

**Voces:** MATRIMONIO ~ DIVORCIO ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONVENIO REGULADOR EN EL DIVORCIO ~ NATURALEZA JURIDICA ~ REVISION JUDICIAL

**Título:** El convenio regulador como mecanismo ordenador de los efectos del divorcio

**Autor:** Acuña San Martín, Marcela

**Publicado en:** DFyP 2016 (marzo), 07/03/2016, 58

**Cita Online:** AR/DOC/378/2016

**Sumario:** I. Antecedentes.- II. Hacia un Concepto de Convenio Regulador.- III. Naturaleza Jurídica.- IV. Documentalidad del Convenio.- V. Condicionantes del Convenio Regulador.- VI. Formación y Perfeccionamiento del Convenio Regulador.- VII. Revisión Judicial del Convenio.- VIII. Intangibilidad y Modificación del Convenio.- IX. Síntesis Conclusiva.

**Abstract:** El convenio regulador es un mecanismo ordenador de los efectos del divorcio, establecido por el legislador a fin de posibilitar la mejor regulación específica de cada caso concreto de crisis matrimonial. Es una manifestación de la autonomía privada en materias de familia, pero presenta ciertos rasgos que lo diferencian de otras expresiones de aquella autonomía, partiendo por el hecho de que es un acto impuesto y no espontáneo, su formulación y acompañamiento constituye el cumplimiento de un deber legal.

(\*)

### **I. Antecedentes**

La autonomía de la voluntad en el terreno del derecho de familia, se ha ido convirtiendo, en un tema estrella, introducido por el legislador y ampliamente comentado por la doctrina (1). Subyace en ella la tensión existente en el Derecho de Familia moderno, entre el principio del derecho de los individuos al libre desarrollo a través de la autonomía con mínima intervención pública en su esfera privada y el principio de protección de la familia como base de la institucionalidad (2), razón por la cual, no es y no puede ser, una autonomía en los mismos términos que en el derecho patrimonial.

Una de sus principales manifestaciones son los negocios jurídicos de Derecho de Familia en el ámbito matrimonial. Estos negocios permiten a los cónyuges ordenar su relación; ajustarla a los diversos avatares por los que atraviesa el matrimonio y organizar su liquidación y término (3). En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los acuerdos de los cónyuges son la principal fuente de regulación de las consecuencias de la ruptura matrimonial (4), las disposiciones legales y medidas judiciales se consideran, en términos generales, como supletorias de lo acordado por los cónyuges, profundizando el rol de la autonomía privada, lo que conduce necesariamente a reflexionar sobre la existencia de verdadero equilibrio negociador entre las partes, sobre todo en situaciones de crisis (5).

Ahora bien ¿Por qué el legislador otorga a las partes la facultad de autorregularse en materias de derecho de familia, que se encuentran caracterizadas por la presencia de normas imperativas? Para Díez-Picazo el poder que se reconoce a la voluntad de las partes en el convenio regulador se origina en el reconocimiento de que quienes están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos que, distanciados, solo podrían formular un juicio demasiado abstracto, a partir de ahí el autor expone dos interesantes ideas: por un lado, que no hay abandono o desinterés regulador por parte del legislador, y por otro, que la elección del legislador al posibilitar la regulación de las partes no es entre la ley y el negocio, sino entre la reglamentación imperativa del juez y la consentida por las partes (6). Frente a una propuesta genérica y abstracta del legislador la solución concreta a que arriben las partes, puede acomodarse mejor a cada específica realidad familiar (7).

El reconocimiento que el ordenamiento chileno hace a la potencia normativa de las partes cuando se ha producido la crisis matrimonial, se presenta por tres vías distintas: los acuerdos de los cónyuges en forma

previa al proceso de divorcio; el convenio regulador en la fase de demanda y los acuerdos durante la tramitación misma del juicio.

En forma previa al juicio de divorcio, se encuentran los acuerdos mediados, al ser necesario someter a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda de separación o divorcio, las causas relativas a derecho de alimentos, cuidado personal, y al derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y regular, salvo en los casos de divorcio por falta imputable. Se trata de una posibilidad de resolver sobre estas materias en forma previa, colaborativa y no judicializada, para que tengan efecto una vez pronunciado el divorcio y con carácter definitivo, aun cuando, como se observa, el ámbito material de alcance de estos posibles acuerdos es limitado (8). Se trata, al mismo tiempo, de una posibilidad parcializada, que no es extensiva a todo el entramado de situaciones familiares que liquidar, adaptar o crear a propósito del divorcio.

En segundo lugar se encuentran los acuerdos alcanzados dentro del proceso judicial de divorcio, en concreto los posibles acuerdos en la audiencia preparatoria del juicio, dado que es imperativo hacer en ella un llamado a conciliación sobre las cuestiones indicadas en el art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil chilena (en adelante LMC), esto es, acordar las medidas que regularán lo concerniente 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 potestad. No queda claro del tenor de la norma, si de adoptarse estos acuerdos sus efectos comenzarán a producirse solo una vez resuelto el divorcio y con carácter definitivo o si, por el contrario, pueden comenzar a surtir efectos de inmediato, con carácter provisorio, durante la sustanciación del procedimiento.

Finalmente, la posibilidad de reglar los efectos del divorcio mediante acuerdos, se manifiesta en el convenio regulador que deben acompañar los cónyuges en ciertos casos (9). A esta figura dedicaremos nuestro estudio.

## **II. Hacia un concepto de convenio regulador**

Las modificaciones legales en distintos Ordenamiento Jurídicos han ido exigiendo la presentación de estos convenios cuando se solicita conjuntamente el divorcio por ambos cónyuges. Algunas legislaciones también requieren la presentación de una propuesta de convenio cuando es uno de los cónyuges el que pide la declaración de divorcio, así por ejemplo sucede conforme al art. 86 en relación con el art. 81 del Código civil (CC) español (10) o conforme al art. 438 del Código civil y comercial argentino (11). El legislador, sin embargo, no suele avanzar en su conceptualización. A partir de la regulación chilena, entendemos por convenio regulador el acuerdo de voluntades que deben presentar los cónyuges, que de común acuerdo solicitan el divorcio por cese de la convivencia y que, con la debida aprobación judicial, proporciona el marco jurídico, completo y suficiente, de la nueva situación, en aspectos personales y patrimoniales, entre ellos y respecto de sus hijos (12).

En el Ordenamiento chileno opera de forma preceptiva el convenio regulador solo cuando ambos cónyuges solicitan de común acuerdo el divorcio por haber cesado su convivencia durante un lapso de tiempo mayor a un año (13). En estos casos, dice la LMC, los cónyuges deben acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos (14). Del carácter perentorio de la norma aparece un rasgo altamente relevante de estos convenios desde la óptica del ejercicio de la autonomía privada, consistente en que el acto privado de manifestación de voluntad, no es un acto espontáneo, libre, fruto del deseo soberano de los cónyuges por normar las consecuencias de su nueva vida separada. Su formulación y acompañamiento no es una facultad concedida a los cónyuges, sino que constituye el cumplimiento de un deber legal.

El convenio regulador, desde este punto de vista no reviste el mismo carácter que los demás acuerdos a que potencialmente puedan arribar los cónyuges ya inmersos en el proceso matrimonial. La presentación

del convenio es requisito estructural para que tenga lugar la tramitación procesal de la solicitud, acompañar el convenio se convierte en una condición de admisibilidad, con lo cual, el juez no dará lugar a la tramitación sin el cumplimiento de éste requisito procesal. Así claramente lo indica el art. 438 del Código civil y comercial argentino: la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. En el caso chileno, veremos que además la presentación del convenio y su aprobación se configura en un requisito indispensable para que, en definitiva, proceda la declaración del divorcio.

La exigencia antedicha deja preguntas abiertas ¿el imperativo cumplimiento del deber legal de acompañar un convenio para dar curso procesal a la solicitud de divorcio, afecta o no la libertad para comprometerse, para establecer obligaciones y vínculos entre los cónyuges o respecto de sus hijos?, ¿el convenio regulador obligado intrumentaliza efectivamente lo querido y consentido concientemente por los cónyuges que desean divorciarse? Resulta razonable pensar que dado que acompañar el convenio regulador es condición de admisibilidad de la solicitud de divorcio, en muchos casos, no existirá equilibrio negociador entre las partes, pasando a convertirse sus estipulaciones en una moneda de cambio a fin de conseguir el divorcio, por ello son calificados como hijos legítimos del chantaje (15). Este dato justifica la existencia de un marco regulatorio, que incluya la valoración judicial efectiva.

Respecto de la procedencia de la exigencia legal, la jurisprudencia chilena ha precisado dos cuestiones de interés: primero la finalidad cuatelar de la exigencia vinculada al interes superior de los hijos y del cónyuge más débil y segundo, la posibilidad lógica de su eximisión en ciertos casos: Que la exigencia contemplada en el inciso 2º del referido artículo 55 de la Ley 19.947, establecida para cautelar el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil, supone, por cierto, la existencia de hijos comunes y de asuntos que sea necesario regular entre los cónyuges, en consecuencia, si no existen hijos comunes ni asuntos pendientes de regulación entre los cónyuges, resultando, por tanto, no obstante el carácter perentorio de la norma, innecesaria la presentación de acuerdo alguno al respecto (16).

Como marco jurídico, el convenio es -o debiera ser- una vía de ejecución de la ley, en el sentido que el estatuto que provee a la situación de crisis debe ser tanto conforme a los caracteres singulares de la propia situación, cuanto a las exigencias legales (17). Como acuerdo de voluntades requiere la presencia de todos los requisitos de existencia y validez generales propios de las manifestaciones de voluntad y de la formación del consentimiento. En cuanto mecanismo ordenador, se observa en el convenio regulador un carácter global, integrador, tanto en sentido objetivo como subjetivo, así: por un lado, respecto de su objeto, el convenio refiere a todos los extremos que se pueden ver afectados como consecuencia del divorcio. El contenido y naturaleza de las disposiciones y obligaciones que contiene tanto son de carácter personal como patrimonial. Por otro, si bien es un acuerdo entre dos sujetos -marido y mujer-, su alcance es general respecto de todos los integrantes de la familia matrimonial que se extingue por el divorcio; el convenio deja de ser res inter alios acta y pasa a tener efectos más generales, lo que da cuenta de su carácter familiar y no puramente contractual. Así observado, puede constituirse en un instrumento de resolución de conflictos matrimoniales (18), en un mecanismo de pacificación de la crisis. Ahora bien, su entidad normativa se encuentra particularmente vinculada a la presencia de hijos, pues algunos de los efectos entre los cónyuges se producen por la sola disposición legal como consecuencia directa e inmediata del término del matrimonio y de forma indisponible para las partes (art. 60 LMC), de tal suerte que si el matrimonio, cuyo divorcio se solicita no ha tenido hijos o estos son mayores de edad, el convenio regulador que se acompaña a la solicitud será de un muy breve contenido. A lo anterior, se suma, como variable de su extensión la posesión de escasos bienes y la ausencia de problemas familiares que resolver.

Si bien puede sentarse el principio de que los efectos de la sentencia de divorcio serán los que ambos cónyuges determinen de común acuerdo (19), la posible presencia de hijos, el resguardo de principios superiores en el ordenamiento jurídico familiar, la protección de la familia y el carácter de ius cogens de las normas que regulan las materias de familia, requieren que el acuerdo no quede sometido únicamente a tal

voluntad y a las normas generales de perfeccionamiento de actos y contratos, muy por el contrario, para la validez y eficacia del acuerdo es necesaria la intervención judicial, cuyo carácter por ahora diremos, es discutido.

### **III. Naturaleza jurídica**

El convenio regulador de los efectos del divorcio, constituye sin lugar a dudas, una manifestación de la corriente privatizadora y contractualista del derecho matrimonial occidental, cuya específica naturaleza no es, sin embargo, un asunto plenamente pacífico. Como punto de partida habrá que tener presente que si bien el convenio regulador es un acuerdo de voluntades, no es un contrato de derecho privado (20), pues no está destinado exclusivamente a crear relaciones jurídicas. Si bien puede hacerlo, como en el caso de la compensación económica (cfr art. 63 LMC); más bien se enmarca dentro del género de las convenciones, en este caso, se trata de un acuerdo o convención que estatuye un complejo de relaciones jurídicas familiares (21) que se extinguen, crean, determinan o modifican, afectando a sujetos que no son parte del convenio. Alguna doctrina cree ver en el convenio una especie de transacción pues estaría destinado a clausurar cualquier eventual conflicto futuro (22), lo que admite desde ya, al menos, la observación de que en el caso del convenio vinculado a divorcio, indiscutiblemente el pacto sobre estado civil está en la base de los restantes acuerdos, lo que se encuentra prohibido por el art. 2450 del CC chileno.

Es ciertamente un negocio jurídico de Derecho de familia, más aún, parece ser un negocio jurídico bilateral del Derecho de Familia; regulador del status personal, familiar y económico de la separación y del divorcio. Como negocio jurídico de familia presenta una característica que lo distingue de otros acuerdos o contratos de derecho civil, a saber, su doble naturaleza dispositiva e imperativa, manifestada en la circunstancia de que la autonomía privada reconocida a los cónyuges para establecer cuantos pactos de autorregulación de sus intereses estimen, no es absoluta sino que se encuentra delimitada, además de los límites generales, por principios de orden público que informan el derecho de familia. Son las declaraciones de voluntad en él contenidas las que determinan y modelan el contenido de sus efectos jurídicos (23), pero dentro del marco legal, con lo cual la autonomía no es plena sino que se encuentra circunscrita y delimitada.

Pero ¿se trata de un puro negocio jurídico de familia? Alguna doctrina estima que se trataría de un negocio jurídico típico de derecho de familia donde el sustrato contractual o la calificación de negocio jurídico resulta predominante respecto de la actividad judicial (24). Otra doctrina, en cambio, se inclina por entender que se trataría de un acto mixto en que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública, debiendo ésta última, por su propia naturaleza, considerarse preponderante (25).

La indiscutida necesidad de intervención judicial puede tener repercusiones de importancia dependiendo de su significación, así podría entenderse que la preponderancia incide en la validez misma del negocio, sin embargo, adscribimos a la posición que entiende que la intervención judicial es un presupuesto de eficacia y no de validez del convenio (26), esto es, el grado de su eficacia depende de que haya recaído o no la homologación judicial; la voluntad judicial manifestada en la aprobación del convenio, no constituye una tercera voluntad igualmente concurrente con la de los cónyuges, no se trata de una declaración que regule el status familiar, sino de una que otorga a dicho estatuto, ya creado por los cónyuges, el poder de ejecutarse. Con todo, es preciso matizar esta posición a la luz de la regulación matrimonial chilena, pues el juez, como veremos, no solo puede manifestar su aprobación o rechazo al convenio que se le presenta, sino que, goza del poder de intervenir directamente, complementándolo o modificándolo. Esta circunstancia, de indiscutible valor y carácter excepcional, pone en cuestión no solo la actividad judicial -la aprobación deja de ser en dichos casos un mero requisito de eficacia establecido para controlar la legalidad del convenio-, sino también la naturaleza misma del convenio regulador.

### **IV. Documentalidad del convenio**

En general las legislaciones no se detienen en los aspectos meramente formales para exteriorizar los acuerdos de los cónyuges; al no exigir ninguna solemnidad especial para que el acuerdo tenga validez, éste podría incluso ser verbal, salvo que la materia regulada requiera escrituración. Conforme al tenor del artículo 55 inciso 2° LMC, los cónyuges deben acompañar un acuerdo, que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. A partir de ahí, resulta que el convenio necesita la forma escrita, sin embargo, no hay una norma expresa en sede de divorcio sobre el carácter específico de aquella. En base a este vacío normativo es posible concluir que el legislador no ha sometido la documentabilidad del convenio a requisito o formalidad especial alguna y, por tanto, bien puede contenerse en instrumento público o privado (art. 55 y 27 LMC).

La propia naturaleza de las estipulaciones será la que determine en cada caso, los requerimientos específicos de formalidad; así, si el convenio contiene la liquidación del régimen de bienes y ésta implica modificaciones registrales de bienes raíces deberá observarse la forma de escritura pública; si contiene acuerdo sobre compensación económica, deberá cumplirse con lo dispuesto por el art. 63 de la LMC, esto es, "mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento". Dado que entre los cónyuges la compensación será el principal objeto negocial en vista de alcanzar el divorcio, es fácil concluir que el convenio revestirá normalmente alguna de las formas que indica el art. 63 LMC. En la práctica judicial chilena se observa el uso de requerir escritura pública, tanto porque la mayoría de los acuerdos contienen estipulación de compensación económica, cuanto porque contienen pactos referidos a materias que requieren esta formalidad, como son: la desafectación de común acuerdo de un bien familiar (art. 145 CC); la determinación de que el cuidado personal de uno o más hijos corresponde al padre o su revocación si ello estuviera vigente (art. 225 inciso 2° CC); la determinación del padre que ejercerá la patria potestad (art. 244 y 245 CC); la liquidación del régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales cuando refiere a bienes inmuebles, entre otros posibles.

#### **V. Condicionantes del convenio regulador**

Los Ordenamientos Jurídicos pueden establecer condicionantes o requisitos específicos para el convenio. Dichas condicionantes son importantes pues permiten evaluar si la autonomía privada de los cónyuges impacta efectivamente y cuánto en la configuración de las relaciones familiares que subsistan al divorcio y en las relaciones que ya no serán propiamente familiares (la relación entre ex cónyuges). En el caso chileno la LMC establece en el inciso segundo del art. 55 dos condiciones -la completitud y la suficiencia-, en los siguientes términos: ...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. Tales condiciones constituyen requisitos de la esencia del convenio. A partir de ahí, alguna doctrina ha señalado que de conformidad con el artículo 1682 del CC, si el convenio no es completo ni suficiente, y resulta ser insubsanable el juez estaría facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta (27).

La completitud se refiere a su contenido y al respecto cabe recordar que en términos generales el objeto de estos convenios es regular la situación que se produce como consecuencia del nuevo estado, entre las partes y con relación a sus hijos. Tienen por tanto una potencia normativa de la situación futura, sin embargo, los cónyuges no pueden determinar libremente su contenido. La limitación en torno al contenido del ejercicio de la autonomía privada en el convenio regulador se presenta tanto en un sentido positivo como en uno negativo: en el primer sentido, implica que el convenio tiene un contenido mínimo necesario, un contenido obligado; en el segundo implica que el convenio tiene, por el contrario, un contenido excluido, es decir, ciertas materias no pueden ser objeto del pacto, no son disponibles, así expresamente ocurre con los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables (art. 21 LMC

chilena).

Puede distinguirse en el convenio entonces, un contenido mínimo esencial o básico, que, por tanto, tiene carácter obligado, cuya extensión concreta depende de la existencia de hijos del matrimonio: si no hay hijos el acuerdo debe regular especialmente las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; si hubiere hijos, además debe regular 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, pudiendo convenirse por los padres un régimen de cuidado personal compartido. En varios Ordenamiento Jurídicos se suman otras cuestiones como la atribución de la vivienda y el ajuar familiar. Como se aprecia, la ley no detalla realmente el contenido material del convenio sino el elenco de cuestiones que deben ser necesariamente resueltas en él.

Este carácter de completitud es una manifestación del principio de solución integral de la LMC chilena, pues desde un punto de vista de eficiencia procesal se pretende dejar resueltos todos los asuntos aledaños al cambio de estado civil y a la nueva vida separada de los cónyuges, con una proyección de futuro, conjuntamente con la sentencia de divorcio. Por otra parte, la norma legal permite estimar que la entidad normativa del convenio se encuentra particularmente vinculada a la presencia de hijos menores, de tal suerte que si éstos no existen el convenio regulador será de un muy breve contenido.

Puede existir en el convenio regulador un contenido libremente pactado o accidental, referido a materias no expresamente exigidas por la ley, donde existe efectivamente un espacio de desenvolvimiento autónomo.

La suficiencia del convenio se mide en relación con el resguardo de los principios orientadores del sistema matrimonial. En el caso chileno, se trata de principios expresos en la ley, por tanto, son de asunción inexcusable para los cónyuges al tiempo de otorgar el convenio y posteriormente para el juez al tiempo de evaluarlo. En sede de divorcio, el convenio es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita (art. 55 inciso 2° LMC y art. 31 en relación con art. 27 de la misma ley).

Esta especial remisión que hace el legislador a los principios protectores del Derecho de familia como exigencias del convenio regulador pretende evitar decisiones irreflexivas y perjuicios para los hijos o para uno de los cónyuges pues aun cuando los cónyuges soliciten de común acuerdo el divorcio o la separación, puede presumirse que sus intereses patrimoniales o respecto de sus hijos serán objeto de reinvidicaciones contrapuestas que no pueden quedar al arbitrio de la superioridad de uno. Conjuntamente con ello, la presencia de dichos principios permite visualizar al convenio regulador como un instrumento de cooperación entre las partes, particularmente en lo referido a los hijos comunes, un mecanismo de solidaridad; solidaridad que pasa a ser un límite del ejercicio de la autonomía privada.

No dispone la ley de qué forma concreta se da cumplimiento a la condición de suficiencia, lo que sumado al carácter de conceptos jurídicos indeterminados que tienen las expresiones interés superior de los hijos, aminoramiento del menoscabo económico y establecimiento de relaciones equitativas, otorga cierto grado de discrecionalidad primero a las partes para orientar el contenido de sus pactos y, luego al Juez a la hora de valorar el convenio.

El interés del cónyuge más débil se puede proteger, mediante el aminoramiento de un eventual menoscabo económico que se hace evidente con la ruptura, por ejemplo, por medio del pacto de una compensación económica. Respecto de los hijos, puede entenderse que en las estipulaciones deben aparecer efectivamente como centro de la preocupación convencional de los padres, ya sea acordando medidas en su beneficio, ya sea, evitando vulneraciones a sus derechos, lo que se relaciona también con la mirada del menor como un sujeto y no como un objeto del pacto. Desde este punto de vista, y considerando los

instrumentos internacionales que consagran derechos fundamentales, más que una limitación al ejercicio de la autonomía privada de las partes, se trata de subordinación del interés personal al interés superior del hijo.

## **VI. Formación y perfeccionamiento del convenio regulador**

Son claramente identificables dos fases en un convenio regulador. La primera, de acuerdo de voluntades entre los cónyuges, operada dentro de la esfera privada de éstos. La segunda, se corresponde con su revisión y aprobación judicial, lo que quedará refrendado en la sentencia de divorcio en el caso chileno. La primera etapa, a la que podemos denominar fase de formación del convenio, da lugar a un negocio jurídico familiar de carácter privado, que vincula sólo a las partes y queda, hasta ese momento, sometido al régimen general de los negocios jurídicos y a los criterios orientadores del Derecho de familia, pero sin eficacia. La segunda fase lo dota de eficacia —o transforma en un acto mixto (28), o la categoría oficial-público (29), según la doctrina que se siga— particularmente respecto de la familia y de terceros desde su fecha. Se trata entonces de la fase de perfeccionamiento del convenio. En esta etapa la labor judicial no se centra en el examen del cumplimiento de los requisitos negociales, sino en la comprobación de que sus disposiciones no atentan contra los principios del ordenamiento jurídico familiar y en la verificación de la presencia de las condicionantes específicas que los sistemas jurídicos puedan establecer, en el caso chileno, su carácter completo y suficiente.

La nítida distinción de fases en el convenio es fundamental para entender que el consentimiento de los cónyuges como ejercicio de la autonomía privada en el convenio regulador es un requisito necesario, pero no suficiente para la producción de efectos jurídicos. Para que éstos se produzcan se hace indispensable la concurrencia de un acto del poder público, razón por la cual se califican los convenios reguladores como actos jurídicos de familia complejos (30).

Para que el convenio regulador llegue a formarse, se requiere en su génesis el acuerdo de voluntades de los cónyuges respecto de quienes, en términos generales, no se presentan exigencias especiales, claro está que en situaciones específicas, como el pacto de compensación económica, las partes deberán satisfacer las condiciones que la ley señala: mayoría de edad de ambos en el caso chileno.

La autonomía privada que se evidencia en los convenios reguladores no es autonomía plena, se encuentra limitada y tutelada. Conjuntamente con las solemnidades legales según la naturaleza de las estipulaciones, Acuña San Martín plantea que, para que el acto de la autonomía privada que ha dado origen a ciertas estipulaciones llegue a constituirse en un convenio regulador de los efectos del divorcio, debe sortear cuatro importantes límites en el ordenamiento chileno (31):

-El del régimen general de los negocios jurídicos, lo que queda especialmente refrendado en el artículo 55 LMC cuando advierte que debe ajustarse a la ley. En consecuencia, al tratarse de una declaración de voluntad negocial, tienen pleno vigor todas las normas sobre requisitos de existencia y validez de actos y contratos y el convenio se encuentra expuesto, en consecuencia, a impugnación por vicios del consentimiento.

-Las normas imperativas en relación a su contenido, que como se anticipó, se presentan tanto en un sentido positivo como en uno negativo.

-Los principios que gobiernan el orden público familiar, específicamente en esta parte: el interés superior de los menores si los hay, y/o el interés del cónyuge más débil (art. 3° y 55, inciso 2° LMC).

-Finalmente, la revisión y aprobación judicial, donde particularmente se velará por su carácter completo y suficiente; en otros términos, el juez podrá observar el contenido material y la coherencia de las estipulaciones del convenio.

Un punto controvertido en relación con esta primera etapa en la formación de un convenio regulador es el de su valor relativo, dado que, superados los tres primeros límites indicados, el convenio sería válido

pero no eficaz hasta la aprobación judicial, sin embargo, parte de la doctrina va mucho más allá y sugiere que el convenio, solo una vez aprobado gozaría de la intangibilidad contractual a todo contrato y sus obligaciones pasarían a tener fuerza de ley entre las partes contratantes (32). Creemos posible distinguir en este punto dos situaciones: respecto del contenido mínimo legal de todo convenio regulador, ciertamente la producción de eficacia depende de la aprobación judicial y hasta que ella no se otorgue, las partes podrían modificar sus estipulaciones; sin embargo, respecto de los otros pactos libremente acordados e incorporados al convenio, es posible concluir que tendrán valor y producirán sus efectos entre las partes sin necesidad de aprobación judicial -salvo el acuerdo de compensación económica que siempre la requiere (art. 63 LMC)- cuando se satisfacen las solemnidades que para cada caso requiere la ley, según la materia (33).

Como advierten Diez-Picazo y Gullón no sólo los autores del convenio ostentan intereses en la situación. Existen otras personas por cuyos intereses debe velarse —los hijos del matrimonio- de manera que no basta que el convenio haya sido consentido por sus autores para que entre en vigor. Es preciso que sea sometido a la autoridad judicial para su aprobación (34). Si bien esto es cierto, no lo es menos que cuando no hay hijos se requiere igual aprobación, de donde resulta que no se trata solo de los intereses de los hijos que no fueron parte del acuerdo, se trata por sobre todo del respeto por los principios rectores en materia de familia. Ni aún la ausencia de hijos es suficiente para restar la necesaria aprobación judicial a este acto de autonomía privada. Desde esta óptica parece aceptable la idea del interés indirecto de la sociedad en su conjunto en estos asuntos (35); justificándose la intervención del juez en la protección de los intereses de los hijos si los hay, de la sociedad globalmente considerada y en menor medida de los intereses de los cónyuges (dado su mayoría de edad y plena capacidad).

## **VII. Revisión judicial del convenio**

La actuación judicial de revisión del convenio, es, en primer término, una limitación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ya que el juez que debe declarar el divorcio deberá evaluar el acuerdo que se acompaña. En el ordenamiento chileno la actuación judicial no solo implica limitación de la autonomía, sino que puede representar intervención directa y colaborativa en ella.

Frente a la pregunta sobre el tipo de control que ejerce el juez respecto del convenio, esto es, si se trata de un mero control formal o puede entrar a la revisión del contenido material de las estipulaciones, la ausencia de norma concreta y clara en sede de divorcio ha generado en Chile, como en otros ordenamientos, una doctrina dividida: para un sector la revisión del carácter completo y suficiente del convenio implica un control que puede traducirse en una mera comprobación formal del cumplimiento de aquellos requisitos, a diferencia del examen del convenio en caso de separación judicial donde el juez aparece facultado para una revisión íntegra del mismo (36). Otra doctrina (37) estima que el juez tendría las facultades extraordinarias que confiere el artículo 31 LMC (38), en consecuencia, no se trata de un mero control formal. Esta última posición parece mas coherente, ya que si bien, la condición de completitud puede implicar que el juez compruebe que los extremos mínimos estén cubiertos por el convenio, cuando de la suficiencia se trata, tanto por la aplicación analógica del art. 31 LMC, cuanto porque la ley establece como imperativo legal al juez, que las materias de familia reguladas por la LMC, entre las cuales se encuentra el convenio regulador, deben ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil (art. 3° LMC) la intervención será al contenido mismo de las disposiciones con facultades de subsanar y modificar.

En opinión de Rivero Hernández, la aprobación judicial del convenio exige un estudio del mismo en dos aspectos, en cuanto al control de legalidad y en cuanto a la valoración de su contenido. En el primer punto, el control debe ser entendido en sentido amplio, referido a requisitos formales, la verificación de si hay verdadero consentimiento libremente formado en cada uno de los cónyuges y muy especialmente a cuestiones como la adopción efectiva de disposiciones sustantivas, no siendo verdadero convenio aquél que



simplemente alude a un extremo de forma inconcreta y abierta. Por lo que se refiere al examen y valoración del contenido del convenio, toca al juez un estudio detenido de lo acordado de tal modo de percibir profundamente la auténtica realidad (39).

En términos generales, existe bastante coincidencia doctrinal sobre la discrecionalidad judicial a la hora de valorar la virtualidad o idoneidad del convenio. La razón o fundamento justificativo de la misma se encuentra, en los ordenamientos extranjeros, en la remisión del legislador a conceptos jurídicos indeterminados, a cuya concreta delimitación es llamado el juez a la hora de valorar los acuerdos (40). En el medio chileno es posible sostener que la discrecionalidad judicial, que como veremos es mayor que en otros sistemas, se debe a una doble causa: por un lado, la remisión a conceptos jurídicos indeterminados como el interés superior del menor o del cónyuge más débil y, por otro, la autorización legal expresa que el legislador hace al juez para intervenir directamente el contenido mismo del convenio, ya sea complementándolo o modificándolo. Ahora bien, la valoración que haga el juez para rechazar, aprobar, modificar o complementar el convenio debe serlo desde la perspectiva de los valores ético-sociales dominantes y no desde sus personales convicciones ideológicas, sociales o religiosas (41). Cabe tener presente que cuando el convenio contiene estipulaciones relativas a los hijos el juez debe oír a aquellos que estén en condiciones de formarse un juicio propio, tendiendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver la suficiencia del convenio respecto de ellos (art. 85 inciso 2° LMC) (42). La opinión del menor no podrá considerarse definitivamente determinante, por cuanto la autonomía individual no se desarrolla aun plenamente, sin perjuicio de lo cual, la ley reconoce que el proceso de formación de conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de la edad y capacidades intelectuales concretas (43).

Respecto de las actitudes que puede asumir el juez frente al convenio, la LMC chilena ofrece las siguientes alternativas:

a) Aprobación del convenio: si el convenio acompañado es a la vez completo y suficiente el juez lo aprobará; para ello deberá realizar un examen de la presencia de los extremos básicos del convenio y evaluar su condición de suficiencia teniendo presente que efectivamente 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. El acto de aprobación del convenio regulador es de tal importancia que, como señala Lacruz, supone la perfección del acuerdo de los cónyuges y dota al mismo de fuerza ejecutiva (44); el convenio aprobado judicialmente, queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva. Desde que queda ejecutoriada la sentencia de divorcio el convenio comienza a producir efectos y son exigibles sus estipulaciones (45).

Dimensionando el efecto de la aprobación judicial Rivero Hernández indica que ésta desnaturaliza, de alguna manera, el aspecto negocial del convenio, para concederle fuerza ejecutiva y judicial de la resolución que lo recoge y aprueba y lo convierte en acto jurisdiccional (46); en nuestro medio el mayor grado de desnaturalización va de la mano de las facultades extraordinarias concedidas al juez, en relación con el contenido de las disposiciones convencionales. Sin perjuicio de anterior, como es lógico, la aprobación judicial no alcanza a sanear pactos contrarios a normas y principios esenciales del Derecho de Familia.

b) Rechazo del convenio: si el convenio no es completo ni suficiente en los términos legales, el juez debe rechazarlo, a partir de lo cual surgen una serie de interrogantes algunas vinculadas con aspectos procesales y otras con asuntos de derecho material: ¿Qué consecuencias acarrea aquella decisión judicial?, en específico: ¿Qué sucede procesalmente con la solicitud de divorcio? ¿En qué posición quedan las partes? ¿Qué sucede con los acuerdos válidos a los que habían arribado las partes? ¿Qué sucede con los acuerdos libremente pactados en exceso del contenido mínimo legal? (47). Como en el ordenamiento chileno el convenio tiene una incidencia mayor que en otros sistemas al ser reconocido como un requisito indispensa-

ble para que se decrete el divorcio solicitado de común acuerdo (48), habría que concluir que la no aprobación del convenio implicaría el rechazo de la solicitud de divorcio. Una circunstancia que se dirige decididamente hacia dicha solución es que la efectividad de completitud y suficiencia del convenio constituye uno más de los puntos de prueba del juicio de divorcio; el convenio es requisito sine qua non del divorcio. El art. 1574 del Código brasileño establece una solución semejante (49). Ambas normas son distintas de las adoptadas en otras latitudes, donde la solicitud de divorcio sigue un curso procesal independiente del convenio, de tal modo, que si éste resulta defectuoso, incompleto o finalmente no aprobado puede igualmente declararse el divorcio: en España se ha desconectado la homologación del convenio de la sentencia que decreta la separación o el divorcio; los cónyuges pueden quedar judicialmente separados o divorciados a pesar de que el convenio se apruebe más tarde o finalmente no se apruebe y sea sustituido por las medidas judiciales; en Argentina el art. 438 del Código civil y comercial expresamente establece que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

La suerte de los acuerdos contenidos en el convenio no aprobado no es clara y la solución implica hacer ciertas matizaciones y distinciones. Como punto de partida asumimos, en general, la doctrina que entiende que la no aprobación del convenio, le resta eficacia procesal, esto es, le impide ser incorporado al juicio como tal convenio regulador y le resta fuerza ejecutiva y judicial, pero el acuerdo no pierde todo valor, pues es válido y eficaz como negocio jurídico bilateral entre las partes, si ha concurrido el consentimiento, el objeto y la causa y no contiene motivo de invalidez. A lo anterior se suma que la necesidad de aprobación judicial no se ha de predicar respecto de todos los acuerdos del convenio, sino exclusivamente de los que afecten a los hijos o de aquellos que de modo expreso requieren dicha aprobación o que quedan sustraídos a la autonomía privada. Influye en la complejidad de la solución la variedad en la naturaleza de los acuerdos, pues los hay de tipo personal y de tipo patrimonial; y los hay esenciales y libremente pactados (50).

Algunas cuestiones medianamente claras ofrece el ordenamiento chileno: no aprobado el convenio y en consecuencia, no decretado el divorcio, no se configura el presupuesto normativo que da sustento al acuerdo sobre compensación económica en tanto derecho dependiente de la declaración de divorcio (art. 61 y 63 LMC); no adquieren valor los acuerdos sobre alimentos para los hijos, por consistir básicamente en una transacción sobre alimentos futuros que requiere de la aprobación judicial (art. 2.451 CC); acordado en el convenio el término de la sociedad conyugal y hecha la liquidación de los bienes de la misma (art. 227 Código Orgánico de Tribunales) comienza a correr el plazo de inscripción, razón por la cual no se puede retrotraer la situación y mientras persista el vínculo matrimonial los cónyuges estarán separados de bienes; finalmente, respecto de los acuerdos libremente pactados debiéramos entender que pueden surtir efectos sin necesidad de aprobación judicial, rigiéndose por las normas generales sobre manifestaciones de voluntad.

c) Facultades extraordinarias del juez frente al convenio: en nuestra opinión, y así lo confirma la práctica de los tribunales, el juez tiene facultades extraordinarias respecto del convenio, pudiendo en la sentencia subsanar las deficiencias de aquel que presente incorrecciones o, modificarlo si fuere incompleto o insuficiente. Esta alternativa de actuación judicial, no presente en todos los ordenamientos jurídicos, implica claramente una intervención judicial mayor en el acto de los cónyuges, que resulta saludable al salvar todos los problemas prácticos e interrogantes teóricas que se generan si se fuerza al juez solo a aprobar o rechazar el convenio. Mucho se soluciona en la práctica si frente a un convenio deficiente, incompleto o insuficiente se reconocen las facultades del Juez para intervenir antes que rechazarlo, satisfaciendo así el imperativo legal de resolver las materias de familia cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil (art. 3° LMC). Y por qué no hacerlo si en el evento de ausencia de acuerdo de todas formas el Juez está llamado a hacer la regulación (art. 67, 70 y 90 LMC).

Conforme a aquellas facultades extraordinarias la voluntad del juez pasa a ser parte del contenido del convenio y no reviste el carácter de un mero juicio de control externo a él. Esta participación que puede tener el juez en la elaboración parcial del convenio que finalmente sea aprobado, denominada facultad de

colaboración (51), se manifiesta en el ordenamiento chileno por medio de dos actitudes concretas: subsanar las deficiencias del acuerdo o, bien, modificarlo si fuere incompleto o insuficiente, lo que hará en la sentencia que se pronuncie sobre el divorcio (art. 32 inciso 2º LMC, en relación con el artículo 21 y 55 de la misma ley). Subsanan deficiencias, implica reparar o remediar un defecto, una imperfección del convenio (en forma y fondo) lo que supone que el convenio aborda todos los extremos que el legislador exige pero con ciertas anomalías menores, quizá fáciles de superar. Si el convenio es incompleto, esto es, no aborda todos los extremos necesarios, o es insuficiente para resguardar debidamente el interés superior de los hijos o del cónyuge más débil, el juez puede realizar la mayor intervención permitida, penetrando el convenio a través de la modificación de sus estipulaciones. Nótese que se está muy lejos de una mera facultad de control externo y aún de valoración de la conveniencia de lo acordado y tampoco se trata de una neutral potestad de consejo y orientación; se trata de una participación activa, integrativa del concierto de voluntades, justificada por la primacía de los principios de familia y normas de ius cogens, en clara contraposición a la autonomía privada.

Si las partes no están de acuerdo con los saneamientos o modificaciones introducidas por el juez, tanto la audiencia preparatoria como la de juicio se convertirán en instancias propicias al dialogo, por lo que difícilmente el convenio finalmente sea impuesto contra la voluntad de los cónyuges, más aún considerando que el juez no se apartará de la legalidad ni de lo que debería resolver en ausencia de acuerdo. Sin perjuicio de ello, siempre queda a salvo a la parte que considera haber sufrido un perjuicio la posibilidad de recurrir en contra de la sentencia.

El art. 5 n° 8 de la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores de la Comunidad Autónoma del País Vasco, contempla facultades extraordinarias semejantes a las reguladas en la ley chilena, así expresa la norma: "El convenio regulador será aprobado por el juez, oídos el Ministerio Fiscal y los hijos e hijas menores en su caso, salvo si es dan-oso para los hijos e hijas, gravemente perjudicial para una de las partes o contrario a normas imperativas. Si el convenio regulador no fuera aprobado en todo o en parte, deberá motivarse la resolución denegatoria y se concederá a las partes un plazo de veinte días para que propongan uno nuevo sobre los aspectos no aprobados. Presentada la nueva propuesta, el juez resolverá lo procedente, completando o sustituyendo en todo o en parte las propuestas de las partes"

### **VIII. Intangibilidad y modificación del convenio**

En este punto solo pretendemos enunciar brevemente algunas cuestiones y realizar ciertas precisiones, sin ánimo ni pretensión de exhaustividad. El asunto sobre la intangibilidad o posibilidad de modificación de un convenio regulador aprobado, vigente el divorcio, no solo dice relación con la fuerza vinculante de las manifestaciones de voluntad válidas, sino que aquello implica una modificación de lo resuelto en una sentencia definitiva por lo que requiere de un hecho de tal magnitud que justifique la variación de la cosa juzgada (52). Si se asume la posibilidad de alterar la regulación por la vía de modificar posteriormente el convenio aprobado habría que concluir que los pactos no quedan inderogable e indefinidamente fijados.

En el ordenamiento español, el convenio, como negocio jurídico bilateral aceptado por las partes y aprobado por el juez, solo puede dejarse sin efecto si concurre alguna causa de impugnación de los contratos o si se produce una alteración sustancial de las circunstancias existentes al tiempo en que se firmó el convenio y que fueron determinantes en sus estipulaciones conforme lo dispone el art 90 CC español. Una alteración sustancial de las circunstancias puede generar una modificación de lo acordado por las partes, principalmente en el convenio, o de lo decidido por el juez y puede afectar tanto al conjunto o total de medidas o bien, únicamente a alguna o algunas de ellas (53).

En el medio chileno, no existe norma general que reconozca ampliamente el principio de modificación de medidas o acuerdos por alteración sustancial de las circunstancias, lo que no implica una absoluta

invariabilidad de todos los acuerdos. Conforme al art. 332 del CC los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos por toda la vida del alimentario siempre que continúen las circunstancias que legitimaron la demanda, de tal modo que, como éstas normalmente dirán relación con los aspectos domésticos de las partes -relativo a sus necesidades- y su capacidad económica, se accederá a una demanda de rebaja de alimentos si se acredita un cambio de aquellas circunstancias existentes a la época en que se acordó la primitiva pensión. Por otro lado, cualquier acuerdo que diga relación con los hijos, podrá ser modificado con posterioridad a su adopción conforme a las normas generales, teniendo presente que el principio que fundamenta el cambio será la protección de su interés superior, asunto que deberá calificar el juez. La situación de la compensación económica pactada es especial, pues no se contemplan en la legislación chilena circunstancias que ameriten la sustitución o modificación de la pensión o su monto una vez fijados. El monto determinado es invariable en el tiempo, cualesquiera sean las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados posteriores a la sentencia que la regula, lo que es reconocido por jurisprudencia y doctrina y es coherente con la particular naturaleza y contenido de la compensación (art. 62 LMC) (54).

Dos asuntos son de interés en este punto, por un lado, el mecanismo de modificación de los acuerdos contenidos en el convenio regulador aprobado y, por otro, la necesidad o no de nueva aprobación judicial. Respecto de lo primero, los pactos del convenio pueden ser modificados tanto por el consentimiento mutuo de las partes, que se concretará mediante el otorgamiento de nuevo convenio, como por sentencia judicial cuando uno de los ex cónyuges solicita la modificación de algunos acuerdos. En relación con lo segundo, aquellas modificaciones que se refieren a derechos de los hijos o que comprometen su interés deben ser homologadas por el juez, tal como en su momento lo fue del convenio que ahora se modifica.

#### **IX. Síntesis conclusiva**

El convenio regulador es un mecanismo ordenador de los efectos del divorcio, establecido por el legislador a fin de posibilitar la mejor regulación específica de cada caso concreto de crisis matrimonial. Es una manifestación de la autonomía privada en materias de familia, pero presenta ciertos rasgos que lo diferencian de otras expresiones de aquella autonomía, partiendo por el hecho de que es un acto impuesto y no espontáneo, su formulación y acompañamiento constituye el cumplimiento de un deber legal. Luego, la autonomía reconocida a los cónyuges para establecer pactos de autorregulación se encuentra sujeta a principios de orden público que informan el Derecho de Familia y a las condicionantes específicas que cada ordenamiento establezca. Por otro lado, al observar las etapas de su formación y perfeccionamiento es posible concluir que el consentimiento de los cónyuges es un requisito necesario, pero no suficiente para la producción de efectos jurídicos; para que éstos se produzcan se hace indispensable la concurrencia de un acto del poder público, razón por la cual se califican los convenios reguladores como actos jurídicos de familia complejos. Aparece la actuación judicial como límite y control de lo convenido.

Dado que, la gran mayoría de los efectos del divorcio pueden ser regulados por las partes por medio del convenio regulador -o los acuerdos aprobados por el juez-, debiéramos admitir que en parte importante la extensión de los efectos del divorcio es materia disponible respecto de la cual hay un amplio ámbito de potestad normativa entregada a particulares. La autonomía privada así expresada no se contradice con el carácter institucional del matrimonio previo, pues éste ya ha terminado por el divorcio o se encuentra suspendido en sus efectos normales, por la separación y por otro lado, el legislador instituye al juez como garante del orden público familiar por medio de sus facultades de tutela activa.

El Derecho chileno en particular, ha acogido un concepto restringido en cuanto al ejercicio de la autonomía privada en los convenios reguladores, pudiendo diferenciarse distintos niveles de tutela. En primer término, la tutela del legislador que, por un lado, circunscribe y delimita el ámbito de ejercicio de la autonomía de los cónyuges en situaciones de crisis, fijando el espacio de lo disponible y exigiendo un contenido necesario al convenio, y, por otro, establece derechos irrenunciables y condicionantes específicas

para su aprobación. En segundo término, se encuentra la figura del juez y la extensión de su actuación, en cuanto asume un rol preponderante por medio del ejercicio de facultades extraordinarias de intervención del contenido de lo estipulado. La actuación judicial no se restringe a un mero examen formal; el juez puede aprobar, rechazar, subsanar deficiencias del convenio o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente. Este actuar discrecional que no arbitrario, para valorar la virtualidad o idoneidad del convenio puede encontrar su fundamento en el orden público familiar.

El convenio regulador no es un negocio jurídico de familia simple, como lo son las capitulaciones matrimoniales o los acuerdos de separación amistosa, se trata de un negocio jurídico de familia complejo, dado su contenido material, pero por sobre todo, dado los intereses en juego y en esto, cobra especial importancia, el interés superior de los hijos, el interés del cónyuge más débil y el interés de la sociedad globalmente considerada, en la subsistencia de vínculos familiares sanos, pese a la terminación del matrimonio.

(\* ) Universidad de Talca, Chile

(1) Domínguez expone que si bien es cierto no ha desaparecido la imperatividad del estatuto familiar, la autonomía de la voluntad, como ejercicio de la libertad individual ha alcanzado una extensión antes impensada y el Derecho de familia tiende paulatinamente a contractualizarse. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna, Revista Chilena de Derecho, vol. 32, N° 2, 2005, p 212.

(2) BARCIA LEHMANN, Rodrigo, Acuerdos Conyugales en el marco de la Justicia Chilena, charla dictada el 12 de mayo de 2009, Colegio de Abogados de Chile, 2009, p. 5.

(3) PAZ-ARES, Ignacio, Previsiones Capitulares. 2008, consultada en [www.vlex.com](http://www.vlex.com). Id.vlex. 53363316. El autor distingue al respecto los capítulos matrimoniales y los capítulos modificatorios respectivos, orientados básicamente a la elección o reglamentación de un concreto régimen económico matrimonial; los pactos de separación amistosa, donde las partes, ante una separación de cuerpos, acuerdan el cese de la convivencia, derogando la vigencia de los deberes personales que impone el matrimonio y prevén un nuevo régimen jurídico y; finalmente, el convenio regulador de la separación o el divorcio.

(4) DIEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, vol. IV, 10ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 115 y 119.

(5) Se advierte lo vulnerables que son los convenios respecto de la existencia de verdadero consentimiento libre y limpiamente formado, en RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, El derecho de visita, Bosch, Barcelona, 1997, p. 227 En Chile Lathrop parece plantear algo distinto, cuando analizando los diversos elementos que deben considerarse en la determinación de la organización familiar una vez sobrevenida la crisis matrimonial, destaca la situación de igualdad material entre los cónyuges, que se relaciona con la plataforma de negociación en que las partes se encuentran para definir las condiciones materiales de vida ulterior a la separación o divorcio. LATHROP GOMÉZ, Fabiola, Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos, en Gaceta Jurídica, N° 330, 2007.

(6) DÍEZ-PICAZO, Luis, La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia, en VILADRICH, Pedro-Juan (dir), Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio, Universidad de Navarra, 1984, pp. 43-44.

(7) El convenio es considerado la pieza básica del sistema de efectos, pues permite cohesionar la regulación legal unitaria con las particularidades de cada caso concreto, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, Curso de Derecho Civil, Derechos de Familia. Vol. IV, 2ª ed., Colex, Madrid 2008, pp. 174-175.

(8) La norma en comento puede no tener ninguna influencia práctica, puesto que no implica que deban

adoptarse acuerdos con relación a tales materias, sino sólo que sean sometidas a dicho procedimiento, lo cual puede satisfacerse con la convocatoria a una primera audiencia de mediación aunque resulte fallida.

(9) El art. 21 LMC, dentro del párrafo de la separación de hecho regula el convenio regulador para estos casos, constituyéndose en la regla basal de la institución; luego el artículo 27 LMC, refiriéndose a la solicitud conjunta de separación judicial en forma preceptiva establece la necesidad de acompañar un acuerdo con iguales características que el normado en el artículo 55 LMC.

(10) Señala el artículo 86 del Código civil español: Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81. El artículo 81 N° 1° del mismo cuerpo legal, en su parte segunda indica: A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

(11) El artículo 438 del Código civil y comercial argentino regula los requisitos y procedimiento del divorcio con el siguiente tenor: Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

(12) ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, Efectos jurídicos del divorcio, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 155. En España indica que el convenio es un negocio jurídico bilateral, consentido por ambos cónyuges, típico del Derecho de Familia por su naturaleza y contenido, en el que aquellos convienen establecer el régimen jurídico del matrimonio separado o divorciado, tanto en sus aspectos personales como en los patrimoniales. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, El acuerdo de los cónyuges en la separación y en el divorcio, en Diario La Ley, Tomo 4, 1981, p. 859.

(13) Conviene advertir al lector que en el ordenamiento chileno el divorcio siempre es causado, procediendo en la medida que se acredite la concurrencia de causales subjetivas, como el maltrato físico o psicológico que suponen una conducta imputable de uno de los cónyuges hacia el otro constitutiva de violación grave de los deberes que impone el matrimonio o de los deberes hacia los hijos comunes que torne intolerable la vida en común, o de una causal objetiva, como es el cese de la convivencia. En este último caso la común voluntad de los cónyuges es relevante para los efectos de determinar el tiempo necesario del cese de convivencia, ya que si ambos están de acuerdo en solicitar el divorcio, dicho lapso es más breve que si sólo uno de ellos pretende instar por la terminación del vínculo matrimonial (uno y tres años respectivamente).

(14) La LMC chilena también hace referencia a un acuerdo facultativo cuando los cónyuges se separan de hecho (art. 21) y a uno que deben necesariamente acompañar cuando solicitan conjuntamente la declaración judicial de separación (art. 27). A partir de ahí se pueden extraer dos conclusiones: la primera, consiste en que los acuerdos reguladores en sede de procesos matrimonial pueden ser espontáneos o impuestos por la ley; la segunda, es que en el derecho chileno pueden existir acuerdos reguladores se busque o no una solución judicialmente decretada al conflicto matrimonial.

(15) ALONSO PÉREZ, Mariano, Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el derecho matrimonial español, en Diario La Ley, tomo 4, Madrid 1983, p. 4.

- (16) Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 19 de octubre de 2007.
- (17) DÍEZ-PICAZO (N. 6), p. 44.
- (18) GARCÍA GÁRATE, Antonio, La rescisión concursal del convenio regulador, en Anuario de Derecho Concursal, N° 17, Madrid, 2009, p. 646.
- (19) DE LA CÁMARA, Manuel, El Sistema legal del matrimonio en el Código Civil, Civitas, Madrid 2002, p. 214.
- (20) Tribunal Supremo español, en sentencia de 17 de octubre de 2007, ante la pretensión de aplicar a un convenio regulador la resolución prevista en el art. 1124 CC por incumplimiento de las obligaciones recíprocas.
- (21) ALONSO PÉREZ (N. 15), p. 5.
- (22) LÓPEZ DÍAZ, Carlos, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, tomo 2, 4ª edición, tomo 2, 4ª edición, Editorial Librotecnia, Santiago 2007, p. 416.
- (23) LÓPEZ BURNIOL, Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterni-filiales y patrimoniales, en VILADRICH, Pedro-Juan (dir), Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, p. 50.
- (24) LASARTE, Carlos, Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo VI, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid 2007, p. 149. El autor indica que el juez queda obligado a respetar la autodeterminación realizada por los esposos y debe limitar su actividad a visar u homologar el convenio si no aprecia objetivamente daño para los hijos o grave perjuicio para uno de los cónyuges.
- (25) DIEZ-PICAZO y GULLÓN (N. 4), p. 120.
- (26) Algunas posiciones aparecen expuestas en DIEZ-PICAZO, Luis, El negocio jurídico del Derecho de familia, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XLIV, 1962.
- (27) LÓPEZ DÍAZ (N. 22), p. 423.
- (28) DIEZ-PICAZO y GULLÓN (N. 4), p. 120.
- (29) Sentencia de Tribunal Supremo español de 18 de octubre de 1994 en Repertorio de Jurisprudencia núm 7722. También en GARCÍA GÁRATE (N. 18), p. 646.
- (30) ACUÑA SAN MARTÍN (N. 12), p. 162.
- (31) ACUÑA SAN MARTÍN (N. 12), p. 175.
- (32) ALONSO PÉREZ, (N. 15).
- (33) Alguna doctrina indica que para determinar la validez de los acuerdos en caso que no haya habido aprobación judicial, se debe distinguir el tipo de acuerdo (su naturaleza personal o patrimonial o carácter necesario o libremente pactado) y la naturaleza de las normas que regulan estas situaciones. Los acuerdos patrimoniales, por aplicación de la doctrina de los actos propios y no existiendo error o vicio del consentimiento que los invalide serán vinculantes y desplegarán los efectos que les son propios. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Ma. Teresa, 22 de abril de 1997. Convenio regulador no presentado ni aprobado judicialmente en el proceso de separación conyugal. Validez y eficacia como negocio jurídico de derecho de familia. Acuerdo del convenio relativo a la extinción y adjudicación de bienes, en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, ISSN 0212-6206, N° 45, 1997, pp. 951-960.
- (34) DIEZ-PICAZO y GULLÓN (N. 4), p. 119.

(35) LÓPEZ BURNIOL (N. 23), p. 62.

(36) DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, El convenio regulador y la compensación económica: una visión de conjunto, en Matrimonio civil y divorcio, en Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 11, Universidad de los Andes, Santiago 2005, p. 100.

(37) ACUÑA SAN MARTÍN (N. 12), p. 180; en la misma línea, aunque con otra argumentación LÓPEZ DÍAZ (N. 22), p. 422, al estimar que en virtud del principio de conservación del acto jurídico el juez puede, una vez que ha evaluado el acuerdo que los cónyuges le han presentado, subsanar los defectos o deficiencias que tenga o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente. Barcia, se plantea vacilante en la materia y opina finalmente, en base al art. 3° y 85 inciso 2° de la LMC que el juez no puede per se corregir el convenio regulador, pero podría pedir a las partes la presentación de un nuevo convenio. BARCIA LEHMANN (N. 2), p. 7.

(38) Artículo 31 inciso 2° LMC: 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.

(39) RIVERO HERNÁNDEZ (N. 5), pp. 225 a 231.

(40) Marín López justifica lo que denomina gran discrecionalidad del juez, justamente en la remisión a los conceptos de pactos dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, que emplea el art. 90 del CC español. MARÍN LÓPEZ, Manuel, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Comentarios al Código Civil, 3a edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2009, p. 212.

(41) RIVERO HERNÁNDEZ (N. 5), p. 230.

(42) El art 777 de la Ley de Enjuiciamiento civil española, en su numeral 5, establece que si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos, y oirá a los menores si tuvieren suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio a la petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

(43) Corte Suprema, sentencia de 29 de julio de 2008, en autos Rol 3469-2008 consultada en: [www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl), identificador 39439; Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009 en autos rol 103-09, consultada en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), identificador MJJ20024.

(44) LACRUZ BERDEJO, José Luis - RAMS, Joaquín, Elementos de Derecho Civil. Familia, vol. IV, 3a edición, Dykinson, Madrid 2008, p 98. La doctrina española reconoce dos efectos al acto de homologación judicial: por un lado, convertir el documento privado en público y por otro, proteger su cumplimiento por la vía de la ejecución judicial sin necesidad de acudir previamente a la vía declarativa. GARCÍA GÁRATE (N. 18), p. 647.

(45) Los acuerdos, desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía del apremio. LACRUZ BERDEJO, José Luis, El nuevo régimen de la Familia. Matrimonio y divorcio. Civitas, 1982, p. 344. La doctrina reconoce el principio de eficacia parcial del pacto, en el sentido que la nulidad o invalidez de una cláusula no afecta a las demás válidas, y el de variabilidad del grado de oponibilidad de los pactos a terceros, dependiente en gran medida del cumplimiento de requisitos de forma y publicidad. PAZ-ARES (N. 3).

(46) RIVERO HERNÁNDEZ (N. 5), p. 232.

(47) En el ordenamiento español, las deficiencias de un convenio regulador o su posible lesividad para los hijos o para uno de los cónyuges tienen como consecuencia su subsanación por los esposos, la presentación de una nueva propuesta o que el juez establezca las medidas adecuadas conforme al art. 91 CC español.



(48) TRONCOSO LARRONDE, Hernán, Derecho de Familia, 10ª edición, 2007, Lexis Nexis, p. 100; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, LexisNexis, Santiago 2006, p. 387; LÓPEZ DÍAZ (N. 22), p. 313.

(49) El art. 1574 del Código civil brasileño establece: Dar-se-a' a separac,a~o judicial por mu'tuo consentimento dos co^njuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenc,a~o. Para'grafo u'nico. O juiz pode recusar a homologac,a~o e na~o decretar a separac,a~o judicial se apurar que a convenc,a~o na~o preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos co^njuges.

(50) Como indica la doctrina, en la práctica estas distinciones no son tan nítidas, dada la dependencia subterránea de unos pactos con otros. MAGAZ SANGRO, Carlos, El proceso para la aprobación del convenio regulador (artículo 777 Lec) y sus secuelas, en Revista de Derecho Procesal, ISSN 0213-1137, N° 1, 2006, pp. 433-494.

(51) LÓPEZ ALARCÓN (N. 12), p. 862.

(52) Lo que está en cuestión rebasa los aspectos puramente materiales y entronca en la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, que reconoce la posibilidad de modificación por los causes legales establecidos.

(53) DIEZ-PICAZO y GULLÓN (N. 4), p. 121.

(54) Se señala que no hay reducción posible a petición del deudor aun cuando esta se funde en variaciones económicas o en el nuevo matrimonio del ex cónyuge acreedor o convivencia con otra persona, BARRIENTOS GRANDÓN (N. 48), p. 423.