

Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales

Por

Fabiola E. Lathrop Gómez

SUMARIO: 1. Cuestiones previas. 2. El convenio regulador en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena. 2.1. Génesis de la institución. 2.2. Formulación, contenido mínimo y rol del juez en el acuerdo regulador. 2.3. Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales. El convenio regulador como negocio jurídico. 2.3.2. Acuerdo regulador e intervención judicial. 2.3.3. Teorías que explican la naturaleza jurídica del acuerdo regulador. 2.3.4. La homologación y la aprobación judicial del acuerdo regulador. 2.3.4.1. Los acuerdos de los cónyuges. 2.3.4.2. Relaciones paterno-filiales. 2.3.5. Posición del juez ante el acuerdo regulador. 2.3.6. Ausencia de acuerdo de los cónyuges o desaprobación judicial del acuerdo regulador. 3. A modo de conclusión.

1. Cuestiones previas

Muchas de las instituciones de nuestra nueva legislación matrimonial, tienen entre sus fuentes de inspiración a la reforma española de 1981 en materia de divorcio. En efecto, en España, el divorcio descansaba hasta hace poco, en lo que en el nuevo lenguaje jurídico chileno es el *cese o cese efectivo de la convivencia conyugal* (según se trate de separación judicial o divorcio, respectivamente¹), que no es otra cosa que la separación de cuerpos, hecho que evidencia la ruptura o quiebre conyugal². Es decir, la separación en muchos supuestos abrirá paso al divorcio o lo que es lo mismo, será prerrequisito de aquél; ello se aprecia en la tipología de divorcio que consagra la nueva Ley de Matrimonio Civil³, a saber:

¹ Cfr. Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquezar, Aranzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Santiago de Chile, LexisNexis, segunda edición, 2004, pág. 390.

² La realidad jurídica española se vio radicalmente reformada por la Ley 15/2005, de 08 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que amplió el ámbito de libertad de los cónyuges en el acceso al divorcio, eliminando el sistema causalista existente en la ley.

³ En adelante LMC.

- **Divorcio culposo:** por falta que constituya violación grave de los deberes y obligaciones del matrimonio, o respecto de los hijos. En una enumeración no taxativa incluye la conducta homosexual, el alcoholismo o drogadicción, abandono reiterado del hogar común, malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica y otros
- **Divorcio de común acuerdo:** cuando ha transcurrido 1 año desde el cese de la convivencia
- **Divorcio unilateral:** por cese efectivo de la convivencia conyugal por lo menos de 3 años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a sus obligaciones de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

2. El convenio regulador en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena

La LMC regula bajo su Capítulo VII⁴, que lleva por epígrafe “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”, la compensación económica, la conciliación y la mediación. Se trata de una sistematización muy poco feliz ya que, tal como han advertido Barrientos y Novales⁵, la normativa que reúne no es realmente común a estas tres instituciones así, la compensación económica no procede en ningún caso de separación judi-

cial (artículo 61 LMC), la conciliación sólo procede en los juicios de separación y divorcio (artículo 67 LMC) y la mediación no procede en casos de nulidad (artículo 71 LMC).

Lo que ocurre, es que el legislador chileno reprodujo deficientemente en esta materia, lo prescrito por la normativa española. En efecto, en cuanto a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, el Código Civil español establece un régimen jurídico unitario - al cual nos referiremos más adelante - dentro del cual se encuentra el convenio regulador.

La LMC alude a este último, bajo la denominación de “*acuerdo regulador*”, entre otras disposiciones:

- En el Capítulo III, párrafo 1 “*De la separación de hecho*”, al señalar en sus artículos 21 y 23:

Artículo 21. “*Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.*”

⁴ Introducido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

⁵ Cfr. Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquezar, Aranzazu, op. cit., pág. 402.

Los **acuerdos** antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

Artículo 23. **“A falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; o las relaciones con los hijos, como los alimentos, el cuidado personal o la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos”.**

- En el Capítulo III, párrafo 2 **“De la separación judicial”**, al señalar en su artículo 27:

“Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artícu -

lo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

- En el Capítulo VI **“Del Divorcio”**, párrafo 1 **“De las causales”**, al señalar en su artículo 55, incisos 1° y 2°:

“Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”⁶.

2.1. Génesis de la institución

El proyecto original de la LMC⁷ in-

⁶ Este y los anteriores destacados son míos.

⁷ Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin y los de Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo.

cluía un Título también denominado “*De las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio*”. En él se contemplaba la posibilidad de un acuerdo que regulara las relaciones mutuas de los cónyuges y, respecto de los hijos para, después, que la nulidad se declarara o el divorcio o la separación, en su caso, se decretaran. Dicho acuerdo se estimaba *completo* si regulaba los siguientes aspectos: cuidado personal, régimen comunicacional, régimen económico del matrimonio, bienes familiares y alimentos. Se consideraba *suficiente* si al referirse a cada una de dichas

materias, resguardaba suficientemente el interés de los hijos, procuraba aminorar el daño que causara la ruptura y establecía relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes se divorciaran, anularan o separaran⁸. Incluso se contemplaba la posibilidad que el juez, de oficio, ordenara a cada una de las partes presentar un proyecto de regulación de su vida futura, entregándole amplias facultades correctoras del mismo.

El texto aprobado por la Cámara de Diputados⁹ recogió sustancialmente el contenido de la moción, introduciendo

⁸ **Artículo 63:** “En los casos de ruptura de que tratan los párrafos precedentes, los cónyuges podrán convenir en un acuerdo que regule sus relaciones mutuas y respecto de los hijos para después que la nulidad se declare o el divorcio o la separación, en su caso, se decreten. Ese acuerdo constará por escrito y deberá ser completo y suficiente. Es completo cuando regula la tuición y visita de los hijos, contiene reglas explícitas acerca del régimen económico del matrimonio y respecto de los bienes familiares y precisa la situación alimentaria de los miembros de la familia constituida a resultas del matrimonio cuyas obligaciones se suspenden o cuyo término se decreta. Es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian, anulan o cuya separación se decreta”.

Artículo 64: “No habiendo los cónyuges convenido en un acuerdo que regule su vida separada, o en el caso que aquel en que hubieren convenido resultare incompleto o insuficiente, corresponderá al juez precisar, en la misma resolución que lo decreta, los efectos de la nulidad, la separación o el divorcio, en su caso”.

Artículo 65: “A fin de resolver las condiciones en que se desenvolverá la vida futura de quienes contrajeron matrimonio nulo o de quienes, habiéndolo contraído válido, se divorcian o separan, el juez, de oficio, ordenará a cada una de las partes presentar un proyecto de regulación de su vida futura que, al igual que el acuerdo a que se refiere el artículo precedente, sea suficiente y completo. Presentados los respectivos proyectos, el juez citará a una audiencia de conciliación en la que a partir de ellos y procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes, sugerirá bases de arreglo.

De no haber acuerdo, el juez derivará a las partes a un proceso de mediación ante los organismos extrajudiciales que determine el reglamento o ante los propios órganos del tribunal, o resolverá lo que, siendo suficiente y completo y siendo compatible con el mérito del proceso, más se adecue a la solución a que, atendidos sus respectivos proyectos, las partes habrían espontáneamente arribado. Al respecto y por resolución fundada, el juez podrá alterar las reglas de la distribución de gananciales o del crédito de participación, si los hubiere; disponer pensiones alimenticias por tiempo limitado a favor de uno de los cónyuges; o prever alguna otra prestación que asegure a favor de los hijos o el cónyuge relaciones equitativas”.

⁹ **Artículo 59:** “En los casos de ruptura de que traten los párrafos precedentes, los cónyuges podrán convenir un acuerdo que regule sus relaciones mutuas y respecto de los hijos para después que la nulidad se declare o el divorcio o la separación, en su caso, se decreten. Ese acuerdo constará por escrito y deberá ser completo y suficiente. Es completo cuando regula la tuición y visita de los hijos, contiene reglas explícitas acerca del régimen económico del matrimonio y respecto de los bienes familiares y precisa la situación alimentaria de los miembros de la familia constituida a resultas del matrimonio cuyas obligaciones se suspenden a cuyo término se decreta. ///

escasas variaciones. Se mantenía hasta entonces una destacable armonía entre esta trilogía de instituciones: nulidad, separación y divorcio.

Por su parte, la Indicación del Ejecutivo, de 13 de septiembre de 2001, modifica el lenguaje hasta ahora utilizado y se refiere a “los acuerdos de las partes relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y de relación directa y personal de los padres con los hijos”. Dicho acuerdo podía regular: materias vinculadas al régimen económico del

matrimonio, bienes familiares, alimentos entre los cónyuges y, respecto de los hijos, cuidado personal de éstos y régimen de relación directa y regular entre hijos y progenitores. Además, los parámetros para estimar el acuerdo como completo y suficiente no diferían de los ya propuestos por la Cámara¹⁰.

Fue en el Senado donde se modificó notablemente la sistemática hasta ahora observada. El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el pro-

///Es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian, anulan o cuya separación se decreta.

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”.

Artículo 60: “No habiendo los cónyuges convenido un acuerdo que regule su vida separada, o en el caso en que aquél en que hubieren convenido resultara incompleto o insuficiente, corresponderá al juez precisar, en la misma resolución que lo decretó, los efectos de la nulidad, la separación o el divorcio, en su caso”.

Artículo 61: “El juez citará a una audiencia de conciliación en la que, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes, sugerirá bases de arreglo.

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”.

¹⁰ La indicación n° 57 señalaba: Introdúcense al actual artículo 59, que pasó a ser 57, las siguientes modificaciones: c) Sustitúyese la frase que sigue al primer punto seguido y los incisos segundo y tercero, por el siguiente inciso segundo nuevo: “Dicho acuerdo podrá comprender: a) Todas las materias vinculadas al régimen patrimonial de bienes del matrimonio, b) La regulación de bienes familiares, c) El derecho de alimentos entre los cónyuges y respecto de los hijos, d) El cuidado personal de los hijos; y e) El régimen que detentarán las relaciones directas entre hijos y progenitores”.

La indicación n° 59 disponía el siguiente texto:

Artículo 59: “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.

El acuerdo es completo 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.

Por su parte, es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias antes señaladas, resguarda adecuadamente el interés 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.

Para determinar el carácter equitativo de las relaciones entre los cónyuges, 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”.

yecto de ley, en segundo trámite constitucional -que no difiere sustancialmente en esta materia de su Segundo Informe ni del texto definitivo de la LMC- da cuenta de ello, al abordar los acuerdos de los cónyuges ya no en un cuerpo ordenado de disposiciones, sino que, a propósito de la separación de hecho¹¹ y la separación judicial¹², entre otras.

Las razones esgrimidas por la Comisión fueron de sistematización¹³: prefirió tratar separadamente la relación entre los cónyuges y entre éstos con los hijos. Al discutir la Indicación del Ejecutivo en materia de reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, señaló que: "La Comisión reguló estas situaciones a propósito de la separación, por lo que rechazó la sugerencia,

¹¹ **Artículo 22:** "Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, por lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado".

El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil, Boletín núm. 1759-18, sólo adicionó un tercer inciso: "Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables".

¹² **Artículo 28:** "Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 22. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita".

El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil, Boletín 1759-18, no introdujo cambios al artículo.

Artículo 32: "Al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 22, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 28.

El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto".

El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil, Boletín núm. 1759-18, no introdujo cambios al artículo.

¹³ "La Comisión, por razones de sistematización, prefirió tratar separadamente la relación entre los cónyuges y entre éstos con los hijos, que el texto de la Cámara de Diputados regula en conjunto y de manera escueta respecto de estos últimos". Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil. Boletín núm. 1759-18, pág. 158.

pero aprovechó de precisar que estas reglas comunes se aplican a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio, habida consideración de que en otros no proceden¹⁴.

Lo anterior puede llevarnos a deducir que las normas sobre los acuerdos de los cónyuges, aplicables a los casos de separación y divorcio por mutuo consentimiento¹⁵, no lo son a la nulidad. De acuerdo al texto de la ley, a los cónyuges sólo les corresponderá determinar de común acuerdo lo referente a la compensación económica. Sin embargo y, esto es importante, hay que tener en cuenta el artículo 89 de la LMC, que señala en su inciso primero que *“las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que*

no los tenga bajo su cuidado, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deberán deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenicional, en su caso y resolverse tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable”.

¿Esto quiere decir que en los casos de nulidad los cónyuges no podrán convenir arreglos relativos a cuestiones patrimoniales y paterno filiales? La disposición transcrita habla de acciones que no se hubiesen deducido previamente. Los legisladores apartaron la nulidad de los acuerdos a los que nos hemos referido¹⁶, sin embargo, me

¹⁴ Ibid., pág. 201.

¹⁵ La LMC ordena que si ambos cónyuges están de acuerdo en divorciarse, deben acompañarse el acuerdo al que nos hemos referido.

Inciso 2° del artículo 55: *“En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”*.

¹⁶ La indicación de S.E. el Presidente de la República sustituye los artículos 60 a 65 por los artículos 59, 60 y 61, que regulan el acuerdo que puede producirse entre los cónyuges que se separan, así como la regulación judicial de las materias respectivas si tal acuerdo no se produce.

El contenido de estos tres artículos de la indicación del Ejecutivo quedó recogido en la normativa referente a la separación, en los artículos 22 y siguientes del texto que proponemos.

La Comisión compartió los criterios que inspiran estas indicaciones y, al respecto acordó señalar, en el artículo 91 del proyecto de ley que se propone en su oportunidad, que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que no los tenga bajo su cuidado, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deberán deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenicional, en su caso y resolverse tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable”. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil. Boletín núm. 1759-18, páginas 218-219.

parece que en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, los cónyuges podrán pactar todo aquello que no rebase los límites de la misma. Por lo demás, puede resultar conveniente en algún supuesto, la autorregulación de los efectos de tal declaración de nulidad para lo cual pueden resultar útiles las reglas dadas para la separación y el divorcio.

2.2. Formulación, contenido mínimo y rol del juez en el acuerdo regulador

En cuanto a la formulación del convenio, es preceptivo en el divorcio de común acuerdo y separación judicial y facultativo para las separaciones de hecho (artículos 21, 27 y 55 de la LMC).

El contenido mínimo previsto por la LMC para los acuerdos de los cónyuges está señalado en primer lugar, en el artículo 21, a propósito de la separación de hecho (se remiten a él, los artículos 27 y 55 referidos a la separación judicial y al divorcio, respectivamente). En esta disposición se contempla la regulación de: las relaciones mutuas entre ellos, especialmente alimentos y régimen de bienes y, en caso de que hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, por lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación direc-

ta y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

En segundo lugar, a propósito de la separación judicial, el artículo 27 permite a cualquiera de los cónyuges solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia. En el inciso segundo, advierte que si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será *completo* si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es *suficiente* si resguarda el interés superior de los hijos (conforme a los artículos 222 del C.C. y 3 de la LMC), procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura¹⁷ y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

En definitiva, el contenido mínimo¹⁸ será:

- En cuanto a las relaciones mutuas entre los cónyuges, los alimentos legales del artículo 321 del C.C. y la cuestiones relativas el régimen de bienes del matrimonio, esto es, los corres-

¹⁷ Elemento introducido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional.

¹⁸ Dado el margen de reconocimiento de la autonomía de la voluntad que inspira a nuestra nueva LMC, los cónyuges podrán convenir la regulación de otras materias que estimen pertinentes, siempre que se encuentren dentro de la ley. *Vid.* Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquezar, Aránzazu, op. cit., pág. 301.

pondientes pactos permitidos por la ley vigente el vínculo matrimonial.

- **En caso de haber hijos**, el régimen de alimentos (conforme al artículo 321 número 2, 323 inciso segundo y 332 inciso segundo del C.C.); la regulación del cuidado personal (observando, entre otros, los artículos 222 inciso segundo y 225 del C.C.) y, por último, la determinación del régimen comunicacional o de la relación directa y regular que mantendrá con los hijos, el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado (artículo 229 del C.C. y artículo 48, inciso cuarto, de la Ley 16.618).

Las facultades de intervención, que la LMC entrega al juez respecto del convenio regulador, son bastante amplias.

Al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, deberá utilizar los mismos criterios que han de tener en cuenta los cónyuges, es decir, lo estimará suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges. Si fuere incompleto o insuficiente, en la sentencia deberá subsanar sus deficiencias o modificarlo (artículo 31 inciso primero y segundo de la LMC). Además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto.

Por otra parte, en materia de separación judicial, el artículo 36 parte segunda, de la LMC, señala que *“el juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres”*.

Por último, el artículo 85 inciso tercero, de la LMC, establece en materia de procedimiento aplicable a la nulidad, separación y divorcio, que *“el juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales”*.

2.3. Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales

Dada su recientísima instauración, no existe aún en nuestra doctrina y jurisprudencia, un desarrollo de la figura del acuerdo regulador. Nos permitimos en esta parte, efectuar un somero análisis de su naturaleza jurídica, cuestión que dada la enorme repercusión que ocasiona en una serie de otras materias, es de las menos pacíficas en los ordenamientos jurídicos que la contemplan dentro de la regulación de las crisis matrimoniales.

2.3.1. El convenio regulador como negocio jurídico

Se ha entendido que el acuerdo regulador de las crisis matrimoniales, constituye un negocio jurídico bilateral pro-

pio del derecho de familia¹⁹.

López Alarcón²⁰ señala que, “es un negocio jurídico bilateral, consentido por ambos cónyuges, típico del Derecho de Familia por su naturaleza y contenido, en el que aquéllos convienen establecer el régimen jurídico del matrimonio separado o divorciado, tanto en sus aspectos personales como en los patrimoniales”.

La autonomía de la voluntad de los cónyuges ejercida en el acuerdo regulador, es suficiente para definirlo como negocio jurídico, eso sí, de derecho de familia (por las características especiales que presenta). Además, creemos que junto a ese rasgo negocial, la intervención judicial cumple una función de gran relevancia en este negocio jurídico.

En esa dirección creemos que apunta Alonso Pérez²¹, al señalar que el convenio es el estatuto jurídico negocial de los cónyuges separados o divorciados y de los efectos inherentes a estas situaciones familiares. No es un contrato, ya que no crea, modifica o extingue solamente rela-

ciones patrimoniales; es más bien un acuerdo o convención, que regula una múltiple situación familiar o un enrevesado de relaciones jurídicas de carácter familiar. A pesar de ser, como todo negocio jurídico, expresión de la autonomía privada manifestada en una declaración de voluntad concorde, no es por sí sola suficiente para generar consecuencias jurídicas: la aprobación judicial es su presupuesto esencial o *conditio iuris*.

Por otra parte, al dimensionar el alcance de la intervención judicial, se le califica también de negocio jurídico complejo; de este modo la naturaleza jurídica del instituto pasa de ser un negocio jurídico bilateral, a llamarse *complejo*, o *mixto*. Por ejemplo, López Alarcón²² señala “el acuerdo de los cónyuges sienta los términos reguladores del convenio y el Juez, que no puede sustituir de oficio ninguna de sus cláusulas ni el convenio todo, colabora con los cónyuges mediante la aprobación o repulsa y, en este último caso, para que la reiterada actividad de los cónyuges acabe configurando un definitivo convenio ajustado a las normas

¹⁹ Vid. Díez-Picazo, Luis, “El negocio jurídico del Derecho de Familia”, *R.G.L.J.*, XLIV, 1962, páginas 771-792.

²⁰ López Alarcón, Mariano, “El acuerdo de los cónyuges en la separación y en el divorcio”, *La Ley*, 1981-4, pág. 856.

²¹ Cfr. Alonso Pérez, Mariano, “Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el derecho matrimonial español”, en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán Heredia Y Casaña*, Salamanca, Ed. La Ley, 1984, pág. 25.

²² López Alarcón, Mariano, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 129.

legales...". Y para Diez-Picazo y Gullon²³, el convenio regulador es un acto mixto en el que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública; en él, ésta aparece como preponderante dada su propia naturaleza. Es decir, la naturaleza negocial permanece aunque el rol que se le otorgue al juez sea la homologación, esto es, calificación y comprobación de los requisitos legales; sin embargo, la interpretación de la ley puede permitir que el juez sea extraordinariamente activo, de tal modo que la aprobación del convenio se convierta un juicio sobre su conveniencia.

2.3.2. Acuerdo regulador e intervención judicial

Dentro de la materia que nos ocupa, el rol del juez ante el acuerdo regulador es uno de los aspectos más discutidos en la doctrina extranjera. Dependiendo de la relevancia que se le conceda a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de los efectos de su crisis matrimonial, el papel del juez en la homologación u aprobación del mismo, se posiciona más o

menos protagónico.

Así, en la legislación española, para López Y López²⁴ los principios de autonomía de la voluntad e intervención judicial, concurren de tal forma en el artículo 90 del Código Civil español, que es posible advertir interdependencia entre ellos; el rol del juez asume, en ciertas ocasiones, rasgos de control de lo acordado por los cónyuges y, en otras situaciones, funciones sustitutorias o quizá complementarias.

La ley chilena supone el reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la ruptura conyugal²⁵; por ello, en la redacción de todo acuerdo regulador y atendido el dinamismo que reviste toda crisis matrimonial, es conveniente considerar que el convenio que se logre debe ser capaz de dar solución a cuantas vicisitudes se produzcan con posterioridad.

Sin embargo, la autodeterminación de los cónyuges al acordar el convenio regulador no es absoluta, ya que se en-

²³ Cfr. Diez-Picazo, Luis; Gullon Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Tecnos, 7^ª ed., 1997, pág. 133. La misma concepción mantienen los autores en la edición posterior de su obra; Vid. Diez-Picazo, Luis; Gullon Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Tecnos, 9^ª ed., 2004, pág. 127.

²⁴ Cfr. López y López, Angel M., "Comentarios al artículo 90", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil*, coordinados por Lacruz Berdejo, J. L., Madrid, Civitas, 2^ª ed., 1994, pág. 971.

²⁵ Barrientos y Novales, opinan que "como el estado de separación de hecho, que supone el cese de la convivencia, se produce sin intervención judicial alguna, la ley de matrimonio Civil solamente se limita a reconocer tal situación fáctica y a permitir que los cónyuges que se hallan en tal estado regulen, de común acuerdo, 'sus relaciones mutuas' para tal estado de separación". Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquezar, Aranzazu, op. cit., pág. 299.

cuentra sometida al control judicial. Como vimos, su naturaleza de negocio jurídico de derecho de familia ha llevado a considerarlo un estatuto conyugal, o bien un negocio o pacto jurídico familiar en el que predomina la autonomía de la voluntad, pero en el que ésta tiene las limitaciones generales propias de todos los contratos, la prohibición de amparar situaciones abusivas o ejercicio antisocial del derecho y el no permitir renunciaciones contra la ley. Otras limitaciones específicas son las contenidas en el inciso segundo del artículo 27 de la LMC, que dispone que los acuerdos de los cónyuges son suficientes si resguardan el interés superior de los hijos, procuran aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

Dadas estas cortapisas, que el ordenamiento jurídico impone a la autonomía de la voluntad en este ámbito del derecho de familia, cabe preguntarse si la gravitación de la autorregulación de los efectos de una crisis matrimonial se ve o no disminuida.

En principio, podemos señalar que no son pocas las ocasiones en que la LMC da al juez poder de intervención para subsanar la insuficiencia del acuerdo regulador (artículos 31 inciso primero, 36 y 85 inciso tercero de la LMC) y para la recomposición del vínculo matri-

monial (artículos primero -al señalar el objeto de la ley- 3 inciso segundo y tercero, 36 y 85 inciso tercero de la LMC). Sin embargo, creemos que será la aplicación jurisprudencial de las mismas reglas, las que definan el rol del juez en estos aspectos.

En España, Roca Trias²⁶ considera pobre el rol de la autonomía de la voluntad en la problemática familiar dado el intervencionismo de los poderes públicos; los efectos de la separación, nulidad y divorcio matrimoniales no provienen del acuerdo de los cónyuges sino de una decisión legal previa que los fija: el artículo 32.2 de la Constitución española entrega a la ley la regulación de los efectos de aquella trilogía. Un segundo elemento de intervención está construido en el ámbito de principios; los artículos 90 a 101 del Código Civil español ofrecen la estructura de los efectos de las situaciones de crisis y la regulación de ellos se efectúa considerando los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges y protección de los hijos (artículos 32.1 y 39 de la Constitución española), de allí que se imponga el control judicial mediante la homologación.

2.3.3. Teorías que explican la naturaleza jurídica del acuerdo regulador

La problemática surge al delimitar el control judicial a que aludimos en el epígrafe anterior, o dicho de otro mo-

²⁶ Cfr. Roca Trias, Encarna, "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 544 y "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 382.

do, al dimensionar la intervención judicial en este tipo de procedimientos. Veamos las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que existen al respecto.

Una primera interpretación puede llevarnos a concluir que de no existir daño objetivo para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges (respetando lo previsto en los artículos 27 y 55 de la LMC), el juez queda obligado a respetar lo acordado por éstos sin que pueda sustituir automáticamente los acuerdos que estime inaceptables o inconvenientes. La iniciativa del acuerdo sigue estando en la órbita de los cónyuges y no en la autoridad jurisdiccional. El juez sólo visa u homologa el acuerdo sin desempeñar actividad positiva alguna ya que el consentimiento de los cónyuges tiene una eficacia determinante y reviste los caracteres de un elemento esencial y autónomo. La homologación desempeña el cometido de una *condictio iuris* del convenio, de una confirmación constitutiva.

En España, Mariano Alonso²⁷ señala que la frase del artículo 90 del Código Civil español “*los acuerdos adoptados por los cónyuges*”, pone de manifiesto el carácter negocial del convenio. “En cierta medida, al menos, el juez es un siervo de las estipulaciones fijadas en el convenio, pues carece de esos poderes existentes en determinados ordenamientos jurídicos extranjeros que convierten su valoración homologante en auténtica declaración negocial, (...). El

juez español carece de facultades de colaboración, ayuda o consejo en la elaboración de los acuerdos, y su competencia queda vinculada a una preceptiva homologación...”.

No creemos que el ordenamiento chileno deje tan desprovisto de herramientas de control al juez. Es cierto que los poderes de actuación no están enunciados; la nueva LMC no se refiere, con la profundidad que aspectos de esta naturaleza exigen, al modo en que el juez puede recabar la información que necesite para formarse un criterio ante la situación familiar que se le presenta. Sin embargo, los mismos límites que la ley define frente a la aprobación del convenio, son verdaderas directrices que el juez debe aplicar.

En primer lugar, el interés de los hijos, de acuerdo a lo prescripto por los artículos 3, inciso primero, y 85 inciso segundo de la LMC, entre otros. Este último establece una disposición de carácter general aplicable a los juicios de separación, divorcio y nulidad: “*cuando existieren menores de edad comprometidos, el Juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño...*”.

En segundo lugar, la protección del interés del cónyuge más débil, respecto del cual el artículo 3, inciso primero de la LMC, señala que las materias de familia reguladas por ella deberán resolverse cuidando de proteger siempre el

²⁷ Alonso Pérez, Mariano, op. cit., pág. 32.

interés del cónyuge más débil (idea que reproduce el artículo 27 inciso segundo de la LMC).

Por último, la LMC establece en el artículo 3, inciso segundo, que "(...) el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.", y en el inciso final, que "asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación y el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges." (disposición que concuerda con los artículos 1 inciso segundo, 36 y 85 inciso tercero de la LMC).

Esto, sumado a los otros principios que creemos inspiran el ejercicio de la responsabilidad parental (como el derecho del niño a ser oído²⁸), a los que nos referimos antes, son mecanismos que complementados, sin duda ayudan al juez a arribar a una decisión.

En esta línea, nos parece importante recalcar la norma contenida en el artículo 85 de la LMC, referida a la adecuación de las normas procesales. La disposición señala que la aplicación de las leyes que resulten aplicables a los juicios de separación, ha de estar presidida por el principio conforme al cual el juez debe aplicarlas del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada.

Continuando con la discusión acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo regulador, hay quienes defienden la naturaleza transaccional del convenio regulador.

En nuestro derecho, a diferencia del español, por ejemplo, existen disposiciones que prohíben la transacción sobre cuestiones matrimoniales (el artículo 2450 del C.C. proscribire la transacción sobre el estado civil, que es distinto). Así, en España, el artículo 1814 del C.C. establece que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre los alimentos futuros²⁹.

²⁸ El artículo 85 de la LMC establece que "(...) el juez oirá a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes". El inciso tercero agrega que "el juez en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior".

²⁹ Regla prohibitiva que según Nieto Alonso, estaría tomada del artículo 1720 del Proyecto de Código Civil de 1851: "... que García Goyena no extendía a las transacciones a favor del matrimonio, sólo a las que iban en su contra". Nieto Alonso, Antonia, "El convenio regulador como elemento imprescindible en la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas", *R.D.F.*, n° 17, octubre 2002, pág. 18.

El artículo 1720 del Proyecto de 1851 establecía: "No se puede transigir sobre el estado civil de las///

Al respecto, la doctrina señala que "aunque el mencionado art. 1814 CC prohíbe la transacción sobre cuestiones matrimoniales, esta prohibición no puede alcanzar a las patrimoniales..."³⁰. Al efectuar una relectura del artículo 1814 puede sostenerse que la prohibición de transigir se reduce a un estado civil determinado, y que la constitución de uno nuevo en materia matrimonial debe efectuarse siempre mediante sentencia³¹.

De tal forma, entendemos que lo que se proscribe es transigir sobre la existencia o subsistencia del matrimonio y que, por ende, su nulidad por las causas legales o la ruptura del vínculo por divorcio deben ser sometidas a conocimiento judicial³², pues el ordenamiento jurídico aceptaría la transacción en procesos de separación y divorcio, no así en los de nulidad matrimonial³³.

Otra posición eleva al convenio a la categoría de acto mixto. La doble naturaleza provendría de la distinción entre dos supuestos muy dife-

rentes: las relaciones económicas entre los cónyuges y lo atinente a los hijos. En el primer caso estaríamos ante una verdadera transacción judicial -en sentido técnico-. En la segunda hipótesis al no tratarse de disposición de derechos propios ni de contratación sobre aspectos económicos, sino de modelar el cumplimiento de la relación paterno-filial, no puede hablarse de una genuina transacción ni de un contrato- aunque se admita la existencia de un negocio jurídico de derecho de familia- se trata por lo tanto de acuerdos que se someten a *aprobación* del juez y no a la simple homologación, pues aquí sí que dicha aprobación añade algo a los acuerdos: los convierte en obligatorios para las partes.

Esta tercera posición que afirma la naturaleza jurídica mixta del convenio regulador, le visualiza como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges a que antes aludimos; sin embargo, esta manifestación precisa de la aprobación u homologación judicial para

///personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ó cualquiera otra en que deba ser oído el ministerio público, á menos que la ley permita la transacción, con intervención del mismo.". Cfr. GARCÍA Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español III-IV*, Barcelona, Base, 1973, páginas 131-132.

³⁰ Roca Trias, Encarna, "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 383.

³¹ Cfr. Roca Trias, Encarna, "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 546.

³² Cfr. Gullon Ballesteros, Antonio, "Comentario al artículo 1814 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1772.

³³ Vid. SAP de Barcelona, de 19 de julio de 1995, AC 1360.

gozar de plena eficacia jurídica.

Es lo que señala el Tribunal Supremo español, al distinguir tres supuestos:

a) en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; b) en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; c) el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente tiene la eficacia corres-

pondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo previsto en la ley³⁴.

2.3.4. La homologación y la aprobación judicial del acuerdo regulador

En los párrafos precedentes analizamos la naturaleza jurídica que reviste el acuerdo regulador, frente al rol que en su conocimiento desempeña el juez. Nos parece que la postura más acerta-

³⁴ Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de abril de 1997, RJA 3251. En este mismo sentido:

- STS, de 26 de enero de 1993: señala que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a los mismos por los cónyuges. RJA 365.

- STS, de 27 de enero de 1998: declara que el convenio de separación matrimonial produce efectos inter partes y que se producen aunque falte aprobación judicial, dejando a salvo los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario. Claro está, siempre que el convenio se desenvuelva dentro de los límites lícitos del principio de la autonomía de la voluntad. RJA 110.

- STS, de 21 de diciembre de 1998: agrega: "...siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del C.C. un requisito o *condictio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar el convenio integrado en la Sentencia. Ahora bien, ello no impide que, al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro del límite de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez." RJA 9649.

- STS de Baleares, de 23 de junio de 2000: señala que el Tribunal Supremo ha admitido la fuerza de obligar entre los esposos de lo pactado por ellos en los convenios de separación no presentados ni por ende aprobados judicialmente en el proceso matrimonial. Cita la STS de 22 de abril de 1997 y afirma con ella que el acuerdo de los cónyuges es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes; afirma que no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que ocurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. La Sentencia añade que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1265 del C.C. las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del C.C. RJA 3251.

da es la que sin negar el carácter negocial de este acto jurídico familiar, logra distinguir dos cuestiones que aparecen claras en la ley; esto es, lo atinente a las relaciones económicas entre cónyuges y las relaciones parentales. De ahí que este acápite reciba el nombre de la *homologación y la aprobación judicial*. En la primera de estas cuestiones estaremos en el campo de la homologación; en el segundo, en el de la aprobación propiamente tal. A continuación nos ocuparemos de la intervención judicial en los acuerdos entre cónyuges, para luego abordar la temática del rol del juez en materia de relaciones paterno-filiales.

2.3.4.1. Los acuerdos de los cónyuges

El artículo 31 inciso primero y segundo de la LMC, señala que si el acuerdo regulador de la separación, fuese incompleto o insuficiente, en la sentencia deberá subsanar sus deficiencias o modificarlo. Aunque el legislador no distingue claramente entre los pactos de contenido patrimonial y extrapatrimonial, parece claro que las relaciones económicas entre los cónyuges son plenamente dispositivas. Lo son tanto en lo que se refiere al régimen económico matrimonial, como en la regulación de las demás condiciones económicas con ocasión de la nulidad del matrimonio, separación, o divorcio. En estos casos, transacción y convenio,

se resuelven en un negocio jurídico sujeto a los límites generales de la autonomía de la voluntad privada, los cuales deben ser controlados por el juez al momento de la homologación³⁵.

2.3.4.2. Relaciones paterno-filiales

La legislación civil parte del principio general de que los padres pueden decidir acerca de lo que estimen más beneficioso para los hijos (artículos 222 y siguientes del C.C.). Los límites los constituyen aquellas hipótesis de intervención judicial.

El juez debe evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente (artículo 31 LMC). En este caso, entendemos que cualquiera de los dos progenitores puede acudir al juez, el cual, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio, decidirá -dependiendo de la pretensión hecha valer- con cuál de los padres quedarán los hijos menores, el ejercicio de la patria potestad, el régimen comunicacional que deberá sostener el progenitor que no viva en compañía de su hijo y la obligación alimenticia.

Recordemos que para ello, el juez deberá respetar lo dispuesto por el artículo 3 de la LMC, que establece que to-

³⁵ El Tribunal Supremo español ha señalado que la función de cualquier tribunal civil no puede ser la de aprobar sustantivamente lo acordado por los litigantes, sino la de controlar si se cumplen los requisitos subjetivos, objetivos y formales de toda transacción, es decir, simplemente la de homologar (STS, de 10 de mayo de 2000).

das estas materias deben ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y por los artículos 36 y 55 de la LMC que señalan que el juicio de separación y divorcio no altera la filiación ya determinada y, por ende, los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos, quedan incólumes. Agregando el artículo 36, que el juez debe adoptar todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres (en concordancia con el artículo 3 inciso tercero y 85 inciso tercero de la LMC).

Por último, debemos señalar que la audiencia de los hijos, prevista en el artículo 85 inciso segundo de la LMC, a la que nos referimos anteriormente, se refiere únicamente a lo que el convenio les afecte. Esta audiencia debe producirse siempre que los hijos tengan suficiente juicio y discernimiento.

Una vez que el juez cuente con los suficientes elementos de juicio, deberá aprobar o desaprobado el acuerdo. En este estadio procesal el tribunal no hará sólo una adecuación formal a la ley, pues ésta establece sólo pautas muy generales derivadas del principio del interés superior del niño; en realidad

la actividad jurisdiccional está encaminada a analizar la realidad fáctica del convenio para detectar si éste es o no perjudicial para los hijos. Esto supera un mero control de legalidad.

2.3.5. Posición del juez ante el acuerdo regulador

No obstante la delimitación que efectuamos precedentemente en torno a la homologación o aprobación, en su caso, del acuerdo regulador, creemos necesario referirnos a ciertos elementos que podrían ser positivos para la valoración que el juez debe realizar.

En efecto, ya sea en lo que se refiera a cuestiones de índole patrimonial o personal, la actividad jurisdiccional debe ser diligente, en el marco de tribunales especializados en materias de familia y con carácter interdisciplinario. En el Derecho comparado se advierten legislaciones que dan más o menos amplitud de facultades para efectuar de oficio las diligencias que se estimen pertinentes y la libertad de criterio otorgada al juez varía dependiendo de si se trata de cuestiones patrimoniales entre cónyuges o estrictamente paterno-filiales³⁶.

³⁶ La doctrina italiana, por ejemplo, partiendo de la base de que las rupturas conyugales pueden producirse por diversos motivos, señala que el juez tiene un papel distinto en cada uno de estos grupos de causas. Roppo sistematiza los tipos legales de intervención judicial de la siguiente forma: intervenciones del magistrado penal imponiendo sanciones penales a actos con una tipificación legal efectuados contra la familia; intervención del juez en conflictos entre los cónyuges eminentemente patrimoniales; las intervenciones en situaciones en que la familia se ha disuelto o está a punto de hacerlo, sea cual sea el título por el que esta disolución se produce (nulidad, separación o divorcio); por último, casos en que el juez interviene en conflictos o relaciones familiares independientemente//

López y López distingue tres estadios en el objeto del control judicial. El primero de ellos se refiere a la aprobación de la observancia de normas imperativas, en cuanto existe el deber general de los jueces de poner de manifiesto y reprimir la nulidad producida por el incumplimiento de dichas normas, control que en todo caso, no incide en las hipótesis de anulabilidad del convenio, ya que ésta queda reservada a la facultad de impugnación de los legitimados activos. En segundo lugar, la verificación de que el convenio contiene la regulación mínima indicada en la ley; que en caso de no haberla constituye causa de inadmisión de la solicitud, lo que sin calificar el fondo del asunto, está dirigido a comprobar la existencia de ese contenido mínimo al que hemos hecho referencia. Por último, se refiere al juicio de conveniencia del acuerdo para los cónyuges y los hijos, si los hay, cuestión que el autor estima como el más importante de los controles que la ley prevé³⁷.

En cuanto al primer estadio, podría llegar a sostenerse que la aprobación judicial produce la convalidación de los vicios de que adolece el convenio. Pero antes hay que distinguir ante qué tipo de defecto estamos. Desde luego al juez le corresponderá castigar la nuli-

dad devenida por infracción a normas imperativas, como lo es el mismo artículo 21 en cuanto prescribe los aspectos a los que ha de referirse el acuerdo (y los artículos 27 y 55 que se remiten a él). En cambio, si se trata de vicios de la voluntad, puede presentarse una dificultad de interpretación exigiéndose que tal anomalía genere efectivamente un daño a alguno de los cónyuges.

Creemos que en estos casos el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad del acuerdo y rechazar la propuesta de convenio porque la voluntad que da pie a la formación del consentimiento debe estar exenta de error, fuerza y dolo, dada la envergadura de los aspectos en que se manifiesta.

Podría objetarse que la acción para pedir la anulación de un contrato con vicios de la voluntad es personal del afectado, lo cual es cierto, pero no aplicable a este caso, ya que el artículo 1684 del C.C. parte de un negocio jurídico perfecto que produce ya sus efectos y el acuerdo no es un negocio jurídico mientras no exista la aprobación judicial. Además existe otro argumento favorable a esta solución y es el que al juez le corresponde denegar la aprobación del proyecto de acuerdo que se presenta con la demanda de se-

///de la existencia de un conflicto entre los cónyuges. Cfr. Roppo, Enzo, *Il giudice nel conflitto coniugale, la famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1981, pág. 17 y ss., cit. por Roca Trias, Encarna, op. cit., pág. 572.

³⁷ Cfr. López y López, Angel M., "Comentarios al artículo 90", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil*, coordinados por Lacruz Berdejo, J. L., Madrid, Civitas, 2ª ed., 1994, pág. 986.

paración o divorcio, cuando sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, perjuicio que seguramente será una consecuencia de la existencia del vicio; éste sería un camino indirecto que tiene un argumento en contra: qué ocurriría si el vicio de la voluntad beneficia al que lo sufre, por ejemplo, cuando existe un error, como si los cónyuges creen que su régimen es el de sociedad conyugal y en realidad su matrimonio se ha regido por la separación de bienes...”³⁸.

Ya analizamos que el ordenamiento jurídico impide que el juez apruebe el acuerdo si hay en él cláusulas dañosas para los hijos, o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Sin embargo, la ley no define pautas de actuación ni otorga instrumentos precisos para llevar a cabo la correspondiente indagación. El fuerte principio dispositivo que informa esta clase de procedimientos, impide al juez moverse con libertad en el ámbito de la investigación y aportación de hechos. Por otra parte, también calla el legislador en cuanto a la determinación del grave perjuicio que pueda causarse a uno de los cónyuges; el tenor literal de la ley no autoriza a adoptar las medidas previstas cuando existen hijos menores.

López y López³⁹ aporta interesantes criterios para la apreciación de lo que denomina *conceptos jurídicos indeter-*

minados: grave perjuicio para uno de los cónyuges y daño para los hijos. Respecto del primero, señala que el convenio debe reflejar cierta reciprocidad en las obligaciones, deberes y cargas asumidas por los cónyuges; se debe evitar un pacto leonino, una desproporción entre lo que se da y lo que se recibe, toda vez que ella sea grave en atención a las vicisitudes personales, económicas y de uso social imperante. El daño a los hijos, en segundo lugar, debe ser estimado por el juez cuando el contenido tuitivo mínimo, dicho de otra forma, cuando lo acordado no garantice debidamente los alimentos, educación y formación integral de los hijos, la vigilancia y compañía inmediata de, al menos, uno de los progenitores y las providencias necesarias para la representación y administración de los bienes de los menores o incapacitados.

La LMC ha otorgado un rol importante al juez en cuanto a la actividad de conciliación, colaboración, participación y orientación.

En primer lugar, recordemos lo dicho en este trabajo en materia de recomposición del vínculo, en cuanto al juez le corresponde, de acuerdo con el artículo primero de la LMC -al señalar el objeto de la ley- procurar preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente con-

³⁸ Cfr. Roca Trias, Encarna, op. cit., páginas 566-567.

³⁹ Cfr. López y López, Angel M., pág. 986.

traída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada (artículos 3 inciso segundo y tercero, 36 y 85 inciso tercero de la LMC).

Pero la ley va más allá. la LMC establece en su artículo 67, que solicitada la separación o el divorcio, el juez debe llamar a las partes a una audiencia de *conciliación* especial, con el propósito de examinar las condiciones que contribuyen a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.

Además, el llamado a conciliación tiene por objetivo acordar las medidas relativas a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado y el ejercicio de la patria potestad⁴⁰.

También se contempla, a propósito de la separación judicial, la *mediación*. El artículo 71 inciso primero de la LMC, establece que el juez debe ordenar que se practique el proceso de mediación si ambas partes lo solicitaren. El artículo 70 señala que el juez debe hacer saber a las partes, la posibilidad de someterse voluntariamente a un procedimiento de mediación; el cual

procede también, en el evento de no producirse conciliación suficiente y completa en los términos del artículo 27 de la LMC (artículo 71 inciso segundo LMC), salvo que el juez tuviese la convicción de que la mediación es inútil para conseguir dicha finalidad.

2.3.6. Ausencia de acuerdo de los cónyuges o desaprobación judicial del acuerdo regulador

El artículo 31 de la LMC establece que *"al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.*

El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o al canzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto".

⁴⁰ Esta norma debe entenderse concordada con el artículo 90 de la misma LMC: *"En el llamado a conciliación a que se refiere el artículo 67, se incluirán las materias señaladas en el inciso segundo de dicha disposición, aun cuando no se hubieren solicitado en conformidad a lo dispuesto en el artículo precedente y se resolverán tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable".*

En primer lugar, creemos que el artículo se aplica tanto a la hipótesis de rechazo del acuerdo, como de aprobación parcial. El artículo faculta al juez para dictar las medidas que considere conducentes, atendido el interés de los involucrados en el juicio, con el fin de modificar o reemplazar los aspectos del acuerdo regulador que no ha sido aprobado; en caso de rechazar la propuesta de convenio, el juez dictará sentencia declarando disuelto el matrimonio y determinará las cláusulas del convenio que estima inaceptables⁴¹.

No queda claro si los cónyuges pueden presentar o no una propuesta rectificadora, a diferencia de lo que establece el legislador español en el artículo 91 del Código Civil, en donde se ha entendido que si no lo hacen o la nue-

va propuesta no es satisfactoria, el juez resolverá lo procedente mediante auto, determinando las cláusulas del convenio que aprueba y sustituyendo las que rechaza por otras redactadas conforme a su leal criterio⁴²⁻⁴³.

En España, cuanto a la aprobación parcial, Enrique Fosar⁴⁴ nos señala que aunque el juez estime justa la causa de divorcio o separación, si tiene dudas sobre la protección de los intereses de los menores o incapacitados, puede declarar la separación o el divorcio, aprobando parcialmente el convenio, proponiéndoles a los cónyuges que presenten uno nuevo sobre los puntos que le parecen insatisfactorios, en el entendimiento que resolverá lo procedente mediante auto, para modificar o reemplazar las cláusulas que

⁴¹ Una acotación en cuanto a las sentencias de separación y divorcio. Los artículos 32 y 59, inciso segundo, de la LMC ordenan su subinscripción, señalando que con ello se adquiere el estado civil de separado o divorciado, respectivamente. Al respecto, Ramos Pazos ha señalado que lo lógico es que ello se produzca una vez ejecutoriada la sentencia, ya que las subinscripciones son sólo requisitos de oponibilidad. Cfr. Ramos Pazos, Rene, *Aspectos destacados de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial del 17 de mayo de 2004*, [www.derecho.uctemuco.cl/documentos extras/aspectos ley19947 rene ramos.pdf], consultada en septiembre de 2005, páginas 36 y 46.

⁴² Cfr. Entrena Klett, Carlos, *Matrimonio, separación y divorcio. En la legislación actual y en la historia*, Pamplona, Aranzadi, 1982, páginas 595-596.

⁴³ Un sector de la doctrina descarta la posibilidad que, en este caso, el juicio se sustancie conforme a la Disposición Adicional 6; lo correcto es que el procedimiento se transforme en contencioso y que cada cónyuge haga valer sus pretensiones, decidiendo el juez según las demandas y reconvencciones. A mayor abundamiento, Valladares estima que, tanto en el caso de desaprobación del acuerdo, como en el rechazo de la nueva propuesta derivada de la primera desestimación, la separación o el divorcio no podrían ventilarse por el procedimiento de mutuo acuerdo, ya que el carácter especial de dicho proceso está constituido por el consentimiento mutuo, el que recae no sólo en la separación o el divorcio, sino, también, en sus efectos. Cfr. Valladares, Etelvina, *Nullidad, separación y divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 417.

⁴⁴ Cfr. Fosar Benlloch, Enrique, *Estudios de derecho de familia*, Tomo II: La separación y el divorcio en el derecho español vigente, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1982, pág. 735.

resultan dañosas para los hijos.

Nos parece sumamente importante, para entender estos aspectos del convenio, lo señalado en España por Roca Trias⁴⁵, quien afirma que el ordenamiento jurídico español crea un sistema paralelo al convenio regulador, por cuanto confiere poder de intervención al juez para suplir la voluntad de los cónyuges en el evento de no arribar a acuerdo. La ley dotaría al juez de dos tipos de soluciones: aplicar los principios constitucionales reguladores de los aspectos de derecho de familia, u ofrecerle una serie de posibilidades de entre las cuales pueda escoger la más atinente al caso concreto. No se trata, según la autora, de crear un envío al arbitrio judicial sino de legislar mediante cláusulas generales, aplicables a cada circunstancia. En nuestro Derecho, el sistema paralelo al artículo 21, que establece el contenido mínimo del acuerdo regulador, estaría dado por el artículo 31 de la LMC que se refiere a los principios generales conforme a los cuales el juez debe valorar la suficiencia del mismo.

Ahondando en esta temática, Rivero Hernández⁴⁶ advierte que determinadas cuestiones referidas a las crisis matrimoniales afectan a bienes, valores e intereses indisponibles, regidos por normas y principios de *ius cogens*, a los

que se adecuan mal los principios de rogación y de congruencia que normalmente rigen el proceso civil. Este autor distingue dos grandes grupos de efectos derivados de la nulidad, separación o divorcio matrimonial. El cuidado personal de los hijos, el ejercicio de la patria potestad, el contacto directo y regular con el progenitor con quien no hayan convivido los hijos, la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos debidos a los hijos sujetos a patria potestad y la atribución de la vivienda familiar en el caso de existir hijos (cuestión a la que nuestra LMC no se refiere expresamente), son instituciones todas de carácter indisponible respecto de las cuales debe decidir el juez ineludiblemente, aunque los cónyuges nada hayan solicitado, pudiendo recabar e investigar de oficio los datos no suministrados por las partes. En cambio, la compensación económica, la liquidación del régimen económico del matrimonio y la atribución de la vivienda familiar no habiendo hijos, son materias que por no revestir carácter de *ius cogens* se rigen por el principio dispositivo y rogatorio; por ende, el juez nada debe ni puede conceder ni resolver sin mediar solicitud de parte.

A propósito de la controversia sobre la aplicación del principio de rogación en este tipo de procesos, se nos presenta co-

⁴⁵ Cfr. Roca Trias, Encarna, "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 387.

⁴⁶ Cfr. Rivero Hernández, Francisco, "Comentarios al artículo 91", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil*, coordinados por Lacruz Berdejo, J. L., Madrid, Civitas, 2ª ed., 1994, páginas 995-999. Vid. también Roca Trias, Encarna, op. cit., páginas 387-388.

mo caso ilustrativo, el evento de que los cónyuges omitieran en el acuerdo, lo concerniente a los hijos. Vega Sala⁴⁷ afirma que "dado que el divorcio es justicia rogada, si los esposos nada piden sobre los hijos porque lo hayan arreglado o deseen arreglarlo particularmente, entendemos que el Juez no puede decidir sobre ello y, por lo tanto, no deberá tampoco oírlos". En primer lugar, en nuestro derecho esta posición no guarda armonía con lo prescripto por los artículos 21, 31 y 3 de la LMC, ya que si el acuerdo de los cónyuges causa daño a los hijos, el juez no debe aprobar el acuerdo, no siendo necesario que se contemple expresamente una cláusula perjudicial pues basta una sola omisión sobre algún aspecto relevante que afecte al hijo, para que dicho pacto resulte del todo dañoso y se justifique su desaprobación. En segundo lugar, la solución propuesta está lejos de respetar dos principios que informan la nueva legislación: el *favor filii* y el derecho del niño a ser oído; los padres y el juez deben tener siempre, como consideración primordial el interés de los hijos y éste podrá oírlos, siempre que lo estime conveniente.

3. A modo de conclusión

La naturaleza jurídica del acuerdo regulador, se encuentra íntimamente ligada a la dimensión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y la intervención del juez en los procedimien-

tos de ruptura matrimonial.

La relación entre autonomía de la voluntad y rol del juez en el conocimiento del convenio es, a primera vista, inversamente proporcional: mientras más se apega el legislador al principio dispositivo, menor posibilidad de intervención otorga al juez en la regulación del contenido mínimo de dicho acuerdo. De ahí la escasez de criterios legales orientadores de la labor jurisdiccional.

La tesis que mejor explica la naturaleza jurídica de la institución que estudiamos, es aquella que reconociendo en el acuerdo regulador un acto jurídico familiar, distingue entre las relaciones económicas de los cónyuges y las relaciones paterno filiales. En la primera de estas cuestiones estamos en el campo de la homologación; en el segundo, en el de la aprobación propiamente tal.

Nos parece de gran importancia reposicionar la actividad que desempeña la judicatura especializada en este tipo de conflictos familiares. La aprobación u homologación del acuerdo no debe convertirse en un sometimiento del juez a los términos del mismo. Debe estarse a él, pero en su justa medida, valorando sus cláusulas y también colaborando con su contenido, adoptando todas las medidas sustitutorias del mismo que la propia ley le faculta dictar, incluso con carácter provisional.

⁴⁷ Vega Sala, Francisco, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Barcelona, Praxis, 1981, pág. 164.