdo a la redacción del Proyecto la condición de equidad **deberá** ser abordada por el convenio si proceden las circunstancias que la disposición exige, pero el juez no podrá regular directamente esta materia, ya que uno de los principios del Derecho de Familia es la intervención mínima del Estado. Por otro lado el tenor literal del artículo transcrito precedentemente no autoriza a ello.



En caso de ser el convenio completo y suficiente se procederá de inmediato a la declaración de la separación provisoria de los cónyuges (artículo 59.1º de la Indicación del Ejecutivo). Pero en caso de haber menores, el Juez con competencia en estas materias deberá efectuar la declaración precedente, conforme al artículo 61 de la Indicación del Ejecutivo –artículo 60 del Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados–.

La resolución de homologación deberá cuidarse que el convenio deba cumplir con cada uno de estos requisitos.

La extensión del convenio regulador no se restringe a las materias señaladas en los incisos 1º y 2º del Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados –incisos 2º y 3º de las Indicaciones del Ejecutivo–, sino que podrá comprender, conforme al artículo 57.1º de las Indicaciones del Ejecutivo las siguientes materias:

- i) Todas las materias vinculadas al régimen patrimonial de bienes del matrimonio.
- ii) La regulación de bienes familiares.
- iii) El derecho de alimentos entre los cónyuges y respecto de los hijos.
- iv) El cuidado personal de los hijos.
- v) El régimen que detentarán las relaciones directas entre hijos y progenitores.

En todo caso y como lo señala el artículo 58 propuesto por la Indicación del Ejecutivo en caso que el convenio afecte a menores debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 225 del C.c.

### **3.4. Conclusiones respecto del Proyecto de Ley de Matrimonio Civil chileno**

Es criticable que, en el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil, en el convenio las partes no puedan regular los efectos de la nulidad, divorcio o separación definitiva. Como acontece en otras legislaciones. En este sentido el convenio regulador del Derecho chileno pareciera ser eminentemente temporal, ya que regula la separación provisoria, pero éste puede verse afectado por la sentencia que acoge la separación definitiva, divorcio e incluso la nulidad. Este problema es grave y parece no haber sido suficientemente meditado, ya que si se analizan las condiciones que debe cumplir el convenio para ser considerado como completo debe concluirse que es “definitivo”, entonces la sentencia en los casos precedentes sólo se limitaría a constatar que han transcurrido los plazos que exige el proyecto en cada situación. Ello no presentará ningún inconveniente en el divorcio unilateral por cesación de la vida en común, pero en los casos de nulidad o divorcio culposo –en los cuales también se exige separación

provisoria-<sup>66</sup> la sentencia podría modificar el convenio regulador, y el convenio regulador entonces sería eminentemente provisorio.

Por otra parte, el Proyecto no determina adecuadamente la naturaleza de la homologación judicial, ni del valor del convenio no homologado, ni fija límites claros a la actuación judicial. Respecto del primer punto, el Proyecto sigue una tendencia que como se vio es bastante discutible. De esta forma en el punto IV.2° del mensaje de la Indicación del Ejecutivo se aborda tímidamente este tema señalando que la homologación judicial se basa en la protección de la parte más débil. Pero como se ha visto dicha posición otorga al juez un poder casi absoluto para poder rechazar el convenio regulador deformando su naturaleza convencional, consagrando una intervención excesiva del Estado y atentando contra la esfera más íntima del individuo<sup>67</sup>.

También se le puede hacer una crítica, tanto al Proyecto, como a todo el Derecho de Familia chileno en el sentido que se está construyendo al margen de los avances y consensos a que se ha llegado en el Derecho de Familia comparado en la mayoría de los países occidentales. Así se acepta débilmente el principio del divorcio remedio; la falta de distinción de unas categorías conceptuales que pueden ser útiles como patria potestad en ambas sedes –personal y patrimonial-, titularidad de la patria potestad y otros; la fuerte discriminación que nuestro Derecho hace en torno a los padres con relación a la patria potestad y el cuidado personal de los hijos –desconociendo criterios

---

<sup>66</sup> Conforme al número IV: “Contenido del Proyecto”, números 2° denominado “Etapas Intermedias”, letra b) párrafo 4° y 4° titulado: “Nulidad”, párrafo 2° del mensaje y el artículo 24 de la Indicación del Ejecutivo, sólo después de obtenida la separación definitiva se puede recurrir al divorcio –en cualquiera de sus formas- y a la nulidad-. El referido número 2° señala: “Para que proceda la nulidad, cuando hubiere hijos menores, será necesario, en primer lugar, obtener la separación provisorio. En segundo lugar, será necesario obtener la separación definitiva. Esta, como ya se indicó, la declara el juez dos años después de producida la separación provisorio. En tercer lugar, será necesario demandar de nulidad en base a ciertas causales y acreditarlas”. Y agrega: “Si no hay hijos menores, la demanda de nulidad podrá intentarse *en cualquier momento*”, así se deja en claro que de no haber hijos no sería necesario que la separación preceda a la nulidad. A su vez, el número 4° agrega: “Esta separación -se refiere a la definitiva- habilita a los cónyuges para instar por alguna de las herramientas que permiten ponerle fin al matrimonio, tanto por encontrarse viciado en su origen (nulidad) como por causa sobreviniente (divorcio)”. Por otra parte, el artículo 24.2° indica: “sin embargo, cuando *hubiere hijos menores del matrimonio* y se alegare alguna de las causales previstas en los números 3°, 4° y 5° del artículo 4°, o en los números 2° y 3° del artículo 7°, la demanda de nulidad sólo podrá deducirse una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia que declara la separación judicial definitiva de los cónyuges”.

<sup>67</sup> En el mensaje enviado en la Indicación del Ejecutivo señala: “El objetivo central de ésta es instar a que los padres acuerden el régimen de alimentos, tuición (cuidado personal) o visita de los hijos, en cuanto se haya producido el quiebre familiar, de modo tal de aminorar las consecuencias de la ruptura a su respecto. Para tal efecto, se permiten las mayores facilidades para dicho acuerdo (acta notarial, acta ante el oficial civil, etc.) previéndose la aprobación judicial solamente como medida para garantizar a la parte más débil que pudiere verse forzada a arribar a un acuerdo determinado.

En caso de no existir acuerdo, se promueve la regulación judicial, en base a un procedimiento de carácter sumárisimo.”

como el interés superior del menor o guarda compartida- o en la administración de la sociedad conyugal que se otorga al marido pudiendo ser conjunta o indistinta, y por último, se permite una intervención excesiva del Estado en la familia. Todos los aspectos precedentes afectan a la tímida autonomía de la voluntad que consagra el convenio regulador chileno planteado en el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil chileno, y lo desdibujan creando unas expectativas excesivas en un simple acto de autoridad, como lo es la sentencia judicial. Para finalizar el presente trabajo podría desarrollar otros aspectos del convenio regulador, pero no tiene sentido tratarlos, sino una vez que se apruebe –si algún día se aprueba- el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil.